



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 4, Part 2**

**2013, Vol. 4, 2 fascicule**

Cited as [2013] 4 F.C.R., {<sup>277-470</sup><sub>D-5-D-8</sub>

Renvoi [2013] 4 R.C.F., {<sup>277-470</sup><sub>F-5-F-8</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2014.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

*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.*

*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.*

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

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

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	277–470
Digests .....	D-5–D-8

### **Bernard v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 370**

Public Service—Labour Relations—Employees' personal information—Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision rejecting applicant's argument that *Privacy Act* protecting applicant's home address, telephone number from disclosure by employer, Canada Revenue Agency (CRA) to union representing applicant, Professional Institute of the Public Service of Canada (PIPSC)—Board holding that disclosure of personal information at issue to PIPSC authorized by Act, s. 8(2)(a) because PIPSC's intended use thereof consistent with purpose for which obtained by CRA—Whether Board's decision reasonable—Board's decision reasonable—Applicant's argument that Board failing to afford sufficient weight to submissions, recommendations made by Office of the Privacy Commissioner (OPC) thereto that disclosure of home contact information not authorized by Act, s. 8(2)(a) rejected—OPC appearing before Board as intervener in proceeding to ensure that Board having benefit of OPC's particular perspective on issues that Board having to decide—Argument that Board not considering all possible alternatives to disclosure of employee's home contact information also rejected since Board's obligation not extending beyond considering alternatives put thereto—Applicant also misstating issue in present case when noting disparities between purpose for which contact information provided to CRA, uses to which PIPSC proposing to put information—Act, s. 8(2)(a) referring to purpose for which government institution obtaining information, not purpose for which employee providing it—Substantial overlap existing herein between employment-related purposes of both employer, union in which employees' compensation looming large—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	277–470
Fiches analytiques .....	F-5–F-8

### **Bernard c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 370**

Fonction publique—Relations du travail—Renseignements personnels des employés—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant l'argument de l'appelante selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels* empêche que son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile soient communiqués par son employeur, l'Agence du revenu du Canada (ARC), au syndicat qui la représente, soit l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC)—La Commission a conclu que la communication des renseignements personnels en question à l'IPFPC était autorisée par l'art. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, étant donné que l'usage que l'IPFPC entendait faire de ceux-ci était compatible avec les fins auxquelles ils avaient été recueillis par l'ARC—Il s'agissait de déterminer si la décision de la Commission était raisonnable—La décision de la Commission était raisonnable—L'argument de l'appelante portant que la Commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux observations et aux recommandations formulées par le Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP) selon lesquelles la communication de ses coordonnées personnelles n'était pas autorisée par l'art. 8(2)a) de la Loi a été rejeté—Le CPVP a comparu devant la Commission en qualité d'intervenant à l'instance afin de s'assurer que la Commission bénéficie du point de vue de celui-ci sur les questions qu'elle devait trancher—L'argument selon lequel la Commission n'a pas envisagé toutes les solutions de rechange possibles à la communication des coordonnées personnelles de l'employée a aussi été rejeté au motif que l'obligation de la Commission se limite à examiner les solutions de rechange qui lui sont présentées—L'appelante a

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Privacy—Employees' personal information—Applicant arguing that *Privacy Act* protecting applicant's home address, telephone number from disclosure by employer to union representing applicant—Relying on *Privacy Act*, s. 8(2)(a), Public Service Labour Relations Board concluding that disclosure of home contact information to union allowed as use of that information consistent with purpose for which obtained by CRA—Act, s. 8(2)(a) referring to purpose for which government institution obtaining information, not purpose for which employee providing it—Although applicant concerned about potential abuse of personal information disclosed to union, Board building into order important protections to ensure that employees' privacy rights minimally impaired—While no safeguards being foolproof, applicant's initial complaint to Office of the Privacy Commissioner regarding employer's disclosure of personal information occurring twenty years ago when privacy rights were less well protected than today.

### **Bi v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.)** ..... 277

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision rejecting applicant's appeal of determination that applicant failing to comply with residency obligation of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 28—Applicant, Chinese, Canadian permanent resident—Working full-time for Canadian business in China for three-year period—At term of employment contract, applicant denied travel document; found to have failed to meet residency requirement—Whether IAD erring in determining that applicant's employment outside Canada not meeting

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

également fait une mauvaise caractérisation de la question dans la présente affaire en constatant des disparités entre les fins auxquelles elle a fourni ses coordonnées personnelles à l'ARC et les usages projetés de celles-ci par l'IPFPC—L'art. 8(2)a) vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employée les a fournis—En l'espèce, il y a un chevauchement substantiel entre les fins liées à l'emploi visées par l'employeur et par le syndicat, parmi lesquelles la rémunération des employés occupe une place importante—Demande rejetée.

Protection des renseignements personnels—Renseignements personnels des employés—L'employée a allégué que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* empêche son employeur de communiquer son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile au syndicat qui la représente—La Commission des relations de travail dans la fonction publique s'est fondée sur l'art. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour conclure que la communication des coordonnées personnelles au syndicat était autorisée étant donné que l'usage de celles-ci était compatible avec les fins auxquelles elles ont été recueillies par l'ARC—L'art. 8(2)a) vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employée les a fournis—Quoique l'appelante s'inquiétait de l'abus potentiel des renseignements personnels communiqués au syndicat, la Commission a prévu dans son ordonnance d'importantes mesures de protection afin de s'assurer que le droit à la vie privée des employés ne subit qu'une atteinte minimale—Bien qu'aucune mesure de protection n'est infaillible, l'appelante a déposé sa plainte initiale auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada relativement à la communication de ses renseignements personnels par son employeur il y a une vingtaine d'années, alors que le droit à la vie privée était moins bien protégé qu'aujourd'hui.

### **Bi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.F.)** ..... 277

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision portant qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, chinois, est un résident permanent du Canada—Il a travaillé à plein temps pour des entreprises canadiennes en Chine pendant trois ans—À la fin du contrat de travail, le demandeur s'est vu refuser sa demande de document de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

requirements of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 61(3); whether breaching duty of procedural fairness by not adjourning applicant's hearing—Federal Court decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Jiang* relied on herein to interpret requirements in Regulations, s. 61(3)—Applicant not meeting requirements of Regulations, s. 61(3) as interpreted in *Jiang*: applicant's work abroad not constituting temporary assignment, no evidence employer agreeing to keep applicant on in Canada after expiry of work term—Therefore, IAD's conclusion that applicant not meeting burden of establishing that requirements under Regulations, s. 61(3) satisfied reasonable—IAD not breaching procedural fairness in not adjourning hearing; decision reasonable—Applicant must suffer consequences of choosing untrained, unqualified representatives as counsel—As for prejudice resulting from incompetent counsel, applicant failing to show reasonable probability that, were it not for applicant's counsel, result of proceedings would have been different—Application dismissed.

### **Feimi v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 345

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Board) excluding applicant from refugee protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 98, *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b)—Applicant, Albanian, sentenced in Greece for murder—Detained by immigration authorities upon arrival in Canada as refugee—Becoming eligible to present refugee claim following determination by Citizenship and Immigration Canada applicant not danger to public—Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (MPSEP) obtaining applicant's exclusion on basis of serious non-political crime—Whether MPSEP able to seek exclusion of refugee claimant following negative danger opinion; whether Board may consider rehabilitation, negative danger opinion where exclusion sought—MPSEP entitled to seek exclusion—Positive eligibility not final determination on whether exclusion clauses applying—IRPA, s. 170(e) allowing MPSEP to intervene in refugee proceeding—Nature, effects of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

voyage; la SAI a conclu qu'il n'avait pas satisfait à l'obligation de résidence—Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur en concluant que le travail fait par le demandeur hors du Canada ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 61(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) et si elle a manqué à son obligation d'équité procédurale en n'ajournant pas l'audience—On s'est fondé sur la décision de la Cour fédérale dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jiang* en l'espèce pour interpréter les exigences de l'art. 61(3) du RIPR—Le demandeur ne répond pas aux exigences de l'art. 61(3) du RIPR, tel qu'il a été interprété dans la décision *Jiang* : le demandeur n'a pas été affecté de façon temporaire à un travail à l'étranger et il n'y avait aucune preuve que l'employeur avait convenu de garder le demandeur à son service au Canada après l'expiration de son contrat—Par conséquent, la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir qu'il avait satisfait aux exigences prévues à l'art. 61(3) du RIPR était raisonnable—En n'ajournant pas l'audience, la SAI n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale et sa décision était raisonnable—Le demandeur doit subir les conséquences de son choix d'avoir retenu les services de représentants non formés et non qualifiés—Quant au préjudice découlant de l'incompétence de son avocate, le demandeur n'a pas démontré qu'il y avait une probabilité raisonnable que, n'eût été son avocate, l'issue de l'instance eût été différente—Demande rejetée.

### **Feimi c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 345

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui a refusé l'asile au demandeur, en application de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et de l'art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Le demandeur, un Albanais, a été condamné en Grèce pour meurtre—Il a été détenu par les autorités de l'immigration à son arrivée au Canada en tant que réfugié—Il est devenu admissible à présenter une demande d'asile consécutivement à la conclusion de Citoyenneté et Immigration Canada qu'il ne représente pas un danger pour le public—Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (MSPPC) a obtenu l'exclusion du demandeur au motif qu'il a commis un crime grave de droit commun—Il s'agissait de savoir si le MSPPC était en mesure de demander l'exclusion du demandeur d'asile après avoir conclu que le demandeur ne constituait pas un danger et si la Commission peut tenir compte de la réadaptation et de l'avis selon lequel le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

determinations at eligibility, refugee hearing, pre-removal risk assessment stages different—Board not erring in not considering rehabilitation, current dangerousness—Correctly identifying core question of whether applicant committing serious non-political crime—Rehabilitation, dangerousness not probative—Board decision reasonable—Questions certified as to whether MPSEP can seek exclusion following negative danger opinion, whether relevant for Board to consider rehabilitation, dangerousness when applying Article 1F(b)—Application dismissed.

### **Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 415**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial review in which applicant seeking: order declaring deportation order (first deportation order) issued by Immigration Division of Immigration and Refugee Board (ID) null, void; writ of prohibition preventing respondent from removing applicant from Canada—Applicant, Convention refugee, Canadian permanent resident—Applicant accumulating criminal convictions in Canada; found inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(a)—Removed from Canada but returning thereto—Applicant notified of second impending removal on basis of first deportation order but removal stayed until proceedings resolved—Whether first deportation order continuing to empower respondent to remove applicant from Canada; whether prohibition appropriate remedy in present case—Authority to remove flowing from Act, s. 48, which section not specifying duration of authorization to remove—Looking at scheme of Act, Regulations as whole, word “enforceable” in s. 48 meaning “executable only once”—Reasoning behind cases relied on by applicant suggesting that force of removal order not perpetual; implying that once removal order executed, force thereof spent—As for appropriate remedy, while ID cannot grant prohibition against own orders, not meaning that prohibition not available in appropriate case—However, relief applicant requesting in present case too

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demandeur ne constitue pas un danger lorsqu’il y a demande d’exclusion—Le MSPPC avait le droit de demander l’exclusion—Une décision favorable quant à la recevabilité ne peut être considérée en elle-même comme une décision définitive sur la question de savoir si les clauses d’exclusion s’appliquent—L’art. 170e) de la LIPR permet au MSPPC d’intervenir dans un dossier de réfugié—La nature et les effets des décisions prises aux étapes de la recevabilité, de l’audience sur la demande d’asile et de l’examen des risques avant renvoi (ERAR) sont différents—La Commission n’a pas commis d’erreur en omettant de tenir compte de la réadaptation du demandeur ou du danger qu’il représente actuellement pour le public—La Commission a correctement défini la question fondamentale de savoir si le demandeur a commis un crime grave de droit commun—La réadaptation et le danger n’ont pas de valeur probante—La décision de la commission était raisonnable—Des questions ont été certifiées quant à savoir si le MSPPC peut demander l’exclusion après avoir conclu que le demandeur ne constitue pas un danger et si, en appliquant l’art. 1Fb), la Commission devait considérer la réadaptation du demandeur et le danger qu’il pouvait représenter—Demande rejetée.

### **Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 415**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire par lequel le demandeur sollicite une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure d’expulsion (première mesure d’expulsion) prononcée contre lui par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, ainsi qu’un bref de prohibition interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada—Le demandeur, réfugié au sens de la Convention, est résident permanent du Canada—Le demandeur a accumulé les condamnations pénales au Canada; il a été interdit de territoire canadien sous le régime de l’art. 37(1)(a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur a été expulsé du Canada, mais il y est revenu—Le demandeur a été avisé des seconds arrangements de renvoi imminent en vertu de la première mesure d’expulsion, mais le renvoi a été suspendu jusqu’à l’issue des procédures—Il s’agissait de savoir si la première mesure d’expulsion autorisait encore le défendeur à renvoyer le demandeur du Canada et si la prohibition était une réparation adéquate en l’espèce—L’art. 48 de la Loi confère le pouvoir de renvoi, mais il est muet sur la durée du pouvoir en question—D’après l’économie d’ensemble de la Loi et du Règlement, le terme « exécutoire » de l’art. 48 signifie « ne pouvant être exécutée qu’une seule fois »—Le raisonnement sous-jacent à la jurisprudence sur laquelle s’appuie le demandeur donne à penser que l’effet d’une mesure de renvoi n’est

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

broad—Most appropriate remedy herein constituting Federal Court declaration that respondent not empowered to remove applicant from Canada under first deportation order, order of prohibition preventing respondent from use thereof to remove applicant—Therefore, first deportation order executed, force already spent; respondent prohibited from use thereof to remove applicant from Canada—Application allowed in part.

### **Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 455**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of immigration officer's decision to issue *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) report stating applicant inadmissible on grounds of criminality under Act, s. 36(2)(a)—Applicant Convention refugee, permanent resident convicted of various criminal offences—Ordered deported following issuance of s. 44 report—Whether officer erring in law, breaching duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and compassionate (H&C) considerations, to give applicant opportunity to make submissions prior to issuing report—More restrictive approach to officer, Minister's delegate's discretion in considering mitigating or H&C factors at Act, s. 44 level is to be favoured—Officer's decision herein consistent with case law on the matter—Procedural fairness not breached—Application dismissed.

### **Robertson v. Canada (F.C.A.) . . . . . 319**

Aboriginal Peoples—Taxation—Commercial fishing—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing appeals from assessments of income tax liability on basis that respondents' income situated on reserve, exempt from income tax by virtue of *Indian Act*, s. 87—Respondents, members of Norway House Cree First Nation, self-employed commercial fishers

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pas perpétuel et semble poser implicitement qu'une fois la mesure de renvoi exécutée, son effet est épuisé—En ce qui a trait à la réparation adéquate, même si la SI n'est pas habilitée à rendre des ordonnances de prohibition contre ses propres mesures, il ne faut pas en conclure que la prohibition n'est pas une mesure de réparation possible dans les cas qui s'y prêtent—Cependant, la réparation sollicitée par le demandeur en l'espèce a une portée trop large—La réparation la plus appropriée ici est une conclusion déclaratoire de la Cour fédérale selon laquelle la première mesure d'expulsion n'autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et une ordonnance de prohibition interdisant au défendeur d'utiliser ladite mesure à cette fin — Par conséquent, la première mesure d'expulsion a été exécutée et son effet s'en trouve épuisé; elle n'autorisait pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur—Demande accueillie en partie.

### **Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (F.C.) . . . . . 455**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu de l'art. 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans lequel il a écrit que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'art. 36(2)(a) de la Loi—Le demandeur est un réfugié au sens de la Convention et un résident permanent déclaré coupable de diverses infractions—Une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui à la suite de la délivrance du rapport visé à l'art. 44—La question était de savoir si l'agent a commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale en ne tenant pas compte des considérations humanitaires et en ne donnant pas au demandeur l'occasion de présenter des arguments avant d'établir le rapport—On doit favoriser une approche plus restrictive en ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'art. 44—En l'espèce, la décision de l'agent était conforme à la jurisprudence sur la question—Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale—Demande rejetée.

### **Robertson c. Canada (C.A.F.) . . . . . 319**

Peuples autochtones—Taxation—Pêche commerciale—Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant les appels interjetés par les intimés à l'encontre des cotisations établies à l'égard de leur obligation fiscale au motif que leur revenu est situé sur une réserve et qu'il est donc exempté de taxation en vertu de l'art. 87 de la *Loi sur les*

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

fishing out of Norway House Reserve (Reserve)—Norway House Fishermen’s Co-operative setting quotas, selling fish to Crown corporation—Active in every aspect of commercial fishing—T.C.C. concluding off-reserve commercial activities not attenuating connection between Reserve, respondents’ income—Whether respondents’ income “situated on a reserve” within meaning of *Indian Act*, s. 87(1)(b)—Long history, continuing importance of commercial fishing strengthening connection between Reserve, respondents’ fishing business income—Connections with off-reserve markets not weakening connection of resulting income to Reserve—Respondent’s business activities connected with Reserve because of important role played by co-operative—Co-operative important institution in economic life of Reserve—*Per* Pelletier J.A. (concurring): Application of s. 87 requiring one to connect income in issue with reserve—Application of s. 87 not to be divorced from reality of reserve life—S. 87 inquiry should focus on business opportunities available to respondents—Appeal dismissed.

### **Teva Canada Limited v. Canada (Health) (F.C.A.)** ..... 391

Food and Drugs—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Minister of Health (respondent) decision refusing to remove drug Eloxatin from register of “innovative drugs” maintained by respondent under *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1(9)—Appellant requesting that respondent remove Eloxatin from register on ground not meeting definition of “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1)—Arguing that respondent having “previously approved” drug, authorizing thousands of uses of Eloxatin by way of emergency treatment under Special Access Programme set out in Regulations—Respondent concluding that authorizations under Special Access Programme not constituting previous approval for purposes of definition of “innovative drug”—Whether previously granted authorizations under Special Access Programme making drug “previously approved” under Regulations, s. C.08.004.1(1)—Respondent’s interpretation of Regulations correct—Correctly finding that Eloxatin meeting definition of “innovative drug” in Regulations, s. C.08.004.1(1); thus, respondent right to keep drug on register of innovative drugs—Under Regulations, safety, effectiveness of new drug having to be established

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*Indiens*—Les intimés, membres de la Première Nation crie de Norway House, sont des pêcheurs commerciaux à leur compte qui mènent leurs activités à l’extérieur de la réserve de Norway House—La Norway House Fishermen’s Co-operative fixe des quotas et vend du poisson à une société d’État—Elle joue un rôle actif dans tous les aspects de la pêche commerciale—La C.C.I. a conclu que les activités commerciales menées hors réserve n’atténuent pas le lien entre la réserve et le revenu des intimés—Il s’agissait de savoir si le revenu des intimés était « situé sur une réserve » au sens de l’art. 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*—Comme la pêche commerciale est exercée depuis longtemps et continue à revêtir de l’importance, elle renforce le lien entre la réserve et le revenu d’entreprise de pêche des intimés—Les liens que les intimés ont avec les marchés hors réserve n’affaiblissent pas le lien entre le revenu en découlant et la réserve—Les activités commerciales des intimés sont liées à la réserve en raison du rôle important que joue la coopérative—La coopérative est une institution importante pour la vie économique de la réserve—Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concourants) : L’application de l’art. 87 nécessite que l’on rattache le revenu en question à une réserve—L’application de l’art. 87 ne peut être dissociée de la réalité de la vie dans une réserve indienne—L’analyse exigée par l’art. 87 doit être axée sur les occasions d’affaires qui s’offrent aux intimés—Appel rejeté.

### **Teva Canada Limitée c. Canada (Santé) (C.A.F.)** ..... 391

Aliments et Drogues—Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la décision visée par le contrôle judiciaire du ministre de la Santé (intimé) refusant de retirer l’Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l’intimé en vertu de l’art. C.08.004.1(9) du *Règlement sur les aliments et drogues*—L’appelante a demandé que l’intimé retire l’Eloxatine du registre parce que ce médicament ne correspond pas à la définition de « drogue innovante » qui figure à l’art. C.08.004.1(1) du Règlement—L’appelante a fait valoir que l’intimé avait « déjà approuvé » le médicament en autorisant des milliers de fois l’utilisation de l’Eloxatine à titre de traitement d’urgence en vertu du Programme d’accès spécial établi en application du Règlement—L’intimé a conclu que les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial ne constituaient pas une approbation antérieure au sens de la définition du terme « drogue innovante »—Il s’agissait de savoir si les autorisations déjà accordées en vertu du Programme d’accès spécial justifiaient qu’un médicament soit considéré comme « déjà approuvé » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement—L’intimé a correctement interprété le Règlement—Il a conclu

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

before being marketed in Canada—Special Access Programme different from usual way in which new drugs marketed in Canada, allowing for use of certain drugs despite fact safety, efficacy not demonstrated—Appellant’s submission that medicinal ingredient in Eloxatin “approved” within meaning of definition of “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1) creating lack of clarity, uncertainty—Under Regulations, approval signalled by issuance of notice of compliance, drug identification number—Regulations, s. C.08.004.1(1) constituting limited, special purpose section designed to implement certain specific treaty obligations undertaken by Canada (Regulations, s. C.08.004.1(2))—Accepting appellant’s interpretation that “previously approved” including authorizations granted under Special Access Programme would undercut treaty provisions—Therefore, drugs for which previous authorizations under Special Access Programme having been granted not “previously approved” within meaning of Regulations, s. C.08.004.1(1)—Respondent correct in deciding that Eloxatin constituting “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1); that Eloxatin should remain on register of innovative drugs under Regulations, s. C.08.004.1(9)—As to cross-appeal, directed against Federal Court’s reasons for dismissing preliminary objections—Cross-appeal lying against judgments, orders, not reasons—Appeal, cross-appeal dismissed.

Practice—Cross-appeal—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review brought by appellant—Cross-appeal in present case brought by respondent Sanofi-Aventis; concerning, in particular, certain preliminary objections to appellant’s standing, ability to assert matter in Federal Court, Federal Court of Appeal—Cross-appeal not lying in present case—Federal Court’s order not adversely affecting Sanofi-Aventis—Cross-appeal herein directed against Federal Court’s reasons for dismissing preliminary objections—Cross-appeal lying against judgments, orders, not reasons.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à juste titre que l’Eloxatine satisfaisait à la définition du terme « drogue innovante » de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement; c’est à bon droit qu’il a maintenu ce médicament au registre des drogues innovantes—En vertu du Règlement, l’innocuité et l’efficacité d’un nouveau médicament doivent être établies avant qu’il soit commercialisé au Canada—Le Programme d’accès spécial diffère de la façon habituelle dont les nouveaux médicaments sont commercialisés au Canada, permettant l’utilisation de certaines drogues en l’absence de données établissant leur innocuité et leur efficacité—L’argument de l’appelante selon lequel l’ingrédient médicinal de l’Eloxatine a été « approuvé », au sens où on l’entend dans la définition du terme « drogue innovante » énoncée à l’art. C.08.004.1(1) du Règlement a créé de l’ambiguïté et de l’incertitude—En vertu du Règlement, l’approbation se réalise au moment de la délivrance d’un avis de conformité et de l’attribution d’une identification numérique—L’art. C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l’objet est limité et particulier, conçu pour permettre la mise en œuvre de certaines obligations que le Canada a contractées par traité (art. C.08.004.1(2) du Règlement)—En acceptant l’interprétation de l’appelante, à savoir que le terme « déjà approuvé » vise notamment les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial, on contrecarrerait l’effet des dispositions pertinentes des traités—Par conséquent, les médicaments antérieurement approuvés en vertu du Programme d’accès spécial ne comprennent pas un ingrédient médicinal « déjà approuvé » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement—L’intimé a décidé à bon droit que l’Eloxatine était une « drogue innovante » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement; que l’Eloxatine devait demeurer inscrit au registre des drogues innovantes suivant l’art. C.08.004.1(9) du Règlement—Pour ce qui est de l’appel incident, il visait les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections préliminaires—Un appel incident est formé à l’encontre d’un jugement ou d’une ordonnance, et non à l’encontre des motifs—Appel et appel incident rejetés.

Pratique—Appel incident—Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante—L’appel incident en l’espèce a été interjeté par l’intimée, Sanofi-Aventis; il concernait plus particulièrement certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de l’appelante et sa capacité de présenter la demande devant la Cour fédérale et de faire appel devant la Cour d’appel fédérale—L’appel incident était irrecevable en l’espèce—La décision rendue par la Cour fédérale ne causait aucun préjudice à Sanofi-Aventis—L’appel incident visait les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Standing—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review brought by appellant—In cross-appeal, respondent Sanofi-Aventis raising certain preliminary objections to appellant’s standing—Whether appellant having standing to bring application for judicial review—Sanofi-Aventis claiming appellant not “person directly affected by matter in which relief sought” as required under *Federal Courts Act*, s. 18.1(1) but Federal Court right to dismiss objection—Accepting Sanofi-Aventis’ submission would do nothing to improve delivery of justice, would serve no good purpose.

Administrative Law—Judicial Review—Examination of word “decision” in *Federal Courts Act*, s. 18.1(2)—Whether decision of Minister of Health (respondent) not to remove drug Eloxatin from register of “innovative drugs” maintained by respondent constituting fresh “decision” within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.1(2)—Respondent’s decision not to remove drug Eloxatin from register constituting “fresh” decision within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.1(2); constituting fresh exercise of discretion—Accordingly, respondent’s decision constituting “decision” susceptible to judicial review under *Federal Courts Act*, s. 18.1.

### **Tran v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 296**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of decision by citizenship officer denying application for Canadian citizenship on grounds requirements of *Citizenship Act*, s. 5.1(1)(d) not met—Applicant, wife adopting deaf, mute child of acquaintances in Vietnam—Citizenship and Immigration Canada (CIC) investigation revealing, inter alia, applicant’s wife giving contradictory information to adoption agency, reason for adoption to provide child with cochlear implant—Whether investigation, findings of fact fair, reasonable—Officer failing to follow CIC adoption guidelines—Guidelines providing that factors in *Citizenship Regulations*, ss. 5.1–5.3 to be considered, weighed together—Officer not weighing all evidence but concentrating only on

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

préliminaires—Un appel incident est formé à l’encontre d’un jugement ou d’une ordonnance, et non à l’encontre des motifs.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante—En appel incident, l’intimée Sanofi-Aventis a soulevé certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de l’appelante—Il s’agissait de savoir si l’appelante avait qualité pour agir pour présenter la demande de contrôle judiciaire—Sanofi-Aventis a fait valoir que l’appelante n’était pas « directement touché[e] par l’objet de la demande » en vertu de l’art. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, mais la Cour fédérale a à bon droit rejeté l’objection—Le fait d’accepter l’argument de Sanofi-Aventis « ne permettrait pas de mieux rendre justice » et ne servirait aucune « raison légitime ».

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Examen du mot « décision » au sens de l’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il s’agissait de savoir si la décision du ministre de la Santé (intimé) de ne pas retirer l’Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l’intimé constituait une nouvelle « décision » au sens de l’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—La décision de l’intimé de ne pas retirer l’Eloxatine du registre constituait une « nouvelle » décision au sens de l’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*; il s’agissait d’un nouvel exercice de son pouvoir discrétionnaire—Par conséquent, la décision de l’intimé constituait une « décision » susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

### **Tran c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 296**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente de la citoyenneté a refusé une demande de citoyenneté canadienne au motif que les exigences énoncées à l’alinéa 5.1(1)d) de la *Loi sur la citoyenneté* n’ont pas été respectées—Le demandeur et son épouse ont adopté un enfant sourd et muet auprès de connaissances au Vietnam—L’enquête de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a révélé, entre autres, que l’épouse du demandeur a donné des renseignements contradictoires à l’agence d’adoption, le motif d’adoption étant de fournir à l’enfant un implant cochléaire—Il s’agissait de savoir si l’enquête et les conclusions de fait étaient justes et raisonnables—L’agente n’a

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS** (Concluded)

adoption of convenience factor in isolation to other relevant factors—Investigation not reasonable—Application allowed.

## **SOMMAIRE** (Fin)

pas suivi les lignes directrices de CIC sur l'adoption—Les lignes directrices prévoient que les facteurs énumérés aux articles 5.1 à 5.3 du Règlement sur la citoyenneté doivent être pris en considération et soupesés ensemble—L'agente n'a pas soupesé toute la preuve mais s'est limitée au facteur de l'adoption de complaisance sans tenir compte des autres facteurs pertinents—L'enquête n'était pas raisonnable—Demande accueillie.

**Federal Courts  
Reports**

**2013, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



IMM-5067-11  
2012 FC 293

IMM-5067-11  
2012 CF 293

**Jun Tao Bi** (*Applicant*)

**Jun Tao Bi** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Noël J.—Vancouver, March 1; Ottawa, March 7, 2012.

Cour fédérale, juge Noël—Vancouver, 1<sup>er</sup> mars; Ottawa, 7 mars 2012.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision rejecting applicant's appeal of determination that applicant failing to comply with residency obligation of Immigration and Refugee Protection Act, s. 28 — Applicant, Chinese, Canadian permanent resident — Working full-time for Canadian business in China for three-year period — At term of employment contract, applicant denied travel document; found to have failed to meet residency requirement — Whether IAD erring in determining that applicant's employment outside Canada not meeting requirements of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 61(3); whether breaching duty of procedural fairness by not adjourning applicant's hearing — Federal Court decision in Canada (Citizenship and Immigration) v. Jiang relied on herein to interpret requirements in Regulations, s. 61(3) — Applicant not meeting requirements of Regulations, s. 61(3) as interpreted in Jiang: applicant's work abroad not constituting temporary assignment, no evidence employer agreeing to keep applicant on in Canada after expiry of work term — Therefore, IAD's conclusion that applicant not meeting burden of establishing that requirements under Regulations, s. 61(3) satisfied reasonable — IAD not breaching procedural fairness in not adjourning hearing; decision reasonable — Applicant must suffer consequences of choosing untrained, unqualified representatives as counsel — As for prejudice resulting from incompetent counsel, applicant failing to show reasonable probability that, were it not for applicant's counsel, result of proceedings would have been different — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision portant qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'art. 28 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, chinois, est un résident permanent du Canada — Il a travaillé à plein temps pour des entreprises canadiennes en Chine pendant trois ans — À la fin du contrat de travail, le demandeur s'est vu refuser sa demande de document de voyage; la SAI a conclu qu'il n'avait pas satisfait à l'obligation de résidence — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur en concluant que le travail fait par le demandeur hors du Canada ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 61(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) et si elle a manqué à son obligation d'équité procédurale en n'ajournant pas l'audience — On s'est fondé sur la décision de la Cour fédérale dans Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jiang en l'espèce pour interpréter les exigences de l'art. 61(3) du RIPR — Le demandeur ne répond pas aux exigences de l'art. 61(3) du RIPR, tel qu'il a été interprété dans la décision Jiang : le demandeur n'a pas été affecté de façon temporaire à un travail à l'étranger et il n'y avait aucune preuve que l'employeur avait convenu de garder le demandeur à son service au Canada après l'expiration de son contrat — Par conséquent, la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir qu'il avait satisfait aux exigences prévues à l'art. 61(3) du RIPR était raisonnable — En n'ajournant pas l'audience, la SAI n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale et sa décision était raisonnable — Le demandeur doit subir les conséquences de son choix d'avoir retenu les services de représentants non formés et non qualifiés — Quant au préjudice découlant de l'incompétence de son avocate, le demandeur n'a pas démontré qu'il y avait une probabilité raisonnable que, n'eût été son avocate, l'issue de l'instance eût été différente — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD) rejecting the applicant's appeal of a determination that he had failed to comply with the residency obligation of section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant is a Chinese citizen who became a permanent resident of Canada along with some family members. He returned to China about one month later. Upon his return to China, the applicant remained unemployed for almost one-and-a-half years before entering into an agreement with a Canadian business to work as an assistant general manager in China for about a three-year period. After the work term expired, the applicant applied for a travel document but it was refused because of a lack of supporting evidence. It was also determined by the visa officer that he had failed to satisfy his residency obligation. On appeal, the IAD observed that the determining factor the applicant had to meet was whether he had met the required time spent working full-time for a Canadian business outside Canada as prescribed by subsection 61(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The IAD concluded in particular that the applicant did not appear to have been assigned to a position outside Canada on a temporary basis and that there was no evidence that the applicant would return to work for the company in Canada. Therefore, he had not met his burden of establishing that his employment circumstances fit within the requirements stated in subsection 61(3) of the Regulations.

The applicant challenged the IAD's conclusion and also submitted that the IAD hearing should have been adjourned once it became clear his counsel was incompetent.

The issues were whether the IAD erred in determining that the applicant's employment outside Canada did not meet the requirements of subsection 61(3) of the Regulations and whether it breached its duty of procedural fairness by not adjourning the hearing.

*Held*, the application should be dismissed.

To interpret subsection 61(3) of the Regulations, the IAD relied almost entirely if not completely on the Federal Court's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Jiang*. It was determined in that case that a permanent resident, hired on a full-time basis outside of Canada by a Canadian business, in order to have time spent outside of Canada count toward the residency requirement, must be assigned temporarily, maintain a connection with the employer and continue working for that employer in Canada following the assignment. The applicant failed to meet the requirements established in *Jiang*. There is no doubt the applicant was not

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision portant qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur est un citoyen de la Chine qui a acquis le statut de résident permanent du Canada, de pair avec certains membres de sa famille. Il est retourné dans son pays environ un mois plus tard. De retour en Chine, le demandeur est resté sans travail pendant presque un an et demi, avant de conclure un contrat avec une entreprise canadienne pour travailler comme directeur général adjoint en Chine pendant environ trois ans. Après l'expiration de ce contrat, le demandeur a fait une demande de document de voyage, mais on lui a refusé en raison d'un manque de preuves à l'appui. L'agent des visas a également conclu que le demandeur ne s'était pas conformé à son obligation de résidence. En appel, la SAI a fait remarquer que le facteur déterminant dont le demandeur devait faire la preuve consistait à savoir s'il avait passé le temps requis à travailler, hors du Canada, à temps plein pour une entreprise canadienne, ainsi que le prescrit le paragraphe 61(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR). La SAI a conclu en particulier que le demandeur ne paraissait pas avoir été affecté à un poste à l'extérieur du Canada à titre temporaire, pas plus qu'il n'y avait de preuve qu'il reviendrait travailler pour l'entreprise au Canada. Par conséquent, il ne s'était pas acquitté du fardeau d'établir que sa situation d'emploi correspondait aux exigences prescrites au paragraphe 61(3) du RIPR.

Le demandeur a contesté la conclusion de la SAI et a également prétendu que la SAI aurait dû ajourner l'audience quand il est devenu évident que son avocate était incompétente.

Il s'agissait de savoir si la SAI avait commis une erreur en concluant que le travail fait par le demandeur hors du Canada ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 61(3) du RIPR et si elle avait manqué à son obligation d'équité procédurale en n'ajournant pas l'audience.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Pour interpréter le paragraphe 61(3) du RIPR, la SAI s'est fondée presque entièrement, sinon totalement, sur la décision rendue par la Cour fédérale dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jiang*. Dans cette décision, la Cour a déterminé que pour pouvoir prendre en compte le temps passé à l'extérieur du Canada en vue de satisfaire à l'obligation de résidence, un résident permanent, embauché à temps plein, doit être affecté de façon temporaire, il doit garder un lien avec son employeur et, après l'affectation, il doit revenir travailler pour ce dernier au Canada. Le demandeur ne s'est pas conformé aux exigences établies dans la décision *Jiang*. Il est



assigned to temporarily work abroad. Instead, his work abroad began from the moment he was hired and continued to the expiry of his contract nearly three years later. Furthermore, there is simply no evidence his employer had agreed to keep the applicant on in Canada after this period. Therefore, the IAD's conclusion that the applicant did not meet his burden of establishing that he had satisfied the requirements under subsection 61(3) of the Act was reasonable.

As for the issue of procedural fairness, while the applicant did not attend the IAD hearing because he was in China, he participated by telephone. Two individuals represented him at the hearing. In order to establish that the IAD erred in not adjourning the hearing, the applicant had to establish that his counsel's acts or omissions constituted incompetence resulting in a miscarriage of justice. There is no doubt that the applicant's two representatives were unqualified to act as the applicant's counsel: neither appeared to have any legal training or even a rudimentary understanding of the proceedings. A party must suffer the consequences of his or her own counsel. The applicant simply chose untrained and unqualified representatives from which more could not have been expected and he had to suffer the consequences. In terms of prejudice, the applicant failed to show a reasonable probability that, were it not for his counsel, the result of the proceedings would have been different. In answering the questions posed to him, the applicant simply failed to provide clear and satisfactory answers that would have established he met the requirements under subsection 61(3) of the Regulations. The IAD's conclusion is not a result of it having asked insufficient questions during the hearing but rather a reflection of the applicant's answers and the evidence brought forth. Therefore, there was no breach of procedural fairness in this case and the IAD's decision was reasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 28 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)), 167(1).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 61(3).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Jiang*, 2011 FC 349; *Medawatte v. Canada (Minister of Public Safety*

indubitable que le demandeur n'a pas été affecté de façon temporaire à un travail à l'étranger. Son travail à l'étranger a plutôt débuté au moment où il a été embauché et s'est poursuivi jusqu'à l'expiration de son contrat, près de trois années plus tard. De plus, il n'y a tout simplement aucune preuve que l'employeur avait convenu de garder le demandeur à son service au Canada après cette période. Par conséquent, la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir qu'il avait satisfait aux exigences prévues au paragraphe 61(3) de la Loi était raisonnable.

Quant à la question de l'équité procédurale, bien que le demandeur n'ait pas pu assister à l'audience de la SAI parce qu'il était en Chine, il y a pris part au téléphone. Deux personnes étaient présentes à l'audience pour représenter le demandeur. Afin d'établir que la SAI a commis une erreur en n'ajournant pas l'audience, le demandeur se devait d'établir que les actes ou les omissions de son avocate relevaient de l'incompétence et avaient occasionné une erreur de justice. Il ne fait aucun doute que les deux représentants du demandeur n'étaient pas qualifiés pour agir en tant qu'avocats : ni l'un ni l'autre ne semblaient avoir suivi une formation en droit, ni même avoir une connaissance élémentaire de la procédure. Une partie doit subir les conséquences des actes de son avocat. Le demandeur a simplement retenu les services de représentants non formés et non qualifiés dont on n'aurait pas pu attendre davantage, et il a dû en subir les conséquences. En ce qui a trait au préjudice, le demandeur n'a pas démontré qu'il y avait une probabilité raisonnable que, n'eût été son avocate, l'issue de l'instance eût été différente. Lorsqu'il a répondu aux questions qu'on lui posait, le demandeur n'a tout simplement pas donné des réponses claires et satisfaisantes qui auraient établi qu'il satisfaisait aux exigences prévues au paragraphe 61(3) du RIPR. La conclusion de la SAI n'est pas attribuable au fait que l'on a posé des questions insuffisantes à l'audience, mais elle est plutôt le reflet des réponses du demandeur et des éléments de preuve qu'il a produits. Par conséquent, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en l'espèce et la décision de la SAI était raisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 28 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172 (E)), 167(1).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 61(3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jiang*, 2011 CF 349; *Medawatte c. Canada (Ministre de la Sécurité*

*and Emergency Preparedness*), 2005 FC 1374, 52 Imm. L.R. (3d) 109; *R. v. Dunbar, Pollard, Leiding and Kravit*, 2003 BCCA 667, 191 B.C.A.C. 223.

## CONSIDERED:

*Memari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1196, [2012] 2 F.C.R. 350, 17 Admin. L.R. (5th) 81, 378 F.T.R. 206; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, 317 Nfld. & P.E.I.R. 340, 340 D.L.R. (4th) 17.

## REFERRED TO:

*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, 261 A.R. 1, 184 D.L.R. (4th) 577.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicant's appeal of a determination that he had failed to comply with the residency obligation of section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Steven Meurrens* for applicant.  
*Helen Park* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Larlee Rosenberg*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NOËL J.: Jun Tao Bi (the applicant), a permanent resident, seeks judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division (IAD or panel) dated June 27, 2011. The IAD rejected the applicant's appeal of a determination that he had failed to comply with the residency obligation of section 28 [as am. by S.C. 2003,

*publique et de la Protection civile*), 2005 CF 1374; *R. v. Dunbar, Pollard, Leiding and Kravit*, 2003 BCCA 667, 191 B.C.A.C. 223.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Memari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1196, [2012] 2 R.C.F. 350; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *R. c. GDB*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision portant qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Steven Meurrens* pour le demandeur.  
*Helen Park* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Larlee Rosenberg*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NOËL : Jun Tao Bi (le demandeur), qui est résident permanent, sollicite le contrôle judiciaire d'une décision datée du 27 juin 2011 de la Section d'appel de l'immigration (la SAI ou le tribunal). La SAI a rejeté l'appel du demandeur à l'égard d'une décision portant qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence

c. 22, s. 172(E)] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

que prévoit l'article 28 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

## I. Background

[2] The applicant is a Chinese citizen who became a permanent resident of Canada on September 3, 2005, along with his parents and sister. He returned to China approximately one month later.

[3] Upon his return to China, the applicant remained unemployed from October 2005 to February 21, 2007, when he entered into an agreement with a Canadian business to work as an assistant general manager in China until January 20, 2010.

[4] In an application for a travel document dated April 3, 2010, the applicant indicated that he had spent 130 days in Canada over the previous four-and-a-half years. The visa office refused his application for a travel document based on a lack of supporting evidence and, moreover, determined he had also failed to satisfy his residency obligation. The applicant appealed this decision to the IAD and a hearing was held in Vancouver on April 18, 2011.

## II. Impugned Decision

[5] The IAD observed that section 28 of the IRPA provides for a number of ways to meet the residency obligation requirements, but the determining factor in this case was whether the applicant had met the required time spent working full-time for a Canadian business outside Canada, as prescribed by subsection 61(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR):

61. ...

Employment outside Canada

(3) For the purposes of subparagraphs 28(2)(a)(iii) and (iv) of the Act, the expression "employed on a full-time basis by a Canadian business or in the public service of Canada or

## I. Le contexte

[2] Le demandeur est un citoyen de la Chine qui a acquis le statut de résident permanent du Canada le 3 septembre 2005, de pair avec ses parents et sa sœur. Il est retourné dans son pays environ un mois plus tard.

[3] De retour en Chine, le demandeur est resté sans travail entre le mois d'octobre 2005 et le 21 février 2007, date à laquelle il a conclu un contrat avec une entreprise canadienne pour travailler comme directeur général adjoint dans ce pays jusqu'au 20 janvier 2010.

[4] Dans une demande de document de voyage datée du 3 avril 2010, le demandeur a dit avoir passé 130 jours au Canada au cours des quatre dernières années et demie. Le bureau des visas a refusé la demande à cause d'un manque de preuves à l'appui et, par ailleurs, il a conclu que le demandeur ne s'était pas non plus conformé à son obligation de résidence. Ce dernier a interjeté appel de cette décision auprès de la SAI, et une audience a été tenue à Vancouver le 18 avril 2011.

## II. La décision contestée

[5] La SAI a fait remarquer que l'article 28 de la LIPR prévoit un certain nombre de façons de répondre aux exigences liées à l'obligation de résidence mais que, dans le cas du demandeur, le facteur déterminant consistait à savoir s'il avait passé le temps requis à travailler, hors du Canada, à temps plein pour une entreprise canadienne, ainsi que le prescrit le paragraphe 61(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR) :

61. [...]

(3) Pour l'application des sous-alinéas 28(2)a)(iii) et (iv) de la Loi respectivement, les expressions « travaille, hors du Canada, à temps plein pour une entreprise canadienne ou pour

Travail hors du Canada

of a province” means, in relation to a permanent resident, that the permanent resident is an employee of, or under contract to provide services to, a Canadian business or the public service of Canada or of a province, and is assigned on a full-time basis as a term of the employment or contract to

(a) a position outside Canada;

(b) an affiliated enterprise outside Canada; or

(c) a client of the Canadian business or the public service outside Canada.

[6] The IAD then referred to this Court’s recent decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Jiang*, 2011 FC 349 (*Jiang*), at paragraphs 42 and 52, where it considered the same provision:

More importantly for the case in issue, subsection 61(3) specifically refers to subparagraph 28(2)(a)(iii) and offers a more precise definition of what working outside Canada means in relation to a permanent resident. On reading subsection 61(3) of the Regulations, which describes the concept of working outside Canada, the Court notes that the permanent resident must be employed but that Parliament added the concept of an assignment, which is absent from subparagraph 28(2)(a)(iii) of the Act.

...

The word assignment in the context of permanent resident status interpreted in light of the Act and Regulations necessarily implies a connecting factor to the employer located in Canada. The word “assigned” in subsection 61(3) of the Regulations means that an individual who is assigned to a position outside Canada on a temporary basis and who maintains a connection to a Canadian business or to the public service of Canada or of a province, may therefore return to Canada.

[7] Turning to the facts before it, the IAD remarked that the applicant had provided an undated employment letter and that while he testified as to the nature of the work he did for his employer, there were some discrepancies in the evidence relating to the description of his

l’administration publique fédérale ou provinciale » et « travaille à temps plein pour une entreprise canadienne ou pour l’administration publique fédérale ou provinciale », à l’égard d’un résident permanent, signifient qu’il est l’employé ou le fournisseur de services à contrat d’une entreprise canadienne ou de l’administration publique, fédérale ou provinciale, et est affecté à temps plein, au titre de son emploi ou du contrat de fourniture :

a) soit à un poste à l’extérieur du Canada;

b) soit à une entreprise affiliée se trouvant à l’extérieur du Canada;

c) soit à un client de l’entreprise canadienne ou de l’administration publique se trouvant à l’extérieur du Canada.

[6] La SAI s’est ensuite reportée à une décision récente de la présente Cour : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jiang*, 2011 CF 349 (*Jiang*), aux paragraphes 42 et 52, où la même disposition a été prise en considération :

De façon plus importante pour le cas sous étude, le paragraphe 61(3) fait référence notamment au sous-alinéa 28(2)a(iii) et définit plus précisément ce que signifie la notion de travail hors du Canada à l’égard d’un résident permanent. À la lecture du paragraphe 61(3) du Règlement qui explicite la notion de travail hors du Canada, la Cour note que le résident permanent doit être employé mais le législateur a ajouté la notion d’affectation, absente du sous-alinéa 28(2)a(iii) de la Loi.

[...]

Le mot « affecté » au paragraphe 61(3) du Règlement signifie qu’un individu, qui occupe un poste à l’extérieur du Canada de façon temporaire et garde un lien de rattachement avec une entreprise canadienne ou avec l’administration publique fédérale ou provinciale, est donc susceptible de revenir au Canada.

[7] Revenant aux faits dont elle était saisie, la SAI a fait remarquer que le demandeur avait produit une lettre d’embauche non datée et que, malgré son témoignage à propos de la nature du travail qu’il faisait pour son employeur, les éléments de preuve concernant la description

work. The IAD found no evidence that the applicant worked for his employer in Canada prior to working in China and noted that when questioned about work in Canada, it said the applicant “testified that he would submit his information in Canada” (trial record (TR), at page 4; IAD reasons, at paragraph 7).

[8] The IAD concluded that the applicant did not appear to have been assigned to a position outside Canada on a temporary basis, nor was there evidence of any expectation that the applicant would return to work for the company in Canada. It also noted that the applicant testified he was not aware of any other employees of the company in China and never met any employees of the company in Canada. Based on the evidence before it, the IAD dismissed the appeal, concluding that the applicant had not met his burden of establishing that his employment circumstances fit within the requirements set out in subsection 61(3) of the IRPR.

### III. Parties’ Positions

[9] The applicant argues that the IAD erred in finding there was insufficient credible evidence that his employment circumstances met the requirements of subsection 61(3) of the IRPR. The applicant also asserts that the IAD erred by not adjourning the hearing once it became clear his counsel was incompetent (the facts surrounding this allegation will be set out in the corresponding section of the analysis below).

[10] The respondent takes the position that the IAD properly considered and applied the residency requirements under subsection 61(3). It also contends the IAD committed no breach of procedural fairness as the applicant has failed to establish that his counsel’s incompetence, if any, resulted in a miscarriage of justice.

de ce travail comportaient quelques divergences. La SAI n’a trouvé aucune preuve que le demandeur avait été au service de son employeur au Canada avant de travailler en Chine et elle a signalé que, à la suite d’une question sur le travail au Canada, le demandeur avait [TRADUCTION] « déclaré qu’il présenterait ses renseignements au Canada » (dossier de première instance (DPI), à la page 4; motifs de la SAI, au paragraphe 7).

[8] La SAI a conclu que le demandeur ne paraissait pas avoir été affecté à un poste à l’extérieur du Canada à titre temporaire, pas plus qu’il n’y avait une preuve d’une attente quelconque qu’il reviendrait travailler pour l’entreprise au Canada. Elle a ajouté que le demandeur avait dit ne pas être au courant de la présence d’autres employés de l’entreprise en Chine et qu’il n’avait jamais rencontré d’employés de l’entreprise au Canada. Au vu des éléments de preuve soumis, la SAI a rejeté l’appel, concluant que le demandeur ne s’était pas acquitté du fardeau d’établir que sa situation d’emploi correspondait aux exigences prescrites au paragraphe 61(3) du RIPR.

### III. Les positions des parties

[9] Le demandeur soutient que la SAI a commis une erreur en concluant qu’il n’y avait pas assez d’éléments dignes de foi démontrant que sa situation d’emploi répondait aux exigences du paragraphe 61(3) du RIPR. Il affirme en outre que la SAI a commis une erreur en n’ajournant pas l’audience après qu’il est devenu évident que son avocate était incompétente (les faits entourant cette allégation sont exposés dans la section correspondante de l’analyse qui suit).

[10] Le défendeur est d’avis que la SAI a examiné et appliqué convenablement les exigences en matière de résidence que prescrit le paragraphe 61(3). Il soutient également que la SAI n’a commis aucun manquement à l’équité procédurale car le demandeur n’a pas établi que l’incompétence de son avocate, si tel était le cas, avait causé une erreur de justice.

#### IV. Issues

[11] This Court will consider the following two issues:

1. Did the IAD err in its determination that the applicant's employment outside Canada did not meet the requirements of subsection 61(3) of the IRPR?
2. Did the IAD breach its duty of procedural fairness by not adjourning the hearing?

#### V. Standard of Review

[12] The IAD's interpretation and application of subsection 61(3) of the IRPR calls for deference and the application of the standard of reasonableness (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraphs 37–39, and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54). Accordingly, this Court will determine whether there was justification, transparency, and intelligibility within the decision-making process and ensure that the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, at paragraph 47). By contrast, issues of procedural fairness call for the standard of correctness and no deference will be shown if the IAD erred in not adjourning the hearing (*Memari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1196, [2012] 2 F.C.R. 350 (*Memari*), at paragraph 30).

#### VI. Analysis

- A. *Did the IAD err in its determination that the applicant's employment outside Canada did not meet the requirements of subsection 61(3) of the IRPR?*

[13] Subparagraph 28(2)(a)(iii) of the IRPA provides that a permanent resident will comply with a residency obligation with respect to every five-year period if, on each of at least 730 days in that five-year period, they are outside Canada employed on a full-time basis by a

#### IV. Les questions en litige

[11] La Cour examinera les deux questions suivantes :

1. La SAI a-t-elle commis une erreur en concluant que le travail fait par le demandeur hors du Canada ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 61(3) du RIPR?
2. La SAI a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale en n'ajournant pas l'audience?

#### V. La norme de contrôle applicable

[12] L'interprétation et l'application que fait la SAI du paragraphe 61(3) du RIPR incitent à faire preuve de déférence et à appliquer la norme de la raisonabilité (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, aux paragraphes 37 à 39 et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 54). En conséquence, la Cour déterminera si le processus décisionnel a été justifié, transparent et intelligible et veillera à ce que la décision rendue appartienne aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). En revanche, les questions d'équité procédurale sont soumises à la norme de la décision correcte et il n'y aura pas lieu de faire preuve de déférence si la SAI a commis une erreur en n'ajournant pas l'audience (*Memari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1196, [2012] 2 R.C.F. 350 (*Memari*), au paragraphe 30).

#### VI. Analyse

- A. *La SAI a-t-elle commis une erreur en concluant que le travail fait par le demandeur hors du Canada ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 61(3) du RIPR?*

[13] Aux termes du sous-alinéa 28(2)a)(iii) de la LIPR, le résident permanent se conforme à l'obligation de résidence à l'égard d'une période quinquennale si, pour au moins 730 jours durant cette période, il travaille, hors du Canada, à temps plein pour une entreprise

Canadian business. Subsection 61(3) of the IRPR elaborates further, explaining that the permanent resident must be an employee of, or under contract to provide services to, a Canadian business, and must be assigned on a full-time basis as a term of the employment contract to, among others, a position outside Canada.

[14] According to the applicant, the IAD unreasonably imported its own criteria rather than follow established principles and jurisprudence. As noted above, to interpret subsection 61(3), the IAD relied almost entirely if not completely on this Court's decision in *Jiang*, above, at paragraph 52:

The word assignment in the context of permanent resident status interpreted in light of the Act and Regulations necessarily implies a connecting factor to the employer located in Canada. The word "assigned" in subsection 61(3) of the Regulations means that an individual who is assigned to a position outside Canada on a temporary basis and who maintains a connection to a Canadian business ... may therefore return to Canada. [Emphasis added.]

The applicant underscores this Court's use of the word "may" above. He does so because the IAD appears to have held against him the fact he did not show evidence of any expectation he would return to work for his employer in Canada (TR, at pages 4–5; IAD reasons, at paragraph 7). The applicant contends the Court in *Jiang* does not require that the employee return to Canada, only that he "may".

[15] I disagree with the applicant's interpretation of *Jiang* on this point. The Court made its view clear (*Jiang*, above, at paragraphs 49, 52–54):

... the record contains no documentary evidence pointing to a firm commitment on the part of the employer to reintegrate [the employee], within a specified timeframe, to a position [with the employer in Canada] following a temporary stay in China ....

...

The word "assigned" in subsection 61(3) of the Regulations means that an individual who is assigned to a position outside

canadienne. Le paragraphe 61(3) du RPR explique de manière plus précise que le résident permanent est l'employé ou le fournisseur de services à contrat d'une entreprise canadienne et qu'il est affecté à temps plein, au titre de son emploi ou du contrat de fourniture à, notamment, un poste à l'extérieur du Canada.

[14] Selon le demandeur, la SAI a importé déraisonnablement ses propres critères plutôt que de suivre les principes établis et la jurisprudence. Comme il a été mentionné plus tôt, pour interpréter le paragraphe 61(3), la SAI s'est fondée presque entièrement, sinon totalement, sur la décision *Jiang*, précitée, de la Cour, au paragraphe 52 :

Le mot affectation dans le contexte du statut de résident permanent interprété à la lumière de la Loi et du Règlement implique nécessairement un facteur de rattachement avec l'employeur situé au Canada. Le mot « affecté » au paragraphe 61(3) du Règlement signifie qu'un individu, qui occupe un poste à l'extérieur du Canada de façon temporaire et garde un lien de rattachement avec une entreprise canadienne [...] est donc susceptible de revenir au Canada. [Non souligné dans l'original.]

Le demandeur souligne l'emploi que fait la Cour du mot « susceptible » ci-dessus, car la SAI semble avoir retenu contre lui le fait de ne pas avoir démontré l'existence d'une attente quelconque qu'il reviendrait travailler pour son employeur au Canada (DPI, aux pages 4 et 5; motifs de la SAI, au paragraphe 7). Le demandeur soutient que, dans la décision *Jiang*, la Cour n'exige pas que l'employé revienne au Canada, juste qu'il soit « susceptible » de le faire.

[15] Je ne souscris pas à l'interprétation que fait le demandeur de la décision *Jiang* sur ce point. La Cour a exprimé clairement son point de vue (*Jiang*, précitée, aux paragraphes 49 et 52 à 54) :

[...] le dossier ne contient aucune preuve documentaire confirmant un engagement ferme dans le temps de la part de l'employeur qui permettrait de conclure que [l'employée] réintégrerait un poste [auprès de l'employeur] à la suite d'une période temporaire passée en Chine [...]

[...]

Le mot « affecté » au paragraphe 61(3) du Règlement signifie qu'un individu, qui occupe un poste à l'extérieur du Canada de

Canada on a temporary basis and who maintains a connection to a Canadian business ... may therefore return to Canada.

The clarification added by Parliament to subsection 61(3) of the Regulations creates an equilibrium between the obligation imposed on the permanent resident to accumulate the required number of days under the Act while recognizing that there may be opportunities for permanent residents to work abroad.

Consequently, the Court is of the opinion that, in light of the evidence in the record, the panel's finding that permanent residents holding full-time positions outside Canada with an eligible Canadian company can accumulate days that would enable them to comply with the residency obligation set out in section 28 of the Act, is unreasonable.

Clearly, the Court was opposed to an employee accumulating days towards meeting their residency requirement simply by being hired on a full-time basis outside of Canada by a Canadian business. Instead, it was this Court's view that the permanent resident must be assigned temporarily, maintain a connection with his or her employer, and to continue working for his or her employer in Canada following the assignment.

[16] The applicant also contends that the IAD reproached him for not having first worked for his employer in Canada prior to working abroad (TR, at pages 4-5; IAD reasons, at paragraph 7). I would agree here that *Jiang* does not mandate that the permanent resident first worked in Canada. The emphasis is instead on the temporary nature of the assignment that requires the employee to maintain a connection with the Canadian business and to then remain employed for that business in Canada.

[17] As for the questioning of maintaining a sufficient connection between the applicant and his employer (the connecting factor), the IAD's only findings appear to be that the applicant was not aware of any other employees of the company in China and that he never met any of the employees of the company in Canada. The applicant argues the finding on the latter point was based on inaccurate translation. He claims that while the IAD asked him at the hearing whether he had ever met with his employer or its employees in Canada, the interpreter actually mistranslated the question and asked whether

façon temporaire et garde un lien de rattachement avec une entreprise canadienne ou avec l'administration publique fédérale ou provinciale, est donc susceptible de revenir au Canada.

La précision ajoutée par le législateur au paragraphe 61(3) du Règlement crée un équilibre entre l'obligation imposée au résident permanent de cumuler le nombre de jours requis en vertu de la Loi tout en reconnaissant les occasions qui peuvent s'offrir aux résidents permanents d'aller travailler à l'étranger.

Par conséquent, la Cour est d'avis que, compte tenu de la preuve au dossier, la conclusion du Tribunal à l'effet que tout résident permanent qui occupe à temps plein un poste à l'extérieur du Canada pour une entreprise canadienne éligible peut cumuler des jours permettant de s'acquitter de l'obligation de résidence énoncée à l'article 28 de la Loi, est déraisonnable.

À l'évidence, la Cour s'est opposée à ce qu'un employé cumule des jours en vue de satisfaire à l'obligation de résidence en étant simplement embauché à temps plein à l'extérieur du Canada par une entreprise canadienne. Elle a plutôt exprimé l'avis que le résident permanent doit obtenir une affectation temporaire, garder un lien de rattachement avec son employeur et, après l'affectation, continuer de travailler pour ce dernier au Canada.

[16] Le demandeur soutient également que la SAI lui a reproché de ne pas avoir travaillé d'abord pour son employeur au Canada avant de le faire à l'étranger (DPI, aux pages 4 et 5; motifs de la SAI, au paragraphe 7). Je conviens ici que la décision *Jiang* ne prescrit pas que le résident permanent doit avoir d'abord travaillé au Canada. L'accent est plutôt mis sur la nature temporaire de l'affectation, qui exige que l'employé garde un lien de rattachement avec l'entreprise canadienne et continue ensuite de travailler pour cette dernière au Canada.

[17] Quant à la question d'un lien de rattachement suffisant entre le demandeur et son employeur (le facteur de rattachement), les seules conclusions de la SAI semblent être que le demandeur n'était au courant de la présence d'aucun employé de l'entreprise en Chine et qu'il n'avait jamais rencontré d'employés de l'entreprise au Canada. Le demandeur soutient que la conclusion tirée sur ce dernier point est fondée sur une interprétation inexacte. Il prétend que la SAI lui a demandé à l'audience s'il avait jamais rencontré son employeur ou les employés de ce dernier au Canada, mais que, en fait,



he had ever worked together with the employer or its employees while he was in Canada, to which the answer was no.

[18] In *Jiang*, this Court determined there was no “connecting factor”. The employer testified and the record showed that he had no intention to promote his employee to a position in Canada and the employee would have to reapply for any position there. The applicant argues that this Court should reach a different conclusion than in *Jiang* because here the applicant was hired in Vancouver, and while his employment agreement stated he would be required to spend a significant amount of time in China, nothing in the agreement prevented him from working in Canada so long as he fulfilled his duties. He argues that, unlike in *Jiang*, he would have been able to return to work in Canada for his employer without having to reapply. He also testified at the hearing that he was waiting to return to Canada to renegotiate his contract and that he hoped for someone else to assume the duties that required him to be in China.

[19] The respondent rightfully points out that while the applicant’s employment agreement may not have required him to work exclusively in China, in reality he did work there on a full-time basis and testified that he had never worked for his employer in Canada. Furthermore, while his contract was for a temporary period of time, there was no provision that he would work in Canada once his contract expired, which occurred in January of 2010 after three years of employment. While I recognize that the applicant appears to have continued working for his employer after the contract expired and that he expressed a desire to continue the work in Canada, I find the applicant has nevertheless failed to meet the requirements established in *Jiang*, above.

[20] The applicant entered into an employment agreement with a Canadian business for a period of three years. In that time, the applicant worked on a full-time basis in China, only returning to Canada for short

l’interprète a mal traduit la question et a demandé s’il avait jamais travaillé avec l’employeur ou ses employés durant son séjour au Canada, ce à quoi il avait répondu que non.

[18] Dans la décision *Jiang*, la Cour a conclu qu’il n’existait aucun « facteur de rattachement ». L’employeur a déclaré et il est ressorti du dossier qu’il n’avait pas l’intention de promouvoir son employé à un poste au Canada et qu’il faudrait que l’employé y présente de nouveau une demande d’emploi en vue d’obtenir un poste quelconque. Le demandeur soutient que la Cour devrait arriver à une conclusion différente de celle qui a été tirée dans la décision *Jiang* car, dans le cas présent, il a été embauché à Vancouver et que, même si son contrat d’embauche indiquait qu’il allait devoir passer un temps considérable en Chine, rien dans le contrat ne l’empêchait de travailler au Canada dans la mesure où il s’acquittait de ses fonctions. Il soutient que, contrairement aux faits présentés dans la décision *Jiang*, il lui aurait été possible de revenir travailler au Canada pour son employeur sans avoir à faire une nouvelle demande. Il a déclaré aussi à l’audience qu’il attendait de revenir au Canada pour renégocier son contrat et qu’il espérait qu’une autre personne allait exercer les fonctions qui l’obligeaient à vivre en Chine.

[19] Le défendeur fait remarquer avec raison que même si le contrat d’embauche du demandeur n’exigeait peut-être pas que ce dernier travaille exclusivement en Chine, il y a bel et bien travaillé à temps plein et il a déclaré n’avoir jamais travaillé pour son employeur au Canada. Par ailleurs, même si son contrat s’appliquait à une durée temporaire, il n’était pas prévu qu’il travaillerait au Canada une fois que le contrat viendrait à expiration, ce qui est arrivé en janvier 2010, après trois années de travail. Je reconnais que le demandeur semble avoir continué de travailler pour son employeur après l’expiration du contrat et qu’il a exprimé le souhait de continuer de travailler au Canada, mais je conclus qu’il ne s’est néanmoins pas conformé aux exigences établies dans la décision *Jiang*, précitée.

[20] Le demandeur a conclu un contrat d’embauche avec une entreprise canadienne pour une période de trois ans. Durant ce temps, il a travaillé à temps plein en Chine, et n’est revenu au Canada que pour de courtes

periods of time “to report to the job and to stay in the country” (TR, at page 29; transcript of proceedings, at line 7). Whether he had intended it or not, the applicant was hired on a full-time basis to work outside of Canada. He now wishes to count the days he spent working in China towards his residency requirement. This is precisely the situation this Court found unreasonable in *Jiang*.

[21] It was this Court’s view in *Jiang* that to have time spent outside of Canada count toward the residency requirement, the permanent resident must be assigned temporarily, must maintain a connection with his employer, and must return to work for it in Canada following the assignment. Even if a translation error occurred during the hearing which caused a misunderstanding as to the applicant’s continued connection with his employer, there is no doubt the applicant was not assigned to temporarily work abroad. Instead, his work abroad began from the moment he was hired and continued to the expiry of his contract nearly three years later. Furthermore, there is simply no evidence his employer had agreed to keep the applicant on in Canada after this period. The applicant only indicated at the hearing that he now wanted to talk to the employer to tell him or her that he wanted to work in Canada and inquire as to whether another employee could be sent abroad in his place (TR, at page 28; transcript of proceedings, at lines 10–15). As a result, I find the IAD’s conclusion that the applicant did not meet his burden of establishing that he had satisfied the requirements under subsection 61(3) of the IRPR to be reasonable.

[22] While the applicant questioned, in his written submissions only, the adequacy of the reasons, the Supreme Court’s recent decision in *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 22, makes clear that where, as here, there are reasons given, any challenge to the reasoning or result of the officer’s decision should be made within the reasonableness analysis. As stated above, I

périodes [TRANSLATION] « pour se présenter au travail et rester au pays » (DPI, à la page 29; transcription des débats, à la ligne 7). Qu’il l’ait voulu ou non, le demandeur a été embauché à temps plein pour travailler à l’extérieur du Canada. Il souhaite maintenant prendre en compte les jours qu’il a passés à travailler en Chine en vue de se conformer à son obligation de résidence. Il s’agit précisément de la situation que la Cour a trouvée déraisonnable dans la décision *Jiang*.

[21] Dans la décision *Jiang*, la Cour a exprimé l’avis que pour pouvoir prendre en compte le temps passé à l’extérieur du Canada en vue de satisfaire à l’obligation de résidence, il faut que le résident permanent soit affecté de façon temporaire, qu’il garde un lien de rattachement avec son employeur et que, après l’affectation, il revienne travailler pour ce dernier au Canada. Même s’il y a eu, à l’audience, une erreur d’interprétation qui a causé une méprise à propos du rattachement continu du demandeur avec son employeur, il est indubitable que le demandeur n’a pas été affecté de façon temporaire à un travail à l’étranger. Son travail à l’étranger a plutôt débuté au moment où il a été embauché et s’est poursuivi jusqu’à l’expiration de son contrat, près de trois années plus tard. De plus, il n’y a tout simplement aucune preuve que l’employeur avait convenu de garder le demandeur à son service au Canada après cette période. Ce dernier a juste dit à l’audience qu’il voulait maintenant parler à l’employeur pour lui dire qu’il voulait travailler au Canada et savoir s’il était possible d’envoyer à sa place un autre employé à l’étranger (DPI, à la page 28; transcription des débats, aux lignes 10 à 15). Je suis donc d’avis que la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur ne s’est pas acquitté du fardeau d’établir qu’il avait satisfait aux exigences prévues au paragraphe 61(3) du RIPR est raisonnable.

[22] Bien que le demandeur ait mis en doute, dans ses observations écrites seulement, le caractère suffisant des motifs, la Cour suprême du Canada, dans un arrêt récent : *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 22, indique clairement que lorsqu’il y a, comme c’est le cas en l’espèce, des motifs exposés, toute contestation du raisonnement formulé ou du résultat de la décision de l’agent doit se

have determined the IAD's decision to be reasonable and its reasons are supported by the record.

*B. Did the IAD breach its duty of procedural fairness by not adjourning the hearing?*

[23] The applicant argues the IAD should have adjourned the hearing once it became clear his counsel was incompetent. He alleges its failure to do so was a breach of natural justice.

[24] Because he is still in China, the applicant could not attend the hearing, but participated instead by telephone. An interpreter was required to translate for him between Cantonese and English. Two individuals were at the hearing to represent the applicant: Ms. Leung was there as a volunteer from a benevolent organization while Mr. Lam was a friend of the applicant's father, having met him through the Guangzhou Huadu Benevolent Association.

[25] There was initially some question as to whether the appropriate representation forms had been submitted. It was determined that Ms. Leung had in fact submitted the required forms, but Mr. Lam had not. Ms. Leung requested that the hearing be adjourned as she and Mr. Lam had not understood the hearing would take place until very recently and were not prepared for it. Ms. Leung tried to explain the confusion, stating at one point (TR, at pages 15–16; transcript of proceedings, at lines 38–40 and 1–5):

We just want to tell you the story because this is our first time before you and we're absolutely green on the matter. And the fact is that we got a letter this weekend — only this weekend Mr. Bi just been told of it because we — the (indiscernible) we notified them a change of address. They sent it to a vacant house because he's stuck in China and the letter says something about the document hasn't been reviewed, so we kind of panicked on Sunday. We immediate wrote in here — faxed it last night at eight o'clock, which they acknowledge received this morning, that we don't know — we don't understand what's going on.

faire dans le cadre de l'analyse de la raisonnable. Comme il a été mentionné plus tôt, j'ai conclu que la décision de la SAI est raisonnable et que ses motifs sont étayés par le dossier.

*B. La SAI a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale en n'ajournant pas l'audience?*

[23] D'après le demandeur, la SAI aurait dû ajourner l'audience quand il est devenu évident que son avocate était incompétente. Le fait de ne pas l'avoir ajournée était, allègue-t-il, un manquement à la justice naturelle.

[24] Comme il se trouve toujours en Chine, le demandeur n'a pas pu assister à l'audience, mais il y a plutôt pris part au téléphone. Il a fallu faire appel pour lui à un interprète afin de faire la traduction entre le cantonnais et l'anglais. Deux personnes ont été présentes à l'audience pour représenter le demandeur : M<sup>me</sup> Leung s'y trouvait à titre de représentante d'une organisation bénévole, tandis que M. Lam était un ami du père du demandeur, l'ayant rencontré par l'entremise de la Guangzhou Huadu Benevolent Association.

[25] Il a tout d'abord été question de savoir si les bons formulaires de représentation avaient été présentés. Il a été conclu que M<sup>me</sup> Leung avait bel et bien présenté les formulaires exigés, mais pas M. Lam. M<sup>me</sup> Leung a demandé que l'on ajourne l'audience car M. Lam et elle n'avaient compris que tout récemment que l'audience allait avoir lieu et ils ne s'y étaient pas préparés. M<sup>me</sup> Leung a tenté d'expliquer la confusion, disant à un certain moment (DPI, aux pages 15 et 16; transcription des débats, aux lignes 38 à 40 et 1 à 5) :

[TRADUCTION] Nous voulons seulement vous dire ce qui s'est passé parce que c'est la première fois que nous nous présentons devant vous et que nous ignorons totalement comment procéder. Et le fait est que nous avons reçu une lettre cette fin de semaine-ci — ce n'est que cette fin de semaine que M. Bi l'a appris parce que nous — les (inaudible) nous les avons avisés d'un changement d'adresse. Ils l'ont envoyée à une maison vide parce qu'il est coincé en Chine et la lettre dit que le document n'a pas été lu; dimanche, c'était donc la panique. Nous avons aussitôt écrit ici — envoyé un fax la nuit dernière à huit heures, et l'accusé de réception indique qu'il a été reçu ce matin, disant que nous ne savons pas — nous ne comprenons pas ce qui se passe.

The presiding member of the IAD (member) cut Ms. Leung off at that point, indicating they would proceed with the hearing. She added that Ms. Leung should not agree to assist people if she didn't really know what was going on. The member also indicated she was prepared to take the applicant through the usual areas that are covered and then, if necessary, Ms. Leung or Mr. Lam could ask any other questions before the Minister's counsel asked its questions. The member added that as time had been set aside for that day, there was no point in wasting taxpayers' money, and then proceeded with the hearing. None of the preceding was translated to the applicant.

[26] Another discussion followed to determine whether Mr. Lam would assist Ms. Leung during the hearing or whether he would testify and hence be asked to leave the room. It was eventually decided Mr. Lam would stay. Other remarks made by the member pertinent to the issue of procedural fairness and the quality of the applicant's counsel include the following: "There's not going to be an issue about whether or not [the applicant] is going to get a fair hearing. I'm going to take him through the issues" (TR, at page 18; transcript of proceedings, at lines 31–32) and "Yes, okay, I accept that. But sir again, parties shouldn't accept taking on a role of representative if you don't follow the rules and if you don't know the rules, you should learn the rules before you act for people" (TR, at page 21; transcript of proceedings, at lines 16–18). I also note that Ms. Leung asked only a few questions, none of which addressed the applicant's employment with a Canadian business or the terms of the agreement. Indeed, Ms. Leung was clearly out of her element, as illustrated by the following exchange (TR, at page 41; transcript of proceedings, at lines 13–21):

Presiding Member: Okay. Is there any other questions in reply that you'd like to ask?

Ms. Leung: The last question about did he not tell the Canadian — but I have — Exhibit 6 here —

À ce moment, la présidente de l'audience de la SAI (la commissaire) a interrompu M<sup>me</sup> Leung, disant qu'elle allait procéder à l'audience. Elle a ajouté que M<sup>me</sup> Leung ne devrait pas accepter d'aider des gens si elle ne savait pas réellement ce qui se passait. Elle a également indiqué qu'elle était disposée à guider le demandeur dans le processus habituel et, ensuite, s'il le fallait, M<sup>me</sup> Leung ou M. Lam pourraient poser d'autres questions avant que l'avocate du ministre pose les siennes. Elle a ajouté qu'étant donné que du temps avait été réservé pour cette journée-là, il était inutile de gaspiller l'argent des contribuables, et elle a ensuite procédé à l'audience. Rien de ce qui précède n'a été traduit au demandeur.

[26] Une autre discussion a suivi pour décider si M. Lam aiderait M<sup>me</sup> Leung pendant l'audience ou, alors, s'il allait témoigner et si on lui demanderait donc de quitter la salle. Il a finalement été décidé que M. Lam resterait. Voici d'autres commentaires de la commissaire qui sont pertinents à l'égard de la question de l'équité procédurale et de la compétence de l'avocate du demandeur : [TRADUCTION] « [l]a question de savoir si [le demandeur] va bénéficier ou non d'une audience équitable ne posera pas de problème. Je vais le guider dans tout le processus » (DPI, à la page 18; transcription des débats, aux lignes 31 et 32) et [TRADUCTION] « [o]ui, très bien, je l'accepte. Mais, monsieur, comme je l'ai dit, vous ne devriez pas accepter de jouer le rôle de représentant si vous ne suivez pas les règles et si vous ne connaissez pas les règles; vous devriez apprendre les règles avant de représenter quelqu'un » (DPI, à la page 21; transcription des débats, aux lignes 16 à 18). Je signale également que M<sup>me</sup> Leung n'a posé que quelques questions, dont aucune sur l'emploi du demandeur auprès d'une entreprise canadienne ou sur les conditions du contrat. En fait, M<sup>me</sup> Leung n'était manifestement pas dans son élément, comme l'illustre l'échange suivant (DPI, à la page 41; transcription des débats, aux lignes 13 à 21) :

[TRADUCTION]

La commissaire : Très bien. Y a-t-il d'autres questions en réplique que vous voudriez poser?

M<sup>me</sup> Leung : La dernière question au sujet du fait qu'il n'a pas dit à [...] canadien — mais j'ai — la pièce 6 ici —

Presiding Member: Ma'am, do you have a question? Submissions come after.

Ms. Leung: Oh, I better ask him. Oh, God, I don't — I apologize.

Ms. Leung's closing submissions similarly leave no doubt that she did not understand the proceedings, her role, or even the issues at hand (TR, at pages 42–44; transcript of proceedings).

[27] Mr. Lam was in no better position, appearing nervous (according to Ms. Leung) and having difficulty communicating in English. When the member asked whether they had a reply, Ms. Leung asked if Mr. Lam could speak in Chinese and have it translated into English. The member responded that he needed to speak in English given his role as counsel (TR, at page 45; transcript of proceedings, at lines 23–27). Another exchange indicative of the situation is as follows (TR, at pages 46–47; transcript of proceedings, from line 14):

Presiding member: If the documents aren't true it would be illegal.

Ms. Leung: Yes.

Mr. Lam: Then of course, Mr. — I'm sorry, I could not make a comment on — I just want honourable member just consider all the fact have been given to you and — I'm sorry, madam, I lost word and I —

Ms. Leung: Calm down. Calm down for a minute and then you tell he what you want to say. Just calm down a minute. I know you want to say something.

Mr. Lam: Yeah, reconsider and give a chance to Mr. Bi submit all this document. Sure, the documents might not be 100 percent perfect fit for the department's requirement and I have — please ask the honourable madam to consider and review the documents we submit.

Presiding member: Thank you.

Mr. Lam: Thank you.

Presiding member: I'm going to reserve my decision, so the decision will be provided to the parties in a few weeks. I'll just

La commissaire : Madame, avez-vous une question à poser? Les observations viennent après.

M<sup>me</sup> Leung : Oh, je ferai mieux de lui demander. Oh mon Dieu! Je ne sais pas — je m'excuse.

Les observations finales de M<sup>me</sup> Leung montrent elles aussi sans l'ombre d'un doute qu'elle ne connaissait pas la procédure, son rôle, ni même les questions en litige (DPI, aux pages 42 à 44; transcription des débats).

[27] M. Lam n'était pas mieux placé, paraissant nerveux (selon M<sup>me</sup> Leung) et ayant de la difficulté à s'exprimer en anglais. Quand la commissaire lui a demandé s'ils avaient une réplique, M<sup>me</sup> Leung a demandé si M. Lam pouvait parler en chinois et faire traduire ses propos en anglais. La commissaire a répondu qu'étant donné son rôle de représentant, M. Lam devait s'exprimer en anglais (DPI, à la page 45; transcription des débats, aux lignes 23 à 27). Voici un autre échange qui illustre bien la situation (DPI, aux pages 46 et 47; transcription des débats, à partir de la ligne 14) :

[TRADUCTION]

La commissaire : Si les documents ne sont pas véridiques, ce serait illégal.

M<sup>me</sup> Leung : Oui.

M. Lam : Alors, bien sûr, monsieur — je m'excuse, je n'ai pas pu faire de commentaires sur — je veux juste que l'honorable commissaire considère simplement tous les faits qui lui ont été fournis et — je suis désolé madame, j'ai oublié les mots et je —

M<sup>me</sup> Leung : Calmez-vous. Prenez le temps de vous calmer, et vous direz ce que vous voulez dire. Prenez le temps de vous calmer. Je sais que vous voulez dire quelque chose.

M. Lam : Ouais, reconsidérez la situation et donnez une chance à M. Bi de produire tout les documents. C'est sûr que les documents ne sont peut-être pas parfaits à 100 p. 100 pour ce qui est de répondre à l'exigence du ministère et j'ai — demandez s'il vous plaît à l'honorable madame de prendre en considération et d'examiner les documents que nous produisons.

La commissaire : Je vous remercie.

M. Lam : Merci.

La commissaire : Je vais surseoir au prononcé de ma décision, et je la communiquerai donc aux parties dans quelques

make one comment. In future if either of you intend to assist people, either at the Immigration Appeal Division or somewhere else, you ask that organization what the rules are and follow those rules well before a hearing date and, in fact, observe a hearing, because they're usually public, so you're aware of what to do or what you can do or not do to order to better assist whoever you're attempting to assist, because you might not get as much leeway as you would in these types of circumstances. It's generally not helpful to anybody to offer assistance when you're not sure what you're doing.

[28] To convince this Court that the IAD erred in not adjourning the hearing, the applicant must establish that his counsel's acts or omissions constituted incompetence resulting in a miscarriage of justice (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520 (*GDB*), at paragraph 26). In *Memari*, above, this Court applied the test in *GDB*, confirming that the right to effective counsel has been recognized in the refugee context and that subsection 167(1) of the IRPA provides persons who are the subject of Immigration and Refugee Board proceedings a statutory right to be represented by counsel. The Court also offered the following caution (*Memari*, above, at paragraph 36):

However, in proceedings under the IRPA, the incompetence of counsel will only constitute a breach of natural justice in "the most extraordinary cases" (*Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11 (F.C.T.D.), at page 15). With respect to the performance component, at a minimum, "the incompetence or negligence of the applicant's representative [must be] sufficiently specific and clearly supported by the evidence" (*Shirwa*, above, at page 60). With respect to the prejudice component, the Court must be satisfied that a miscarriage of justice resulted. Consistent with the extraordinary nature of this ground of challenge, the performance component must be exceptional and the miscarriage of justice component must be manifested in procedural unfairness, the reliability of the trial result having been compromised, or another readily apparent form. [Emphasis added.]

[29] There is no doubt Ms. Leung and Mr. Lam were unqualified to act as the applicant's counsel. Neither appeared to have any legal training or even a rudimentary understanding of the proceedings. This also quickly

semaines. Je ne ferai qu'un seul commentaire. À l'avenir, si l'un ou l'autre de vous avez l'intention d'aider des gens, soit auprès de la Section d'appel de l'immigration soit ailleurs, demandez à cette organisation quelles sont les règles; suivez ces règles bien avant la date d'audience et, en fait, allez assister à une audience, parce qu'elles sont habituellement publiques, pour savoir ce qu'il faut faire ou ce que vous pouvez faire ou non pour pouvoir mieux aider la personne que vous essayez d'aider, car vous ne bénéficierez peut-être pas d'autant de latitude que ce serait le cas dans ce genre de circonstances. Il n'est généralement pas utile qu'une personne offre son aide si elle n'est pas sûre de ce qu'elle fait.

[28] Pour convaincre la Cour que la SAI a commis une erreur en n'ajournant pas l'audience, le demandeur se doit d'établir que les actes ou les omissions de son avocat relèvent de l'incompétence et ont occasionné une erreur de justice (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520 (*GDB*), au paragraphe 26). Dans la décision *Memari*, précitée, la Cour a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *GDB*, confirmant que le droit à l'assistance effective d'un avocat a été reconnu dans le contexte des réfugiés et que le paragraphe 167(1) de la LIPR reconnaît aux personnes faisant l'objet de poursuites devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié le droit d'être représentées par un avocat. La Cour a également formulé la mise en garde suivante (*Memari*, précitée, au paragraphe 36) :

Cependant, dans les instances tenues en vertu de la LIPR, l'incompétence de l'avocat ne constituera un manquement aux principes de justice naturelle que dans les « cas le[s] plus extraordinaire[s] » (*Huynh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 642 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 23. En ce qui concerne le volet « examen du travail », « l'incompétence ou la négligence du représentant [doit ressortir] de la preuve de façon suffisamment claire et précise » (*Shirwa*, ci-dessus, aux pages 60 et 61). Quant au volet « appréciation du préjudice », la Cour doit être convaincue qu'une erreur judiciaire en a résulté. Compte tenu de la nature extraordinaire de ce motif de contestation, le « travail » doit être exceptionnel et « l'erreur judiciaire » doit prendre la forme d'un manquement à l'équité procédurale — la fiabilité de l'issue du procès ayant été compromise — ou toute autre forme évidente. [Non souligné dans l'original.]

[29] Il ne fait aucun doute que M<sup>me</sup> Leung et M. Lam n'étaient pas qualifiés pour agir en tant qu'avocats du demandeur. Ni l'un ni l'autre ne semblaient avoir suivi une formation en droit, ni même avoir une connaissance

became evident to the member, who indicated that while she would proceed with the hearing, she was prepared to take the applicant through the usual issues covered. The member remarked at one point: “There’s not going to be an issue about whether or not [the applicant] is going to get a fair hearing. I’m going to take him through the issues” (TR, at page 18; transcript of proceedings, at lines 31–32).

[30] The applicant notes that the IAD’s decision was based in part on alleged discrepancies and omissions contained within his testimony. He argues that while this would usually constitute an acceptable reason to conclude he had not met his onus of proving his case, in this case the member chose to conduct the examination-in-chief. Hence she had the ability to ask him any questions that would have addressed her concerns and by failing to do so and basing her decision on his failure to adequately address the issues, she breached her duty of procedural fairness. This was further compounded by her failure to adjourn the hearing when initially asked to do so.

[31] The respondent is of the view that the applicant has failed to show his counsel’s incompetence resulted in a miscarriage of justice and has not shown a reasonable probability that, but for this incompetence, the IAD would have reached a different conclusion or that it rendered the hearing process unfair.

[32] In *Medawatte v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 1374, 52 Imm. L.R. (3d) 109, at paragraph 10, my colleague Justice Harrington observed that, “[t]here is a great deal of jurisprudence in these matters to the effect that a party must suffer the consequences of his or her own counsel. I subscribe to that view. If a case has been poorly prepared; if relevant jurisprudence was not brought to the attention of the Court in a civil case; if there was a bad choice in witness selection, the consequences fall on that party.” I am of the view that the facts in the case at bar are analogous to the examples listed by Justice Harrington. The applicant simply chose untrained and unqualified representatives from which more could not

élémentaire de la procédure. Ce fait a aussi sauté rapidement aux yeux de la commissaire, qui a déclaré que, même si elle allait procéder à l’audience, elle était disposée à guider le demandeur dans tout le processus habituel. Elle a déclaré à un certain point : [TRADUCTION] « [l]a question de savoir si [le demandeur] va bénéficier ou non d’une audience équitable ne posera pas de problème. Je vais le guider dans tout le processus » (DPI, à la page 18; transcription des débats, aux lignes 31 et 32).

[30] Le demandeur signale que la SAI a fondé sa décision en partie sur de présumées divergences et omissions contenues dans son témoignage. Il soutient que même si cela constitue habituellement un motif acceptable pour conclure qu’il ne s’est pas acquitté du fardeau de prouver ses prétentions, la commissaire a décidé en l’espèce de procéder à l’interrogatoire principal. Il lui était donc possible de poser au demandeur les questions qui auraient pu dissiper ses doutes et, en s’abstenant de le faire et en fondant sa décision sur le fait que ce dernier n’avait pas traité convenablement des questions en litige, elle a manqué à son obligation d’équité procédurale. À cela s’ajoutait le fait qu’elle n’avait pas ajourné l’audience quand on lui avait demandé au départ de le faire.

[31] Le défendeur est d’avis que le demandeur n’a pas démontré que l’incompétence de son avocate avait entraîné une erreur de justice et n’a pas établi qu’il y avait une probabilité raisonnable que, n’eût été cette incompetence, la SAI serait arrivée à une conclusion différente ou que le processus d’audience avait été inéquitable.

[32] Dans la décision *Medawatte c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 1374, au paragraphe 10, mon collègue, le juge Harrington, a fait remarquer ce qui suit : « Il existe une jurisprudence abondante en la matière selon laquelle une partie doit subir les conséquences des actes de son avocat. Je suis du même avis. Si la cause a été mal préparée, si la jurisprudence pertinente n’a pas été portée à l’attention de la Cour dans une affaire au civil ou si les témoins ont été mal choisis, c’est la partie concernée qui doit en subir les conséquences ». Je suis d’avis qu’en l’espèce les faits sont analogues aux exemples que le juge Harrington a donnés. Le demandeur a simplement retenu les services de représentants non formés et non

have been expected and he must unfortunately suffer the consequences. The applicant did have a lawyer at a certain time. A request for an extension of time was sought because of the withdrawal of his counsel and for the time required to find another lawyer (see TR, at page 218).

[33] In *R. v. Dunbar, Pollard, Leiding and Kravit*, 2003 BCCA 667, 191 B.C.A.C. 223, at paragraph 26, the Court of Appeal of British Columbia considered the prejudice component as follows:

The prejudice component requires the appellant to show that the incompetence of trial counsel resulted in a miscarriage of justice. Doherty J.A. discussed the meaning of “miscarriage of justice” in this context in *Joanisse, supra* at 64. He explained that a miscarriage of justice can result where the appellant establishes a reasonable probability that but for counsel’s errors, the result of the proceedings would have been different. A reasonable probability is one that is “sufficient to undermine confidence in the outcome” and “lies somewhere between a mere possibility and a likelihood”: *Joanisse, supra* at 62; *R. v. Strauss* (1995), 61 B.C.A.C. 241, 100 C.C.C. (3d) 303 at 319. Alternatively, a reliable outcome may still constitute a miscarriage of justice where the process through which that verdict was reached was unfair: *Joanisse, supra* at 62; *D.B. v. British Columbia (Director of Child, Family & Community Services)*, *supra* [paragraphs] 63-64.

In my view, the applicant has failed to show a reasonable probability that were it not for his counsel, the result of the proceedings would have been different. In answering the questions posed to him, the applicant simply failed to provide clear and satisfactory answers that would have established he met the requirements under subsection 61(3) of the IRPR. The IAD’s conclusion is not a result of it having asked insufficient questions during the hearing, as alleged by the applicant, but rather a reflection of the applicant’s answers and the evidence brought forth. Accordingly, I find there was no breach of procedural fairness in this case and the IAD’s decision was reasonable.

qualifiés dont on n’aurait pas pu attendre davantage, et il doit malheureusement en subir les conséquences. Le demandeur a toutefois bénéficié des services d’un avocat à un certain moment. Une demande de prorogation de délai a été présentée à cause du retrait de son avocat et du temps nécessaire pour en trouver un autre (DPI, à la page 218).

[33] Dans l’arrêt *R. v. Dunbar, Pollard, Leiding and Kravit*, 2003 BCCA 667, 191 B.C.A.C. 223, au paragraphe 26, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a analysé comme suit le volet « appréciation du préjudice » :

[TRADUCTION] Le volet « appréciation du préjudice » oblige l’appellant à démontrer qu’à cause de l’incompétence d’un avocat, une erreur de justice a été commise. Le juge d’appel Doherty a analysé le sens de l’expression « erreur de justice » dans ce contexte dans *Joanisse, précité*, au paragraphe 64. Une erreur de justice, a-t-il expliqué, peut être attribuable au fait que l’appellant établit une probabilité raisonnable que, sans les erreurs de l’avocat, l’issue de l’instance aurait été différente. Une probabilité raisonnable est une probabilité qui « suffit à enlever confiance dans l’issue de l’action » et qui « réside quelque part entre une simple possibilité et une vraisemblance » : *Joanisse* précité, au paragraphe 62; *R. c. Strauss* (1995), 61 B.C.A.C. 241, 100 C.C.C. (3d) 303, à la page 319. En revanche, une issue fiable peut quand même constituer une erreur de justice si le processus par lequel ce verdict a été rendu était inéquitable : *Joanisse, précité*, au paragraphe 62; *D.B. c. British Columbia (Director of Child, Family & Community Services)*, précitée, aux paragraphes 63 et 64.

À mon avis, le demandeur n’a pas démontré qu’il y avait une probabilité raisonnable que, n’eût été son avocate, l’issue de l’instance aurait été différente. Lorsqu’il a répondu aux questions qu’on lui posait, le demandeur n’a tout simplement pas donné des réponses claires et satisfaisantes qui auraient établi qu’il satisfaisait aux exigences prévues au paragraphe 61(3) du RIPR. La conclusion de la SAI n’est pas attribuable au fait que l’on a posé des questions insuffisantes à l’audience, comme l’allègue le demandeur; elle est plutôt le reflet des réponses du demandeur et des éléments de preuve qu’il a produits. Je conclus donc qu’il n’y a pas eu de manquement à l’équité procédurale en l’espèce et que la décision de la SAI était raisonnable.



[34] Counsel did not submit questions for certification.

[34] Les avocats n'ont pas présenté de questions à certifier.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed and no question will be certified.

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée, et aucune question ne sera certifiée.

T-863-11  
2012 FC 201

T-863-11  
2012 CF 201

**Tran, Tam Thanh** (*Applicant*)

**Tran, Tam Thanh** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: TRAN V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

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

Federal Court, Lemieux J.—Ottawa, December 14, 2011; February 10, 2012.

Cour fédérale, juge Lemieux—Ottawa, 14 décembre 2011; 10 février 2012.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of decision by citizenship officer denying application for Canadian citizenship on grounds requirements of Citizenship Act, s. 5.1(1)(d) not met — Applicant, wife adopting deaf, mute child of acquaintances in Vietnam — Citizenship and Immigration Canada (CIC) investigation revealing, inter alia, applicant's wife giving contradictory information to adoption agency, reason for adoption to provide child with cochlear implant — Whether investigation, findings of fact fair, reasonable — Officer failing to follow CIC adoption guidelines — Guidelines providing that factors in Citizenship Regulations, ss. 5.1 to 5.3 to be considered, weighed together — Officer not weighing all evidence but concentrating only on adoption of convenience factor in isolation to other relevant factors — Investigation not reasonable — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente de la citoyenneté a refusé une demande de citoyenneté canadienne au motif que les exigences énoncées à l'art. 5.1(1)d) de la Loi sur la citoyenneté n'ont pas été respectées — Le demandeur et son épouse ont adopté un enfant sourd et muet auprès de connaissances au Vietnam — L'enquête de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a révélé, entre autres, que l'épouse du demandeur a donné des renseignements contradictoires à l'agence d'adoption, le motif d'adoption étant de fournir à l'enfant un implant cochléaire — Il s'agissait de savoir si l'enquête et les conclusions de fait étaient justes et raisonnables — L'agente n'a pas suivi les lignes directrices de CIC sur l'adoption — Les lignes directrices de CIC sur l'adoption — Les lignes directrices prévoient que les facteurs énumérés aux art. 5.1 à 5.3 du Règlement sur la citoyenneté doivent être pris en considération et soupesés ensemble — L'agente n'a pas soupesé toute la preuve mais s'est limitée au facteur de l'adoption de complaisance sans tenir compte des autres facteurs pertinents — L'enquête n'était pas raisonnable — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by a citizenship officer denying an application for Canadian citizenship on the grounds that the requirements of paragraph 5.1(1)(d) of the *Citizenship Act* were not met.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente de l'immigration qui a refusé une demande de citoyenneté canadienne aux motifs que les exigences de l'alinéa 5.1(1)d) de la *Loi sur la citoyenneté* n'ont pas été respectées.

The applicant and his wife were traveling in Vietnam where they met the parents of a child who was born deaf and mute in a refugee camp. The parents of the child had taken care of the applicant's wife when she was a young orphan before she immigrated to Canada. The applicant proposed to adopt the child because there were no schools for children with special needs in the area where the child and his family lived. The adoption was formalized and an application for Canadian citizenship was filed with Citizenship and Immigration Canada

Le demandeur et son épouse voyageaient au Vietnam lorsqu'ils ont rencontré les parents d'un enfant qui est né sourd et muet dans un camp de réfugiés. Les parents de l'enfant avaient pris soin de l'épouse du demandeur quand elle était une jeune orpheline, avant qu'elle immigrer au Canada. Le demandeur a proposé d'adopter l'enfant parce qu'il n'y avait pas d'école pour les enfants présentant des besoins spéciaux dans la région où l'enfant et sa famille vivaient. L'adoption a été formalisée et une demande de citoyenneté

(CIC). A CIC investigation cited several issues of concern. One such concern was that the applicant's wife had given contradictory information to an adoption agency. Another concern pertained to the fact that the applicant's stated reason for adopting the child was to provide him with a cochlear implant. Based on those concerns, the officer concluded that the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status under the *Citizenship Act*.

The principal issue was whether the investigation into the application for Canadian citizenship was fair and the findings of fact flowing from it were reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

In assessing the citizenship application, the officer failed to follow the Minister's adoption guidelines. The guidelines spell out indicators to be considered for the four criteria in section 5.1 of the Act with particular attention on the best interests of the child. The guidelines also state that factors provided under sections 5.1 to 5.3 of the *Citizenship Regulations* are not requirements and are to be considered and weighed together in each individual case. The officer did not weigh all of the evidence before her but concentrated only on the adoption of convenience factor in isolation to the other relevant factors. She ignored evidence or refused to take into account uncontroverted evidence that showed it was impossible for the child to have been cared for at the refugee camp by the applicant's wife. The officer also misconstrued evidence, failed to assess the genuineness of the parent-child relationship and was unfair to the adoptive parents by taking into account external facts derived from her research or that of other CIC officials. As such, the investigation was not reasonable. One single factor was not sufficient, in the circumstances of this case, to enable the officer to come to the conclusion she did.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5.1 (as enacted by S.C. 2007, c. 24, s. 2; 2008, c. 14, s. 13).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

canadienne a été déposée auprès de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Une enquête de CIC a soulevé plusieurs questions préoccupantes. Une de ces préoccupations concernait le fait que l'épouse du demandeur avait donné des renseignements contradictoires à une agence d'adoption. Une autre préoccupation portait sur le fait que la raison invoquée par le demandeur pour adopter l'enfant était de lui fournir un implant cochléaire. Se fondant sur ces préoccupations, l'agente a conclu que l'adoption visait principalement l'acquisition d'un statut en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*.

La principale question était de savoir si l'enquête sur la demande de citoyenneté canadienne était juste et si les conclusions de fait qui en ont découlé étaient raisonnables.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Dans le cadre de son évaluation, l'agente n'a pas suivi les lignes directrices du ministre en matière d'adoption. Les lignes directrices énumèrent les facteurs à prendre en compte dans l'application des quatre critères prévus à l'article 5.1 de la Loi, une attention particulière devant être accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les lignes directrices énoncent également que les facteurs prévus aux articles 5.1 à 5.3 du *Règlement sur la citoyenneté* ne constituent pas des exigences en soi et doivent plutôt être pris en considération et évalués en fonction des caractéristiques propres à chaque cas. L'agente n'a pas soupesé toute la preuve dont elle disposait, se limitant au facteur de l'adoption de complaisance sans tenir compte des autres facteurs pertinents. Elle n'a pas tenu compte de la preuve ou elle a refusé de tenir compte de la preuve non réfutée selon laquelle il était impossible que l'épouse du demandeur ait pris soin de l'enfant au camp de réfugiés. L'agente a également interprété erronément la preuve; elle n'a pas évalué l'authenticité du lien affectif parent-enfant et a manqué à l'équité envers les parents adoptifs en prenant en compte des faits extrinsèques obtenus par suite de sa recherche ou de celle d'autres fonctionnaires de CIC. À ce titre, l'enquête n'était pas raisonnable. Ce seul facteur, pris isolément, ne suffisait pas, étant donné les faits de l'espèce, à justifier la conclusion à laquelle l'agente est parvenue.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5.1 (édicte par L.C. 2007, ch. 24, art. 2; 2008, ch. 14, art. 13).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Jardine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 565; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *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; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Citizenship Policy Manual (CP)*. Chapter CP 14: Adoption, online: <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/203/301/policy\\_program\\_manuals/2009-08/english/resources/manuals/cp/cp14-eng.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/203/301/policy_program_manuals/2009-08/english/resources/manuals/cp/cp14-eng.pdf)>.

APPLICATION for judicial review of a decision by a citizenship officer denying an application for Canadian citizenship on the grounds that the requirements of paragraph 5.1(1)(d) of the *Citizenship Act* were not met. Application allowed.

## APPEARANCES

*Mike Bell* for applicant.  
*Craig Collins-Williams* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Ottawa Immigration*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LEMIEUX J.:

I. Introduction and Background

[1] The applicant, Tam Thanh Tran, and his wife, Kim Nguyen were born in Vietnam and are Canadian citizens. By letter dated March 22, 2010, the applicant was

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jardine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 565; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide des politiques de citoyenneté (CP)*. Chapitre CP 14 : Adoptions, en ligne : <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/203/301/guides\\_politiques\\_programmes/2009-08/francais/ressources/guides/cp/cp14-fra.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/203/301/guides_politiques_programmes/2009-08/francais/ressources/guides/cp/cp14-fra.pdf)>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente de l'immigration qui a refusé une demande de citoyenneté canadienne aux motifs que les exigences de l'alinéa 5.1(1)d) de la *Loi sur la citoyenneté* n'ont pas été respectées. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Mike Bell* pour le demandeur.  
*Craig Collins-Williams* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ottawa Immigration*, Ottawa, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE LEMIEUX :

I. Introduction et contexte

[1] Le demandeur, Tam Thanh Tran, de même que son épouse, Kim Nguyen, sont nés au Vietnam et sont des citoyens canadiens. Dans une lettre datée du

advised by officer Patricia Brown (the officer) at the Canadian High Commission to Singapore (CHCS), the application for Canadian citizenship he made for his adopted son, My, was refused. My was born deaf and mute in a refugee camp in Hong Kong in 1995. His father was killed in a motorcycle accident in 2007 in Vietnam; his birth mother, Kim Loan, lives in Vietnam. My was formally adopted in November 2008 upon receiving the consent of the Vietnamese authorities. My is now 17 years old and has been living since late 2008 or early 2009 in an orphanage in Ho Chi Minh City (HCMC), formerly Saigon.

[2] The officer gave the following reasons for the refusal:

Based on the results of our investigation, I have determined that Nguyen Quoc My does not meet the requirements of section 5.1(1)(d) of the *Citizenship Act* because:

- there are significant concerns over the credibility of information in your application, especially your explanation of the genesis of the relationship between yourself/your wife and the adopted child;

- the adoption process was begun in 2006 while the adopted child was living with his biological parents and his elder brother. Information on file shows he had always lived with his biological family without any evident problems; and,

- statements made by you and information on the file demonstrate that the primary reason for the adoption was to obtain a cochlear implant and other medical/social services in Canada for the adopted child. [Emphasis added.]

[3] Relying on paragraph 5.1(1)(d) [as enacted by S.C. 2007, c. 24, s. 2] of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] (the Act), the officer was not satisfied the adoption of My was not entered into primarily for the purpose of acquiring a status or privilege in relation to immigration or citizenship. Specifically, the officer was of the view the status or privilege in Canada sought for My is the benefit of medical and social services available in Canada and, in particular, to obtain a cochlear implant to give him a chance to be able to hear and speak and live a normal life.

22 mars 2010, l'agente Patricia Brown (l'agente) du Haut-commissariat du Canada à Singapour (HCCS) a avisé le demandeur que la demande de citoyenneté canadienne qu'il avait présentée pour son fils adoptif, My, avait été rejetée. My est né, sourd et muet, dans un camp de réfugiés à Hong Kong en 1995. Son père est mort dans un accident de motocyclette en 2007 au Vietnam; sa mère biologique, Kim Loan, vit au Vietnam. My a été officiellement adopté en novembre 2008 lorsque les autorités vietnamiennes ont donné leur consentement à l'adoption. My a maintenant 17 ans et vit depuis la fin de 2008 ou le début de 2009 dans un orphelinat à Hô Chi Minh-Ville (HCMV), autrefois Saigon.

[2] L'agente a formulé les motifs suivants à l'appui du rejet de la demande :

[TRADUCTION] En me fondant sur les résultats de l'enquête, j'ai déterminé que Nguyen Quoc My ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 5.1(1)d) de la *Loi sur la citoyenneté* du fait que :

- les renseignements contenus dans votre demande font naître des doutes sérieux quant à leur fiabilité, en particulier l'explication que vous avez donnée de la genèse de la relation entre vous-même/votre épouse et l'enfant adoptif;

- le processus d'adoption a commencé en 2006 alors que l'enfant adoptif vivait avec ses parents biologiques et son frère aîné. Les renseignements au dossier révèlent qu'il a toujours vécu avec sa famille biologique sans problème manifeste;

- des déclarations que vous avez faites ainsi que des renseignements versés au dossier montrent que le but principal de l'adoption était d'obtenir un implant cochléaire et d'autres services médicaux et sociaux au Canada pour l'enfant adoptif. [Non souligné dans l'original.]

[3] S'appuyant sur l'alinéa 5.1(1)d) [édicte par L.C. 2007, ch. 24, art. 2] de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] (la Loi), l'agente n'était pas convaincue que l'adoption de My ne visait pas principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège relatifs à l'immigration ou à la citoyenneté. Plus particulièrement, l'agente était d'avis que le statut ou le privilège convoité pour My au Canada était l'accès aux services médicaux et sociaux disponibles au Canada et, particulièrement, l'obtention d'un implant cochléaire qui lui donnerait la possibilité d'entendre et de parler, et de vivre une vie normale.

[4] Section 5.1 [as enacted by S.C. 2007, c. 24, s. 2; 2008, c. 14, s. 13] of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 reads:

Adoptees  
— minors

**5.1** (1) Subject to subsection (3), the Minister shall on application grant citizenship to a person who was adopted by a citizen on or after January 1, 1947 while the person was a minor child if the adoption

(a) was in the best interests of the child;

(b) created a genuine relationship of parent and child;

(c) was in accordance with the laws of the place where the adoption took place and the laws of the country of residence of the adopting citizen; and

(d) was not entered into primarily for the purpose of acquiring a status or privilege in relation to immigration or citizenship.

[5] The central question which arises in this judicial review application is how the Canadian officials at the CHCS and at the Canadian Consulate in HCMC (CCHCMC) carried out their investigation into the applicant's application for My's Canadian citizenship filed in December 2008 and, in particular, the fairness aspect of that investigation and the reasonableness of the findings of fact flowing from it.

## II. Overview

[6] The documentary evidence in the respondent's record (RR) establishes the following facts:

a. Between 1988 and 1993, Kim Nguyen, then a 15-year-old orphan, lived in a refugee camp in Hong Kong.

b. It was there that she met My's future birth parents. They took care and looked after her. She felt indebted to them for what they did for her in the refugee camp.

[4] L'article 5.1 [édicte par L.C. 2007, ch. 24, art. 2; 2008, ch. 14, art. 13] de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 est rédigé comme suit :

**5.1** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le ministre attribue, sur demande, la citoyenneté à la personne adoptée par un citoyen le 1<sup>er</sup> janvier 1947 ou subséquemment lorsqu'elle était un enfant mineur. L'adoption doit par ailleurs satisfaire aux conditions suivantes :

Cas de  
personnes  
adoptées  
— mineurs

a) elle a été faite dans l'intérêt supérieur de l'enfant;

b) elle a créé un véritable lien affectif parent-enfant entre l'adoptant et l'adopté;

c) elle a été faite conformément au droit du lieu de l'adoption et du pays de résidence de l'adoptant;

d) elle ne visait pas principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège relatifs à l'immigration ou à la citoyenneté.

[5] La question centrale soulevée par la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir comment les fonctionnaires canadiens au HCCS et au consulat canadien à HCMV (CCHCMV) ont mené leur enquête sur la demande de citoyenneté canadienne de My présentée par le demandeur en décembre 2008, en particulier, en ce qui a trait à l'équité de l'enquête et au caractère raisonnable des conclusions de fait qui en ont découlé.

## II. Vue d'ensemble

[6] Les faits suivants ressortent de la preuve documentaire contenue dans le dossier du défendeur (DF) :

a. Entre 1988 et 1993, Kim Nguyen, alors une orpheline de 15 ans, a vécu dans un camp de réfugiés à Hong Kong.

b. C'est dans ce camp qu'elle a rencontré les futurs parents biologiques de My. Ils ont pris soin d'elle. Elle s'est sentie obligée envers eux en raison de ce qu'ils avaient fait pour elle dans le camp de réfugiés.

c. In 1993, Kim Nguyen left the camp in Hong Kong to live in a refugee camp in the Philippines for a year. In 1994, she immigrated to Canada with her husband whom she divorced in Canada a few years later. As noted, My was born in 1995 in the refugee camp in Hong Kong. Kim Nguyen married the applicant in Canada in December 2002.

d. The couple traveled to Vietnam in 2003 to celebrate their marriage. Kim Nguyen reconnected with My's birth parents. It was then that they met My for the first time. They thought about adopting him because there was no school for children with special needs in that area in the north of the country where the family lived.

e. My's parents were not warm to the idea of My being adopted. Despite this fact, the applicant and his wife, in 2006, retained the services of a duly accredited Canadian international adoption service. A home study was prepared by Martha Maslen who met the couple on a number of occasions. That study was filed with authorities in Ontario (whose concurrence was required). As will be seen, the home study contained a number of statements as to when Kim Nguyen first met My and whether she immigrated to Canada alone in 1994. The home study states she met My at the refugee camp and traveled to Canada alone. CHCS had on file a letter from a friend who also indicated Kim Nguyen cared for My at the refugee camp (the friend's letter). In any event, no formal steps were taken to adopt My in 2006 because of his family's opposition.

f. Matters changed dramatically in 2007 when My's father was killed in a motorcycle accident leaving My's mother, Kim Loan, who was not working at the time, to look after My, his elder brother and her husband's elderly mother. Times were difficult. My was placed in a school for the deaf in Hanoi but traveled home on weekends. My's adoption was raised once again by the applicant and his wife; Kim Loan agreed. Papers were processed in 2008. The Vietnamese authorities agreed to

c. En 1993, Kim Nguyen a quitté le camp de Hong Kong, et est allée vivre dans un camp de réfugiés aux Philippines pendant un an. En 1994, elle a immigré au Canada avec son mari, duquel elle a divorcé quelques années plus tard au Canada. Comme cela est noté plus haut, My est né en 1995 dans le camp de réfugiés à Hong Kong. Kim Nguyen a marié le demandeur au Canada en décembre 2002.

d. Les époux ont célébré leur mariage au Vietnam en 2003. Kim Nguyen a renoué avec les parents de My. C'est à ce moment-là qu'ils ont rencontré My pour la première fois. Le couple a songé à l'adopter parce qu'il n'y avait pas d'école pour les enfants présentant des besoins spéciaux dans cette région du nord du pays où ils vivaient.

e. Les parents de My n'étaient pas très favorables à l'idée de faire adopter My. Malgré cela, le demandeur et son épouse, en 2006, ont fait appel à un service canadien dûment agréé d'adoption internationale. Une étude du milieu familial a été rédigée par Martha Maslen qui a rencontré le couple à diverses occasions. Cette étude a été déposée auprès des autorités en Ontario (dont l'intervention était requise). Comme on le verra, l'étude du milieu familial contenait un certain nombre d'énoncés portant sur le moment où Kim Nguyen aurait rencontré My pour la première fois ainsi que sur la question de savoir si elle avait immigré seule en 1994. Selon l'étude du milieu familial, Kim Nguyen a rencontré My au camp de réfugiés et est venue seule au Canada. Le HCCS avait dans ses dossiers une lettre d'un ami qui indiquait également que Kim Nguyen avait pris soin de My pendant qu'elle était au camp de réfugiés (la lettre de l'ami). Quoi qu'il en soit, aucune démarche officielle n'avait été entreprise pour adopter My en 2006 en raison du refus de sa famille.

f. Les choses ont changé du tout au tout en 2007 lorsque le père de My est mort dans un accident de motocyclette, laissant à la mère de My, Kim Loan, qui ne travaillait pas à cette époque, la responsabilité de s'occuper de My, de son frère aîné et de la mère âgée de son mari. C'était une période difficile. My a été placé dans une école pour sourds à Hanoi, mais il revenait à la maison les fins de semaine. La possibilité d'adopter My a à nouveau été soulevée par le demandeur et son épouse; Kim Loan a

the adoption which was formalized in November 28, 2008 in a traditional ceremony of transfer at which My's mother and adoptive parents were present. My's application for Canadian citizenship was filed with Citizenship and Immigration Canada (CIC) shortly thereafter.

g. Shortly after the adoption, My was transferred to an orphanage in HCMC; he has been there ever since. That orphanage is operated by nuns, one of whom is Kim Nguyen's aunt.

h. The record shows the applicant and his wife have paid for all of My's expenses which now included, for the first time, a private tutor teaching him sign language enabling him to read and write. The applicant and his wife are in constant communication with their adopted son. He has no contact with his birth mother. Kim Nguyen stayed a number of months with him in 2009 and recently five weeks in 2011.

### III. CIC's Investigation

[7] The details of the investigation, which included a CBSA [Canada Border Services Agency] anti-fraud officer, are revealed in the certified tribunal record (CTR) which essentially contains the CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes of officials at the CHCS and the CCHCMC.

[8] It also contains the interaction between those officials with the applicant and also with Martha Maslen, the adoption facilitator and author of the home study.

[9] The CTR shows:

a. File opening in 2008 at CHCS followed up with a December 10, 2008 letter to the applicant asking for background information including details on the parent-child relationship.

donné son accord. Les formalités ont été accomplies en 2008. Les autorités vietnamiennes ont consenti à l'adoption qui est devenue officielle le 28 novembre 2008 lors d'une cérémonie traditionnelle de transfert à laquelle la mère de My et ses parents adoptifs ont participé. La demande de citoyenneté canadienne de My a été déposée auprès de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) peu après.

g. Peu de temps après l'adoption, My a été transféré dans un orphelinat à HCMV; il y est depuis. Cet orphelinat est dirigé par des religieuses, dont l'une est la tante de Kim Nguyen.

h. Le dossier montre que le demandeur et son épouse ont payé toutes les dépenses de My, notamment les dépenses engagées pour qu'un tuteur privé enseigne — pour la première fois — à My le langage gestuel afin qu'il puisse lire et écrire. Le demandeur et son épouse communiquent constamment avec leur fils adoptif. Il n'a pas de contact avec sa mère biologique. Kim Nguyen est restée un certain nombre de mois avec lui en 2009 et, récemment, pendant cinq semaines en 2011.

### III. L'enquête de CIC

[7] Les détails de l'enquête, dont les faits relatés par un agent antifraude de l'ASFC [Agence des services frontaliers du Canada], figurent dans le dossier certifié du tribunal (DCT), lequel contient principalement les notes des fonctionnaires du HCCS et du CCHCMV consignées dans le STIDI [Système de traitement informatisé des demandes d'immigration].

[8] Le DCT fait aussi état des interactions entre ces fonctionnaires et le demandeur ainsi que Martha Maslen, facilitatrice d'adoption et auteure de l'étude du milieu familial.

[9] Les faits suivants ressortent du DCT :

a. Le dossier a été ouvert en 2008 au HCCS et une lettre de suivi a été envoyée au demandeur le 10 décembre 2008, dans laquelle des renseignements généraux lui étaient demandés, notamment des détails sur le lien parent-enfant.



b. The response from Mr. Tran was summarized by CHCS as showing Kim Nguyen met My's parents at the refugee camp in Hong Kong; they found out in 2003 My was deaf and mute; their offer to adopt him was refused; learned that My's father was killed in an accident and felt strongly that they must care for him; stated that they wanted to provide him with the cochlear implant to enable him to hear and speak and live a normal life. The CAIPS notes also acknowledge having a copy of the home study prepared by Martha Maslen.

c. A preliminary analysis by the officer, dated January 29, 2009 (see RR, at page 8) says: "at this point am investigating the connection between the adoptive mother and subject. There is a letter on file from a friend that states the adoptive mother took care of subject (My) in the refugee camp and became very attached to him" (emphasis added). The officer wrote after examining Kim Nguyen's immigration file to Canada: "This claim is untrue" noting that she had immigrated to Canada with her husband in 1994 from a refugee camp in the Philippines and [My] was born in 1995 in Hong Kong. She said she asked the prospective parents "to provide full information on where and how they came to know the subject [My]" (emphasis added).

d. The receipt by CHCS of an e-mail dated February 12, 2009, from Mr. Tran, the applicant stating: (a) his wife met My's birth parents in 1989 at the refugee camp in Hong Kong; (b) that he and his wife first met My in June 2003 when he was 8 years old; (c) his wife entered Canada on March 5, 1994; (d) that his wife came to Canada alone.

e. The officer wrote that an interview is required to assess the parent-child relationship stating special arrangements need to be put in place because My is deaf and mute.

b. La réponse de M. Tran, selon le résumé qu'en a fait le HCCS, indique que Kim Nguyen avait rencontré les parents de My au camp de réfugiés à Hong Kong; ils ont découvert en 2003 que My était sourd et muet; leur offre de l'adopter a été refusée; ils ont appris que le père de My avait été tué dans un accident et ils avaient le profond sentiment de devoir prendre soin de My; ils ont déclaré qu'ils voulaient lui procurer un implant cochléaire pour lui permettre d'entendre, de parler et de vivre une vie normale. De plus, les notes consignées dans le STIDI confirment qu'une copie de l'étude du milieu familial rédigée par Martha Maslen se trouve au dossier.

c. Dans l'analyse préliminaire datée du 29 janvier 2009 (voir DF, à la page 8) rédigée par l'agente, il est écrit : [TRADUCTION] « à ce stade, j'enquête sur le lien entre la mère adoptive et le sujet. Il ressort d'une lettre d'un ami, contenue dans le dossier, que la mère adoptive a pris soin du sujet (My) au camp de réfugiés et qu'elle s'est fortement attachée à lui » (non souligné dans l'original). Après avoir examiné le dossier d'immigration de Kim Nguyen au Canada, l'agente a écrit : [TRADUCTION] « Cette affirmation n'est pas vraie », notant que Kim Nguyen avait immigré au Canada avec son mari en 1994, en provenance d'un camp de réfugiés des Philippines et [que My] était née en 1995 à Hong Kong. Elle a dit qu'elle avait demandé aux parents adoptifs [TRADUCTION] « de fournir des renseignements complets sur l'endroit où ils avaient rencontré le sujet [My] et sur la façon dont ils l'avaient rencontré » (non souligné dans l'original).

d. Le HCCS a reçu un courriel daté du 12 février 2009 de M. Tran dans lequel celui-ci déclarait que : a) son épouse avait rencontré les parents biologiques en 1989 dans un camp de réfugiés à Hong Kong; b) le demandeur et son épouse avaient rencontré pour la première fois My en juin 2003 alors que ce dernier avait 8 ans; c) son épouse était arrivée au Canada le 5 mars 1994; d) son épouse était venue seule au Canada.

e. L'agente a écrit qu'une entrevue était nécessaire pour évaluer le lien affectif parent-enfant, en précisant que des dispositions spéciales devaient être prises en raison de la surdité-mutité de My.

f. Interview of My conducted on October 7, 2009 by Mr. Ford at CCHCMC. Interview aborted and inconclusive because My cannot communicate. He does not know enough sign language.

g. Note to file by Mr. Ford dated December 14, 2009 indicates verifications by the Ministry Intelligence Unit (MIU) conclude that My is at the orphanage in HCMC fulltime; he no longer has contact with his mother and brother; adoptive mother is calling frequently the orphanage to check on My's condition. Mr. Ford states: "There is no evidence of this adoption being undertaken for the purpose of gaining status in Canada or that there is any concern of undue gain." "I have no further concerns with this adoption. Everything seems to be in order." He ends his note by making a reference to the letter of support. He indicates: "This letter is from a family friend and while specious, its veracity has not been upheld by adoptive parents so this is a non-issue" (emphasis added).

[10] That same day, however, upon a review of the home study and before finalization Mr. Ford wrote: "it appears that contradictory information that was of concern before was also given to the social worker (Martha Maslen) by the adoptive parents, not by a friend. This warrants further examination" (emphasis added).

[11] Mr. Ford sent a note to Martha Maslen asking her specific questions:

a. Can you confirm that the applicant and his wife informed you that Ms. Nguyen cared for My when she was at the refugee camp?; and

b. Can you confirm that they informed you that the child they intend to adopt lives with a family in Vietnam and whether she has details about what family he is living with?

f. L'entrevue avec My a été effectuée par M. Ford au CCHCMV le 7 octobre 2009. L'entrevue n'a pas été menée à terme et aucune conclusion n'a pu en être tirée parce que My n'avait pas été en mesure de communiquer avec ses interlocuteurs. Il ne connaissait pas suffisamment le langage gestuel.

g. Selon la note versée au dossier par M. Ford, datée du 14 décembre 2009, les contrôles effectués par l'unité de renseignement ministériel (URM) indiquaient que My était à temps plein dans un orphelinat à HCMV, qu'il n'avait plus de lien avec sa mère et son frère, et que sa mère adoptive appelait fréquemment l'orphelinat pour s'enquérir de l'état de My. M. Ford a déclaré : [TRADUCTION] « Rien ne démontre que l'adoption visait à obtenir un statut au Canada ou qu'il y a des soupçons quant à la possibilité d'avantages indus ». [TRADUCTION] « Je n'ai aucun autre doute concernant cette adoption. Tout semble conforme. » Il termine sa note en faisant référence à la lettre d'appui. Il écrit : [TRADUCTION] « Cette lettre est d'un ami de la famille et, quoiqu'elle soit spécieuse, les parents adoptifs ne maintiennent pas qu'elle est vraie et elle ne pose donc aucun problème » (non souligné dans l'original).

[10] Le même jour, toutefois, en examinant l'étude du milieu familial et avant de clore, M. Ford écrit : [TRADUCTION] « il semble que les renseignements contradictoires qui suscitaient des doutes antérieurement ont aussi été donnés à la travailleuse sociale (Martha Maslen) par les parents adoptifs, non par un ami. Cela justifie un examen supplémentaire » (non souligné dans l'original).

[11] M. Ford a envoyé une note à Martha Maslen dans laquelle il lui demandait de :

a. confirmer que le demandeur et son épouse lui avaient déclaré que M<sup>me</sup> Nguyen avait pris soin de My lorsqu'elle était au camp de réfugiés;

b. confirmer que le demandeur et son épouse lui avaient déclaré que l'enfant qu'ils avaient l'intention d'adopter vivait avec une famille au Vietnam et de préciser si elle était en mesure de fournir des détails sur la famille dans laquelle l'enfant vivait.

[12] A few days later, Martha Maslen responded in writing to Mr. Ford's inquiry. She confirmed Kim Nguyen had told her she had taken care of My at a refugee camp in Hong Kong and that while she had no way to corroborate this information said that Kim Nguyen's emotional attachment to My was evident and it appeared to her this attachment began when she looked after him at the refugee camp. She also confirmed to Mr. Ford that at the time of her last assessment in 2008, My was living with a family in Vietnam, after his father's death in 2007, that his mother had made arrangements to have him attend a school for deaf in Hanoi and return to his home village on weekends. She noted the mother was having an extremely difficult time in looking after him both financially and emotionally. She could not confirm if My's mother continued to care for him.

[13] In a note to file dated January 18, 2010, Mr. Ford, based on Martha Maslen's letter, noted: "appears prospective parents deliberately misrepresented information during Homestudy as prospective mother was landed before My was born and concerns remain valid". Mr. Ford also expressed a concern that all the information was now being channelled through the adoptive parents or from the orphanage from their relatives. He suggested as next steps: (1) a phone interview with adoptive parents; (2) a possible site visit to My's biological mother; and (3) a verification of My's father's death certificate.

[14] Mr. Ford then had a telephone interview on January 27, 2010, with the applicant (see RR, at page 13). In summary, according to Mr. Ford, he put to Mr. Tran the friend's letter and that Mr. Tran told him that he was not sure his wife looked after My in the refugee camp "because the timing does not seem to work; the kid was born in 1995 right?" He told Mr. Ford, Dung Thi Pham (whose letter had been sent to CIC and had said Ms. Nguyen had taken care of My at the camp) was indeed a family friend of his wife but his letter may have

[12] Quelques jours plus tard, Martha Maslen a répondu par écrit aux questions de M. Ford. Elle a confirmé que Kim Nguyen lui avait dit avoir pris soin de My au camp de réfugiés à Hong Kong et, bien qu'elle n'eût aucun moyen d'obtenir la corroboration de ce renseignement, elle a dit que le lien affectif de Kim Nguyen avec My était manifeste et qu'il semblait que ce lien s'était noué lorsque Kim Nguyen prenait soin de lui au camp de réfugiés. Elle a également confirmé à M. Ford que, au moment de sa dernière évaluation en 2008, soit après la mort de son père en 2007, My vivait avec une famille au Vietnam, et que sa mère avait pris des dispositions pour qu'il fréquente une école pour sourds à Hanoi et qu'il revienne dans son village les fins de semaine. Elle a noté qu'il était extrêmement difficile pour la mère de s'occuper de lui d'un point de vue financier de même qu'émotionnel. Elle n'était pas en mesure de confirmer que la mère de My continuait à s'occuper de lui.

[13] Dans une note versée au dossier le 18 janvier 2010, M. Ford écrivait, en se basant sur la lettre de Martha Maslen qu'[TRADUCTION] « il semble que les parents adoptifs aspirants ont délibérément donné des renseignements faux lors de l'étude du milieu familial, car la mère adoptive aspirante est arrivée au pays avant la naissance de My et des doutes sont encore justifiés ». M. Ford s'est également montré préoccupé par le fait que tous les renseignements étaient maintenant fournis par les parents adoptifs ou par des personnes de leur famille par l'entremise de l'orphelinat. Il a proposé qu'il soit procédé aux démarches supplémentaires suivantes : 1) une entrevue téléphonique avec les parents adoptifs; 2) possiblement, une rencontre sur place avec la mère biologique et 3) la vérification du certificat de décès du père de My.

[14] M. Ford a alors procédé, le 27 janvier 2010, à une entrevue téléphonique avec le demandeur (DF, à la page 13). En résumé, M. Ford affirme que M. Tran, à qui il a fait lire la lettre de l'ami, lui a dit ne pas savoir de manière certaine si son épouse s'était occupée de My dans le camp de réfugiés [TRADUCTION] « parce que les dates ne semblent pas concordées, l'enfant étant né en 1995 n'est-ce pas? » M. Tran a dit à M. Ford que Dung Thi Pham (dont la lettre indiquant que M<sup>me</sup> Nguyen avait pris soin de My au camp avait été envoyée à CIC)

been badly translated (the Court could not find in the CTR a copy of that letter).

[15] Mr. Ford expressed his concerns to Mr. Tran because he had confirmation from Martha Maslen that she was told the applicant's wife had taken care of My at the refugee camp. Mr. Ford also noted Mr. Tran told him My had been moved to the orphanage in HCMC because he was not accepted in his home village. Mr. Ford expressed concern about the lack of information on the biological mother and how My was moved to a new orphanage under the care of his aunt. He remarked that at the time of the home study My was at an orphanage near Halong Bay and traveled weekends to see his mother and this suddenly stopped.

[16] Mr. Ford records Mr. Tran's responses that he does not know if his wife took care of My at the camp but she was close to his birth parents and that he was moved from Ha Long Bay because My was under his care and was not accepted in Ha Long Bay.

[17] Mr. Ford records the next steps as being confirmation from the applicant's wife in a written statement explaining why she told Martha Maslen she had cared for My at the camp. He also recommended a site visit by MIU with My's biological mother.

[18] On February 11, 2010, Mr. Ford received another e-mail from Martha Maslen in which she apologized for the mistake she made in advising him that the applicant's wife had taken care of My at the camp. This was not correct since she had left the camp before My was born. It was My's parents who took care of Kim Nguyen at the refugee camp. Mr. Ford notes that Martha Maslen's information was contradictory. He concluded her information was not credible because she had obviously been in touch with Mr. Tran and his wife.

était bel et bien un ami de la famille, mais qu'il était possible que sa lettre ait mal été traduite (la Cour n'a trouvé aucune copie de la lettre dans le DCT).

[15] M. Ford a fait savoir à M. Tran que le fait que Martha Maslen lui ait confirmé qu'on lui avait dit que l'épouse du demandeur avait pris soin de My au camp de réfugiés le préoccupait. M. Ford a également noté que M. Tran lui avait dit que My avait été placé dans l'orphelinat à HCMV parce que l'orphelinat du village où il vivait ne l'avait pas accepté. M. Ford s'est également dit préoccupé par le manque de renseignements sur la mère biologique et par la façon dont My avait été placé dans un nouvel orphelinat sous la garde de sa tante. Il a fait remarquer que, au moment de l'étude du milieu familial My était dans un orphelinat près de la Baie de Ha Long, il allait voir sa mère les fins de semaine, et qu'il avait soudainement été mis fin à cette routine.

[16] Selon les réponses données par M. Tran et consignées par M. Ford, M. Tran ne savait pas si son épouse avait pris soin de My au camp, mais elle était proche des parents biologiques de My, et My avait quitté la Baie de Ha Long parce qu'il était sous sa garde et qu'il n'était pas accepté à la Baie de Ha Long.

[17] Selon les notes de M. Ford, il a ensuite obtenu la déclaration écrite de l'épouse du demandeur dans laquelle celle-ci expliquait pourquoi elle avait dit à Martha Maslen qu'elle avait pris soin de My au camp. M. Ford a également recommandé que l'URM effectue une visite sur place pour rencontrer la mère biologique de My.

[18] Le 11 février 2010, M. Ford a reçu un nouveau courriel de Martha Maslen dans lequel elle s'excusait de l'erreur qu'elle avait commise en l'informant que l'épouse du demandeur avait pris soin de My au camp. Cela n'était pas exact puisque l'épouse du demandeur avait quitté le camp de réfugiés avant la naissance de My. C'était les parents de My qui prenaient soin de Kim Nguyen au camp de réfugiés. M. Ford note que les renseignements donnés par Martha Maslen sont contradictoires. Il conclut que les renseignements qu'elle a donnés ne sont pas fiables du fait qu'il était évident qu'elle avait communiqué avec M. Tran et son épouse.

[19] The CTR also contains a site visit report from MIU officer Jack Avery dated November 27, 2009 (RR, at pages 76–77). On that date, he visited My’s orphanage in HCMC and was greeted by two nuns. Sister Khiem told him that My was brought there by his adoptive mother in September/October of 2008. Note that the adoption approval from the Vietnam authorities is dated October 10, 2008, the start of the school year. Sister Khiem indicated his adoptive mother is caring for him and that his biological mother never calls to check on him and that My always asked about his adoptive mother. He also met Sister Marie Nqoc Lan, Kim Nguyen’s distant aunt.

[20] It should also be noted that Mr. Avery also stated that the letter from Dung Thi Phan made a false statement regarding Kim Nguyen’s relationship with My stating that they met at the camp when My was young. Mr. Avery concluded: “This is not true.”

[21] The investigation closes with a note from Jack Avery recorded on January 25, 2011 on his on-site visit on January 19, 2011 to Kim Loan’s village to interview her. He was accompanied by a colleague who spoke Vietnamese. His report may be summarized as follows:

a. Upon arrival, his colleague dialled Kim Loan’s cell phone number which was answered by a person who denied she was Kim Loan saying Kim Loan had lent her the cell phone as well as the use of her house being away for a few months.

b. They met a person at a café who was a good friend of Kim Loan’s and knew the whole family’s history particularly the fact My was in an orphanage in HCMC and the older sibling was studying at a university in Hanoi. Kim Loan had given this person a spare key to the house, had gone to Hanoi that day and would return the next day. This person provided directions to Kim’s house.

[19] Le DCT contient également le compte rendu de la visite sur place de l’agent de l’URM, Jack Avery, datée du 27 novembre 2009 (DF, aux pages 76 et 77). À cette date, celui-ci a visité l’orphelinat de My à HCMV où il a été accueilli par deux religieuses. La sœur Khiem lui a dit que My avait été amené à l’orphelinat par sa mère adoptive en septembre/octobre 2008. Une note précise que la date de l’approbation de l’adoption par les autorités vietnamiennes est le 10 octobre 2008, au début de l’année scolaire. La sœur Khiem a déclaré que la mère adoptive de My s’occupait de lui et que sa mère biologique n’appelait jamais pour s’enquérir de lui et que My s’informait toujours de sa mère adoptive. L’agent de l’URM a également rencontré la sœur Marie Nqoc Lan, la tante éloignée de Kim Nguyen.

[20] Il convient également de noter que M. Avery relève lui aussi que la lettre de Dung Thi Phan contient une fausse déclaration sur la relation de Kim Nguyen avec My, à savoir qu’ils s’étaient rencontrés au camp lorsque My était jeune. M. Avery a conclu : [TRADUCTION] « Cela n’est pas vrai. »

[21] L’enquête se termine par une note consignée par Jack Avery le 25 janvier 2011 à propos de la visite qu’il a effectuée le 19 janvier 2011 au village de Kim Loan pour l’interroger. Il était accompagné par un collègue qui parle vietnamien. Son compte-rendu peut se résumer ainsi :

a. À leur arrivée, son collègue a composé le numéro de téléphone cellulaire de Kim Loan et une personne qui a nié être Kim Loan a répondu à l’appel en disant que cette dernière lui avait prêté son téléphone cellulaire et lui avait permis d’utiliser sa maison pendant les quelques mois où elle serait absente.

b. Dans un café, ils ont rencontré une personne qui était une bonne amie de Kim Loan et qui savait tout de l’histoire de la famille, notamment que My se trouvait dans un orphelinat à HCMV et que le frère plus âgé étudiait dans une université à Hanoi. Kim Loan lui avait confié une clé de la maison, était partie à Hanoi ce jour-là et devait revenir le jour suivant. Elle leur a indiqué le chemin pour se rendre à la maison de Kim.

c. Kim Loan's house was seen and described as a two-story structure with a very nice garden on a good portion of land (by Vietnamese standards). He noted according to the woman at the café, Kim Loan receives rental income from either this property or another one.

[22] Mr. Avery concluded "from the history on file and Loan's deceit in denying her identity, it seems apparent that she does not want to be interviewed".

#### IV. The Officer's Detailed Reasons

[23] The Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes (respondent's record, at page 12) contain the officer's detailed reasoning. She framed the issue as:

The concerns on this file is whether the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring a status or privilege under the Act in Canada or whether the primary motivation of the adoption was to establish a parent-child relationship. [Emphasis added.]

[24] She identified the issues of concern as:

a. Lack of credibility of information provided by the adoptive mother (or adoptive parents) to the author of the home study. The home study indicated the proposed adopted mother cared for My since his birth in Hong Kong in 1995 whereas her immigration papers showed she had immigrated to Canada in 1994. Moreover, the fact Mr. Tran was not sure where his wife (whom he married in Canada in 2002) first met My was a matter of concern. She concluded on the point that "when/how the adoptive parents met My had never been answered in a credible way by the adoptive parents". In addition, the home study indicated the adoptive mother had only been married once while Kim Nguyen's immigration papers showed she arrived in Canada in 1994 with her first husband. To compound matters, Mr. Tran, in an e-mail, advised the Canadian authorities in February 2009, that Kim Nguyen had come to Canada alone. The officer asks the question "why is her previous marriage being

c. Selon la description qui en est donnée, la maison de Kim Loan est une structure à un étage avec un très beau jardin qui occupe une bonne partie du terrain (selon les normes vietnamiennes). M. Avery a noté que, selon la femme rencontrée au café, Kim Loan tirait un revenu de location de cette maison ou d'une autre propriété.

[22] M. Avery a conclu que [TRADUCTION] « selon les renseignements au dossier et étant donné qu'elle a refusé de s'identifier, il semble bien que Loan ne veut pas être interrogée ».

#### IV. Les motifs détaillés de l'agente

[23] Les notes contenues dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (STIDI) (dossier du défendeur, à la page 12) font état du raisonnement détaillé de l'agente. Celle-ci a formulé de la manière suivante la question à trancher :

[TRADUCTION] La question à trancher dans le présent dossier consiste à savoir si l'adoption visait principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège en vertu de la Loi au Canada ou si elle visait principalement à établir un lien affectif parent-enfant. [Non souligné dans l'original.]

[24] Voici les questions qui la préoccupaient :

a. Les renseignements fournis par la mère adoptive (ou les parents adoptifs) à l'auteur de l'étude du milieu familial n'étaient pas fiables. L'étude du milieu familial indiquait que la mère adoptive aspirante s'était occupée de My depuis sa naissance à Hong Kong en 1995 tandis que ses papiers d'immigration révélaient qu'elle avait immigré au Canada en 1994. De plus, le fait que M. Tran ne savait pas de manière certaine où son épouse (qu'il avait mariée au Canada en 2002) avait pour la première fois rencontré My faisait naître un doute. Elle a conclu sur ce point que [TRADUCTION] « les parents adoptifs n'ont jamais répondu de manière crédible à la question de savoir quand ou comment ils avaient rencontré My ». De plus, l'étude du milieu familial indiquait que la mère adoptive ne s'était mariée qu'une seule fois alors que les papiers d'immigration de Kim Nguyen révélaient qu'elle était arrivée au Canada en 1994 avec son premier mari. Plus grave encore, M. Tran a informé les autorités

hidden”? In her view, there was no apparent reason for the author of the home study to misrepresent such information. Acknowledging the information in the home study was not verifiable by the visa officer she added “these two clear misrepresentations on easily verifiable issues lead me to believe there was a serious issue of the credibility of the information provided by the adoptive mother or father, in the Homestudy”.

b. The circumstances of the adoption were a concern. The officer noted My and his brother were living with their parents when the adoption began in 2006. She notes “the adoption was being discussed in 2006 while the child was still living with his entire biological family before the child’s father was killed in a traffic accident in May 2007”. She concluded there was “no apparent reason for My to be adopted at the time except to gain status in Canada and then access to the Canadian medical system and social services available to the deaf”.

c. From the information on file (November 2008 forms), the applicant always lived with his birth family and was enrolled at school. The officer refers to an interview in October 2009 with a Sister Nqoc at the orphanage in HCMC who indicated My had come to the orphanage from another orphanage in February 2009. Yet, Sister Khiem, during a site visit in November 2009 stated My came to the orphanage in September 2008. The officer noted the adoption documents show that My was living at the home address at the time the adoption was finalized on November 27, 2008 as do the school transcripts for 2007/2008 also show his living with his birth mother.

d. “An attempt to interview the birth mother Kim Loan was not successful”. Jack Avery from either CHCS or

canadiennes, dans un courriel, en février 2009 que Kim Nguyen était venue seule au Canada. L’agente a posé la question : [TRADUCTION] « Pourquoi cherche-t-on à cacher son premier mariage? » À son avis, l’auteure de l’étude du milieu familial n’avait aucune raison manifeste de donner de faux renseignements à ce sujet. Reconnaissant que l’agent des visas ne pouvait confirmer les renseignements contenus dans l’étude du milieu familial, elle a ajouté : [TRADUCTION] « ces deux déclarations manifestement fausses sur des questions pouvant facilement être vérifiées m’amènent à sérieusement douter de la fiabilité des renseignements fournis par la mère adoptive ou le père adoptif dans l’étude du milieu familial ».

b. Les circonstances de l’adoption suscitaient des doutes. L’agente a noté que My et son frère vivaient avec leurs parents lorsque le processus d’adoption avait été entamé en 2006. Elle note qu’[TRADUCTION] « il était question de l’adoption en 2006 alors que l’enfant vivait encore avec toute sa famille biologique avant la mort du père dans un accident de la circulation en mai 2007 ». Elle conclut qu’il n’y avait [TRADUCTION] « aucune raison manifeste pour adopter My à ce moment-là sauf pour obtenir un statut au Canada, puis avoir accès au système médical canadien et aux services sociaux auxquels les personnes sourdes ont droit ».

c. Selon les renseignements au dossier (les formulaires de novembre 2008), le demandeur vivait toujours avec sa famille biologique et était inscrit à l’école. L’agente mentionne que lors d’une entrevue ayant eu lieu en octobre 2009 à l’orphelinat à HCMV, la sœur Nqoc avait mentionné que My avait été pris en charge par l’orphelinat après avoir quitté un autre orphelinat en février 2009. Cependant, la sœur Khiem, lors d’une visite en novembre 2009, a déclaré que My était arrivé à l’orphelinat en septembre 2008. L’agente a noté que les documents d’adoption montraient que My vivait à la maison au moment où l’adoption était devenue officielle le 27 novembre 2008 et que les bulletins scolaires de l’année 2007-2008 révélaient aussi qu’il vivait avec sa mère biologique.

d. [TRADUCTION] « On a tenté sans succès d’interroger la mère biologique de Kim ». Jack Avery du HCCS ou

the CCHCMC accompanied by a colleague who spoke Vietnamese had gone to the birth mother's village to interview her. The applicant (the proposed adoptive father) had provided Kim Loan's cell phone number. When her cell phone number was dialled, the person who answered claimed to be a friend who "had been given the phone and who provided incorrect information about the whereabouts of the mother". Also, a visit to the home "revealed the family is comfortable economically by Vietnamese standards and the My's brother is currently studying at the University in Hanoi".

e. There are several references on file regarding obtaining a cochlear implant and also a reference to a contact with the teacher of the deaf at the Ottawa Carleton District School with respect to support services for the hearing impaired once the child is in Canada. The officer quotes an e-mail from the applicant to her on December 19, 2008 stating: "Whether My becomes my son or not is secondary. The only thing I care about is to use the cochlear implant to give him a chance to be able to hear and speak and live a normal life". The officer concludes this "does not indicate bona fide adoption". It indicates that the goal is to come to Canada to obtain a cochlear implant and other services. The officer then adds that "the adoptive parents could obtain a cochlear implant plus the device from within the region (the Bangkok Hospital) for approximately \$44,000.00 CND and, in particular, since 2009 at the HCMC Ear, Nose and Throat Hospital" (emphasis added).

[25] The officer concludes by stating:

Given the information from our review interviews and investigations above, it is my reasonable belief that this adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status under the Citizenship Act. Therefore, I must refuse the application per section 5.1(1)(d) of the *Citizenship Act*. Refusal letter issued today. [Emphasis added.]

du CCHCMV, en compagnie d'un collègue qui parlait le vietnamien, est allé interroger la mère biologique dans son village. Le demandeur (le père adoptif aspirant) avait fourni le numéro de téléphone cellulaire de Kim Loan. Lorsqu'on a composé son numéro de téléphone cellulaire, la personne qui a répondu a prétendu être une amie à [TRADUCTION] « qui le téléphone avait été prêté et celle-ci a fourni des renseignements inexacts sur les allées et venues de la mère ». De plus, une visite à la maison [TRADUCTION] « a révélé que la famille était à l'aise économiquement selon les normes vietnamiennes et que le frère de My étudiait alors à l'université à Hanoi ».

e. Le dossier contient plusieurs notes ayant trait à l'obtention d'un implant cochléaire et à un contact avec un professeur à l'école de district pour les sourds de Carleton relativement aux services de soutien pour les personnes malentendantes dont pourrait bénéficier l'enfant une fois au Canada. L'agente cite un courriel que lui a fait parvenir le demandeur le 19 décembre 2008 dans lequel il déclare : [TRADUCTION] « La question de savoir si My devient mon fils ou non est secondaire. La seule chose qui m'intéresse est l'utilisation de l'implant cochléaire pour lui donner la possibilité d'entendre et de parler et de vivre une vie normale ». L'agente conclut que cela [TRADUCTION] « n'indique pas qu'il s'agit d'une adoption de bonne foi ». Cela indique que le but est de venir au Canada pour obtenir l'implant cochléaire et d'autres services. L'agente ajoute que [TRADUCTION] « les parents adoptifs pourraient obtenir un implant cochléaire plus le dispositif dans la région (l'hôpital de Bangkok) pour environ 44 000,00 \$ CAN et, en particulier, depuis 2009, à l'hôpital d'oto-rhino-laryngologie de HCMV » (non souligné dans l'original).

[25] L'agente conclut comme suit :

[TRADUCTION] Sur le fondement des renseignements recueillis lors des entrevues et des enquêtes mentionnées ci-dessus, j'ai des motifs de croire que l'adoption visait principalement l'acquisition d'un statut en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*. Par conséquent, je dois rejeter la demande conformément à l'alinéa 5.1(1)d) de la *Loi sur la citoyenneté*. La lettre de rejet sera émise aujourd'hui. [Non souligné dans l'original.]



## V. Analysis

[26] This decision raises a number of important issues. Section 5.1 of the Act is new legislation in force on August 17, 2009. It provides a new direct route to adopted children acquiring Canadian citizenship. The jurisprudence is limited; Justice Richard Mosley's decision in *Jardine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 565 (*Jardine*) makes the following points:

a. A decision under section 5.1 of the Act is largely fact-driven and, therefore, reviewed on a standard of reasonableness as explained by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

b. Section 5.1 of the Act sets out four criteria. Those criteria are conjunctive, that is, all of them must be met in order for an adoption to qualify under the Act.

c. The determining factor in the case before him was an evidentiary one; whether the officer, who had refused the citizenship application, properly considered the evidence submitted by the applicants. Justice Mosley so found and the judicial review application was granted.

## VI. The Argument

### (a) For the Applicant

[27] In the case before me, counsel for Mr. Tran raises issues related to ignoring the evidence and drawing unreasonable inferences from the evidence. Moreover, he says the officer failed to consider and properly apply the previous jurisprudence on adoptions of convenience under the previous regime which were "codified" in Citizenship and Immigration Canada's operational manuals (CIC [*Citizenship Policy Manual (CP)*], Chapter CP 14: Adoption) (the guidelines) for use by decision makers. During oral argument counsel for the applicant raised issues of fairness in the conduct of the

## V. Analyse

[26] La présente affaire soulève un certain nombre de questions importantes. L'article 5.1 de la Loi est une nouvelle disposition législative, en vigueur depuis le 17 août 2009. Elle prévoit une nouvelle voie directe pour l'acquisition de la citoyenneté canadienne par les enfants adoptés. La jurisprudence est peu abondante; les points suivants ressortent de la décision rendue par le juge Richard Mosley dans la décision *Jardine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 565 (*Jardine*) :

a. Une décision rendue en vertu de l'article 5.1 de la Loi est essentiellement factuelle et est donc susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité comme l'explique la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

b. L'article 5.1 de la Loi énonce quatre critères. Ces critères s'appliquent conjointement, c'est-à-dire qu'ils doivent tous être respectés pour qu'une adoption soit reconnue comme telle au sens de la Loi.

c. Le facteur déterminant dans l'affaire qui lui était soumise concernait la preuve; il s'agissait de savoir si l'agente, qui avait rejeté la demande de citoyenneté, avait correctement apprécié la preuve présentée par les demandeurs. Le juge Mosley a conclu qu'elle ne l'avait pas correctement appréciée et la demande de contrôle judiciaire a été accueillie.

## VI. L'argumentation

### a) Pour le demandeur

[27] Dans la présente affaire, l'avocat de M. Tran soulève des questions ayant trait au fait qu'il n'aurait pas été tenu compte de la preuve et que des inférences déraisonnables auraient été tirées de celle-ci. Il affirme, en outre, que l'agente n'a pas considéré et appliqué comme elle le devait la jurisprudence sur les adoptions de complaisance en vertu du régime antérieur qui étaient « codifiées » dans les guides opérationnels de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC [*Guide des politiques de citoyenneté (CP)*], chapitre CP 14 : Adoptions) (les lignes directrices), rédigé à l'intention des décideurs.

investigation and, in particular, the failure to confront Kim Nguyen on information she was said to have provided or obtained during the investigation from external sources.

[28] Counsel for the applicant's submissions were:

a. The officer's finding that there were significant concerns about the credibility of the application is flawed because it was based on the following errors: (i) ignoring the evidence, particularly from the author of the home study, who admitted, because of the language barrier with Kim Nguyen, she misunderstood who took care of who at the refugee camp. My's parents took care of Kim Nguyen at the camp and Kim helped take care of My's brother who was a baby when she arrived at the camp; (ii) the fact that Jack Avery in a note to file found as a fact that the adoptive parents first met My in 2003 all of which was corroborated by evidence from Children's Bridge, the adoptive agency (see RR, at page 63); (iii) the fact the applicant stated the timing of information that triggered the officer to doubt did not fit. The burden of this evidence was that Kim did not take care of My in 1995 because she was not in the camp at that time and My was not born when she left the camp. All of the substantial evidence is to this effect. Moreover, the friend's letter was discredited.

b. The investigation was based on incomplete information derived extraneously and never put to the applicant or his wife, for example, inferences from the visit to Kim Loan's village by Jack Avery and the research concluded by the officer on the availability of a cochlear implant in the region.

c. It was Kim Nguyen's information which was at issue but she was never questioned herself.

Pendant la plaidoirie, l'avocat du demandeur a soutenu que la conduite de l'enquête soulevait des questions d'équité, notamment du fait que Kim Nguyen n'avait pas été interrogée sur des renseignements qu'elle avait prétendument fournis ou qui avaient été obtenus de sources externes au cours de l'enquête.

[28] L'avocat du demandeur a fait valoir les points suivants :

a. La conclusion de l'agente selon laquelle la demande soulevait des doutes sérieux quant à sa crédibilité est erronée parce qu'elle reposait sur les erreurs suivantes : i) il n'a pas été tenu compte de la preuve, en particulier de celle fournie par l'auteure de l'étude sur le milieu familial, laquelle avait reconnu avoir commis une erreur, en raison de la barrière de la langue entre elle et Kim Nguyen, sur la question de savoir qui avait pris soin de qui au camp de réfugiés. Les parents de My se sont occupés de Kim Nguyen au camp et Kim aidait à prendre soin du frère de My qui était un bébé lorsqu'elle est arrivée au camp; ii) le fait que Jack Avery dans une note versée au dossier avait conclu que les parents adoptifs avaient rencontré pour la première fois My en 2003, ce qui était confirmé par la preuve présentée par Children's Bridge, l'organisme d'adoption (voir DF, à la page 63); iii) le fait que le demandeur a déclaré que les dates des renseignements qui ont suscité les doutes de l'agente n'étaient pas cohérentes. Ce qui ressort en fait de cette preuve c'est que Kim n'a pas pris soin de My en 1995 parce qu'elle ne vivait pas dans le camp à ce moment-là et que My n'était pas encore né lorsqu'elle a quitté le camp. Cela est démontré par la preuve substantielle. De plus, la fiabilité de la lettre de l'ami a été mise en doute.

b. L'enquête reposait sur des renseignements incomplets obtenus de sources extrinsèques qui n'ont jamais été présentés au demandeur ou à son épouse, notamment les inférences tirées de la visite effectuée par Jack Avery au village de Kim Loan et la recherche menée par l'agente sur la disponibilité dans la région d'un implant cochléaire.

c. Les renseignements en cause étaient ceux que Kim Nguyen avait fournis, mais celle-ci n'a jamais elle-même été questionnée.

d. The officer's conclusion the adoption process began in 2006 while My was living with his parents (which is true) ignores the change in circumstances, i.e. the fact My's father died in 2007. It also ignores the fact in 2006 My's parents had refused to put My for adoption with the result that these efforts were discontinued and only restarted after 2007 when conditions were such Kim Loan consented to My's adoption, which was consumed in November 2008.

[29] More important, counsel for the applicant argues the officer failed to follow the guidelines by not considering My's best interests and the genuineness of the parent-child relationship, particularly the fact that his relationship with Kim Loan has been completely severed since the adoption. It was conceded My's adoption was authorized by the authorities in Vietnam.

[30] Finally, counsel for the applicant argued the officer made no analysis of why she came to the view that the adoption was entered into primarily for convenience over all other factors.

(b) For the Respondent

[31] Counsel for the respondent made these points:

a. He recognized the officer had made no determination that the adoption was in My's best interest or that the parent-child relationship was considered.

b. He also recognized the sole determination the officer made was on paragraph 5.1(1)(d) of the Act and was based on the evidence which was reasonably considered, and was sufficient to support the decision she made, particularly, if proper account is taken of the reasons expressed by the applicant himself that what was important was for My to obtain a cochlear implant in order

d. La conclusion de l'agente selon laquelle le processus d'adoption avait commencé en 2006 alors que My vivait avec ses parents (ce qui est vrai) fait fi du fait que la situation avait changé, c'est-à-dire du fait que le père de My était mort en 2007. Elle ne tient pas compte non plus du fait qu'en 2006 les parents de My avaient refusé de mettre My en adoption, que les démarches avaient en conséquence cessé, et que ce n'est qu'après 2007 qu'elles ont été relancées, lorsque, en raison des circonstances, Kim Loan a consenti à l'adoption de My, qui est devenue officielle au mois de novembre 2008.

[29] Plus important encore, l'avocat du demandeur soutient que l'agente n'a pas suivi les lignes directrices, car elle n'a pas considéré l'intérêt supérieur de My et l'authenticité du lien affectif parent-enfant, particulièrement le fait que le lien de l'enfant avec Kim Loan avait été complètement rompu depuis l'adoption. Il était admis que l'adoption de My avait été autorisée par les autorités vietnamiennes.

[30] Enfin, l'avocat du demandeur fait valoir que l'agente n'a pas expliqué pourquoi elle est parvenue à la conclusion que l'adoption était principalement motivée par des raisons de complaisance plutôt que par tout autre facteur.

b) Pour le défendeur

[31] L'avocat du défendeur a fait valoir les points suivants :

a. Il a reconnu que l'agente ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'adoption était dans l'intérêt supérieur de My et qu'elle n'a pas considéré le lien affectif parent-enfant.

b. Il a également reconnu que la seule conclusion à laquelle l'agente était parvenue avait trait à l'alinéa 5.1(1)d) de la Loi, ajoutant qu'elle reposait sur la preuve qui avait été considérée de manière raisonnable et qu'elle suffisait à étayer la décision qu'elle avait rendue, particulièrement, si l'on tient compte comme il convient des raisons formulées par le demandeur lui-même, selon lesquelles

to enable My to hear and communicate better through sign language.

c. He argued the other points raised by counsel for the applicant were either irrelevant or not determinative.

## VII. Standard of Review

[32] Both counsel agreed that decisions of this nature must be reviewed on a standard of reasonableness because such decision is fact-driven. What that means was explained by the Supreme Court of Canada decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [cited above], at paragraph 47:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[33] Reference should also be made that the Court's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, where attention was drawn by Justice Binnie at paragraphs 3 and 46 to paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], which reads:

### 18.1 ...

Grounds of review

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

...

ce qui était important était que My obtienne un implant cochléaire pour lui permettre d'entendre et de mieux communiquer à l'aide du langage gestuel.

c. Il a soutenu que les autres points soulevés par l'avocat du demandeur n'étaient ni pertinents, ni déterminants.

## VII. La norme de contrôle applicable

[32] Les avocats ont tous deux convenu que les décisions de cette nature sont susceptibles de contrôle selon la norme de la raisonabilité parce qu'elles reposent sur les faits. La Cour suprême a expliqué ce que cela signifie dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [précité], au paragraphe 47 :

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[33] Il convient également de renvoyer à l'arrêt de la Cour suprême *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, dans lequel le juge Binnie, aux paragraphes 3 et 46, attire l'attention sur l'alinéa 18.1(4)(d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], qui est rédigé comme suit :

### 18.1 [...]

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

Motifs

[...]

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

[34] Ignoring the evidence or misunderstanding that evidence is a ground for review.

### VIII. Conclusions

[35] This judicial review application must be allowed for the following reasons.

[36] First and foremost, the officer failed to follow the Minister's guidelines in assessing the application. These guidelines are set out in Chapter CP 14 of the CIC's operational manual. I appreciate the guidelines are not regulations and are not binding but their importance was signalled in the Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) where Justice L'Heureux-Dubé wrote at paragraph 72 the following about ministerial guidelines:

The guidelines are a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section, and the fact that this decision was contrary to their directives is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the H & C power. [Emphasis added.]

[37] *Baker* was commented upon by that Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 36 where the guidelines were referred to as "a set of published instructions to immigration officers."

[38] The guidelines in this case are clear: (i) they identify the program objectives for the adoption of minors (which is the case here) wherein the adoption must be carried out respecting the best interests of the child; (ii) the adoption must have a genuine parent-child relationship that permanently severs the legal ties with the child's biological parents; (iii) the adoption must be in accordance with the laws where the adoption took place

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

[34] Le fait de ne pas tenir compte de la preuve ou de l'interpréter de manière erronée constitue un motif de contrôle.

### VIII. Conclusions

[35] La présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie pour les motifs suivants.

[36] En tout premier lieu, l'agente n'a pas suivi les lignes directrices du ministre pour évaluer la demande. Ces lignes directrices sont énoncées au chapitre CP 14 du guide opérationnel de CIC. Je suis conscient que les lignes directrices ne constituent pas un règlement et qu'elles ne sont pas obligatoires, mais leur importance a été soulignée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), dans lequel la juge L'Heureux-Dubé écrit au paragraphe 72 ce qui suit au sujet des directives ministérielles :

Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire. [Non souligné dans l'original.]

[37] La Cour suprême a commenté l'arrêt *Baker* dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 36, dans lequel il était fait référence aux lignes directrices comme à « des directives destinées aux agents d'immigration ».

[38] Les lignes directrices en l'espèce sont claires : i) elles énumèrent les objectifs du programme pour l'adoption des mineurs (ce qui est le cas en l'espèce), dans le cadre duquel elle doit se faire dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant; ii) elle doit créer un véritable lien affectif parent-enfant qui entraîne une rupture permanente des liens légaux avec les parents biologiques de l'enfant; iii) elle doit avoir été faite conformément au

and the laws of the adoptive parents' place of residence; and (iv) must not be an adoption of convenience.

[39] The guidelines [at section 10.3] spell out indicators to be considered for the four criteria in section 5.1 of the Act with particular attention to be focused on the best interests of the child, recognizing that there may be a “multitude of factors that may impinge on the child’s best interest”.

[40] In terms of a genuine parent-child relationship the guidelines emphasize the purpose of the adoption should be to establish such relationship and not for the purpose of assisting that child to gain admission to Canada or to Canadian citizenship. This factor of the Guidelines says this assessment should be “in conjunction with the criteria governing the assessment of adoptions of convenience”.

[41] The guidelines also spell out the factors which identify an adoption of convenience. They are:

- the circumstances of the adoption;
- the whereabouts of the child’s biological parents and the nature of their personal circumstances;
- who was included in the child’s household before and after the adoption (e.g. did the child continue to live in the same household as the biological parents even after the adoption);
- whether the adoptive parents are supplying financial and emotional support;
- the motivation or reasons for the adoption of the child that the biological parents and the adopting parents give;
- the authority and suasion of the adopting parent(s) over the adopted child;
- arrangements and actions taken by the adoptive parent(s) as it relates to caring, providing, and planning for the adopted child;

droit du lieu de l’adoption et du pays de résidence des parents adoptifs; et iv) il ne doit pas s’agir d’une adoption de complaisance.

[39] Les lignes directrices [à la section 10.3] énumèrent les facteurs à prendre en compte pour l’application des quatre critères prévus à l’article 5.1 de la Loi, une attention particulière devant être accordée à l’intérêt supérieur de l’enfant, sachant qu’une « multitude de facteurs [...] risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant ».

[40] En ce qui a trait à l’évaluation de l’existence d’un véritable lien affectif parent-enfant, les lignes directrices soulignent que l’objet de l’adoption devrait être d’établir un tel lien et non d’aider l’enfant à entrer au Canada ou à acquérir la citoyenneté canadienne. Selon ce facteur énoncé dans les lignes directrices, cette évaluation doit se faire [TRADUCTION] « en tenant également compte des critères qui régissent l’évaluation des adoptions de complaisance ».

[41] Les lignes directrices précisent également les facteurs servant à déterminer si une adoption en est une de complaisance. Ces facteurs sont :

- les circonstances entourant l’adoption;
- les allées et venues des parents biologiques de l’enfant et la nature de leur situation personnelle;
- les personnes qui faisaient partie du foyer de l’enfant avant et après l’adoption (p. ex. est-ce que l’enfant continuait d’habiter dans la même maison que ses parents biologiques après l’adoption?);
- le fait que le parent adoptif répond aux besoins financiers et émotifs de l’enfant;
- la motivation ou les raisons des parents biologiques et du parent adoptif justifiant l’adoption de l’enfant;
- l’autorité et la persuasion que le parent adoptif exerce à l’égard de l’enfant adopté;
- les dispositions et mesures prises par le parent adoptif pour prendre soin de l’enfant adopté, subvenir à ses besoins et planifier son avenir;

- supplanting of the authority of the child's biological parent(s) by that of the adopting parent(s);
  - the relationship between the adopted child and the biological parent(s) before the adoption;
  - the relationship between the adopted child and the biological parent(s) after the adoption;
  - the treatment of the adopted child versus that of biological children by the adopting parent(s);
  - the prevailing social and legal practices governing adoption in the child's home country;
  - in a case where the adoption took place a long time ago, evidence that the child has lived with the adoptive parents and that they cared for the child.
- le fait que l'autorité des parents biologiques de l'enfant est supplantée par celle du parent adoptif;
  - la relation entre l'enfant adopté et ses parents biologiques avant l'adoption;
  - la relation entre l'enfant adopté et ses parents biologiques après l'adoption;
  - le traitement que subit l'enfant adopté par rapport au traitement que subissent les enfants biologiques du parent adoptif;
  - les pratiques sociales et juridiques régissant l'adoption dans le pays d'origine de l'enfant;
  - si l'adoption a eu lieu de nombreuses années auparavant, la preuve que l'enfant habitait avec le parent adoptif et que ce dernier prenait soin de l'enfant.

[42] Moreover, section 11 of the guidelines say the following:

#### 11. Factors to be considered

Sections 5.1, 5.2, and 5.3 of the *Citizenship Regulations* provide a non-exhaustive list of factors to be considered in determining whether the requirements of subsections 5.1(1) and 5.1(2) of the Act have been met. These factors are not requirements; therefore, the presence or absence of any one or more of the factors would not automatically result in the acceptance/refusal of a particular application for a grant of citizenship under section 5.1 of the Act. Rather, these factors are to be considered and weighed in each individual case, in order to assist officers in deciding whether or not the requirements of subsection 5.1(1) and 5.1(2) of the Act have been met for the purpose of granting or refusing an application for Canadian citizenship.

The factors set out in Regulations are sufficiently precise so as to inform citizens who are contemplating adopting a child from another country of the considerations which will guide an officer's decision-making when assessing an application for citizenship made under section 5.1 of the Act.

The list of non-compulsory factors also allows officers the necessary flexibility to make appropriate decisions in a wide range of cases under subsections 5.1(1) and 5.1(2) of the Act. Cases will range from an adult who applies for citizenship after

[42] De plus, la section 11 des lignes directrices prévoit ce qui suit :

#### 11. Facteurs à prendre en considération

Les articles 5.1, 5.2, et 5.3 du *Règlement sur la citoyenneté* donnent une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération au moment de déterminer si les critères énoncés aux paragraphes 5.1(1) et 5.1(2) de la *Loi* ont été satisfaits. Ces facteurs ne constituent pas des exigences en soi. Par conséquent, le fait de satisfaire ou non à un ou plusieurs des critères n'entraîne pas automatiquement l'acceptation ou le refus d'une demande de citoyenneté en vertu de l'article 5.1 de la *Loi*. Ils doivent plutôt être pris en considération et évalués en fonction des caractéristiques propres à chaque cas afin d'aider l'agent à déterminer si les critères énoncés aux paragraphes 5.1(1) et 5.1(2) de la *Loi* ont été satisfaits ou non aux fins d'attribution de la citoyenneté ou du refus de la demande de citoyenneté.

Les facteurs énoncés dans le *Règlement* sont suffisamment précis. Ainsi, le citoyen qui envisage d'adopter un enfant originaire d'un autre pays peut prendre connaissance des considérations dont l'agent tiendra compte en prenant sa décision au sujet d'une demande de citoyenneté présentée en vertu de l'article 5.1 de la *Loi*.

La liste des facteurs non exécutoires accorde également à l'agent la marge de manœuvre nécessaire pour prendre une décision appropriée au sujet de divers cas en vertu des paragraphes 5.1(1) et 5.1(2) de la *Loi*. Il peut notamment être

having been adopted at birth to an infant who was recently adopted abroad by a Canadian citizen. [Emphasis added.]

[43] It is clear from the RR that the officer did not follow the guidelines. Counsel for the respondent acknowledged this fact. The Court must intervene because the approach taken by the officer led her not to weigh all of the evidence before her but to concentrate on only one, thus failing to consider the evidence as a whole.

[44] In my view the error identified above is determinative.

[45] Having said this, I agree with counsel for the applicant, the officer ignored the evidence or refused to take into account uncontroverted evidence which showed it was impossible for My to have been cared for at the refugee camp in Hong Kong. She also misconstrued the evidence in terms of when My's adoption was in play; she failed to assess the genuineness of the parent-child relationship and she was unfair to the adoptive parents by taking into account external facts derived from her research or that of other officials of CIC. As such, the investigation was not a reasonable one in the circumstances. It is true the applicant may have said he wanted to have My fitted with a cochlear implant. That single factor, in isolation, is not sufficient, in the circumstances of this case, to enable the officer to come to the conclusion she did. Again it is an example of what is the fundamental problem in this case, namely, concentration solely on the adoption of convenience factor in isolation to the other relevant factors and failing to weigh them together to achieve what Parliament intended.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this judicial review application is granted with costs. The officer's decision under review is quashed and the application for My's citizenship is returned for reconsideration as soon as practicable by a different officer in accordance with these reasons.

question d'un adulte qui demande la citoyenneté après avoir été adopté à la naissance, ou d'un enfant qui a récemment été adopté à l'étranger par un citoyen canadien. [Non souligné dans l'original.]

[43] Il ressort clairement du DF que l'agente n'a pas suivi les lignes directrices. L'avocat du défendeur a reconnu ce fait. La Cour doit intervenir parce que l'approche suivie par l'agente l'a conduite à ne pas soupeser toute la preuve dont elle disposait et à se concentrer sur seulement un élément de la preuve, faisant ainsi défaut de considérer l'ensemble de la preuve.

[44] À mon avis, l'erreur relevée est déterminante.

[45] Ceci dit, je suis d'accord avec l'avocat du demandeur que l'agente n'a pas tenu compte de la preuve ou qu'elle a refusé de tenir compte de la preuve non réfutée selon laquelle il était impossible que Kim Nguyen ait pris soin de My au camp de réfugiés à Hong Kong. Elle a également interprété erronément la preuve sur le moment où l'adoption de My a eu lieu; elle n'a pas évalué l'authenticité du lien affectif parent-enfant et a manqué à l'équité envers les parents adoptifs en prenant en compte des faits extrinsèques obtenus par suite de sa recherche ou de celle d'autres fonctionnaires de CIC. À ce titre, l'enquête n'était pas raisonnable dans les circonstances. Il est vrai qu'il est possible que le demandeur ait dit qu'il voulait que My bénéficie d'un implant cochléaire. Ce seul facteur, pris isolément, ne suffit pas, étant donné les faits de l'espèce, à justifier la conclusion à laquelle l'agente est parvenue. De nouveau, cela constitue un exemple du problème fondamental en l'espèce, soit le fait que l'agente s'est limitée au facteur de l'adoption de complaisance sans tenir compte des autres facteurs pertinents et sans les soupeser dans leur ensemble pour donner effet à l'intention du législateur.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie avec dépens. La décision de l'agente qui fait l'objet du présent contrôle est annulée et la demande de citoyenneté de My est renvoyée à un autre agent pour qu'il procède dès que possible à un nouvel examen en conformité avec les présents motifs.



A-456-10  
2012 FCA 94

A-456-10  
2012 CAF 94

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Ronald Robertson and Roger Saunders** (*Respondents*)

**Ronald Robertson et Roger Saunders** (*intimés*)

**INDEXED AS: ROBERTSON v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : ROBERTSON c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Evans, Pelletier and Layden-Stevenson J.J.A.—Winnipeg, November 16, 2011; Ottawa, March 20, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Pelletier et Layden-Stevenson, J.C.A.—Winnipeg, 16 novembre 2011; Ottawa, 20 mars 2012.

*Aboriginal Peoples — Taxation — Commercial fishing — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing appeals from assessments of income tax liability on basis that respondents' income situated on reserve, exempt from income tax by virtue of Indian Act, s. 87 — Respondents, members of Norway House Cree First Nation, self-employed commercial fishers fishing out of Norway House Reserve (Reserve) — Norway House Fishermen's Co-operative setting quotas, selling fish to Crown corporation — Active in every aspect of commercial fishing — T.C.C. concluding off-reserve commercial activities not attenuating connection between Reserve, respondents' income — Whether respondents' income "situated on a reserve" within meaning of Indian Act, s. 87(1)(b) — Long history, continuing importance of commercial fishing strengthening connection between Reserve, respondents' fishing business income — Connections with off-reserve markets not weakening connection of resulting income to Reserve — Respondent's business activities connected with Reserve because of important role played by co-operative — Co-operative important institution in economic life of Reserve — Per Pelletier J.A. (concurring): Application of s. 87 requiring one to connect income in issue with reserve — Application of s. 87 not to be divorced from reality of reserve life — S. 87 inquiry should focus on business opportunities available to respondents — Appeal dismissed.*

*Peuples autochtones — Taxation — Pêche commerciale — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant les appels interjetés par les intimés à l'encontre des cotisations établies à l'égard de leur obligation fiscale au motif que leur revenu est situé sur une réserve et qu'il est donc exempté de taxation en vertu de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens — Les intimés, membres de la Première Nation crie de Norway House, sont des pêcheurs commerciaux à leur compte qui mènent leurs activités à l'extérieur de la réserve de Norway House (la réserve) — La Norway House Fishermen's Co-operative fixe des quotas et vend du poisson à une société d'État — Elle joue un rôle actif dans tous les aspects de la pêche commerciale — La C.C.I. a conclu que les activités commerciales menées hors réserve n'atténuaient pas le lien entre la réserve et le revenu des intimés — Il s'agissait de savoir si le revenu des intimés était « situé sur une réserve » au sens de l'art. 87(1)(b) de la Loi sur les Indiens — Comme la pêche commerciale est exercée depuis longtemps et continue à revêtir de l'importance, elle renforce le lien entre la réserve et le revenu d'entreprise de pêche des intimés — Les liens que les intimés ont avec les marchés hors réserve n'affaiblissent pas le lien entre le revenu en découlant et la réserve — Les activités commerciales des intimés sont liées à la réserve en raison du rôle important que joue la coopérative — La coopérative est une institution importante pour la vie économique de la réserve — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concourants) : L'application de l'art. 87 nécessite que l'on rattache le revenu en question à une réserve — L'application de l'art. 87 ne peut être dissociée de la réalité de la vie dans une réserve indienne — L'analyse exigée par l'art. 87 doit être axée sur les occasions d'affaires qui s'offrent aux intimés — Appel rejeté.*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada (T.C.C.) allowing the respondents' appeals from assessments of their income tax liability on the basis that the respondents' income was situated on a reserve and was thus exempt from income tax by virtue of section 87 of the *Indian Act*.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) d'accueillir les appels interjetés par les intimés à l'encontre des cotisations établies à l'égard de leur obligation fiscale au motif que leur revenu était situé sur une réserve et était donc exempté de taxation en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

The respondents, members of the Norway House Cree First Nation, were self-employed commercial fishers in the taxation years in question. The respondents received fishing quotas from the Norway House Fishermen's Co-operative (the Co-op) and fished on lakes that are off-reserve. One of the respondents lives off-reserve, but both started out for their fishing areas from the Norway House Reserve (Reserve), and stored and maintained their boats on the Reserve. The Co-op is an agent of the Freshwater Fish Marketing Corporation (Freshwater), a Crown corporation, and is active in every aspect of commercial fishing by members of the First Nation, from selling gas and fishing gear to paying the fishers. Freshwater purchases, through its agents, all legally caught fish by fishers in the areas where it operates.

The T.C.C. concluded that the fact that many of the fishing activities and the fishers' customer (Freshwater) were off-reserve, and that the respondents' businesses were in the commercial mainstream did not so attenuate the connection between the Reserve and the respondents' fishing activities that their resulting income was not situated on the Reserve for the purpose of section 87. In any event, the T.C.C. held that the appellants' relationship with the Co-op, and their activities' historical, cultural and economic connection to the Reserve, created a compelling connection to the Reserve.

At issue was whether the respondents' income was "situated on a reserve" within the meaning of paragraph 87(1)(b) of the *Indian Act*.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Evans J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): The long history of commercial fishing in lakes near the Reserve by the Norway House Cree First Nation, and its continuing importance to the economic, social, and cultural fabrics of the Reserve, is relevant to determining whether a close connection exists between the Reserve and the source of the respondents' income. These considerations serve to strengthen the connection between the Reserve and the respondents' fishing business income, and thus tend towards situating the income on the Reserve. The activities that comprised the respondents' businesses can be divided into two categories: those related to catching the fish, and those related to their sale. That the respondents' fishing businesses had connections with off-reserve markets does not weaken the connection of the resulting income to the Reserve. Even though the respondents did not catch their fish on the Reserve, many of the activities surrounding the catching of fish were located on reserve. Although the respondents' business activities with the

Les intimés, membres de la Première Nation crie de Norway House, étaient des pêcheurs commerciaux à leur compte au cours des années d'imposition en question. Ils recevaient des quotas de pêche de la Norway House Fishermen's Co-operative (la coopérative des pêcheurs de Norway House, ci-après la coopérative) et pêchaient dans des lacs situés hors réserve. L'un des intimés habite à l'extérieur de la réserve, mais les deux partaient de la réserve de Norway House (la réserve) pour se rendre à leurs zones de pêche et entretenaient leurs bateaux sur la réserve. La coopérative est un mandataire de l'Office de commercialisation du poisson d'eau douce (l'Office), une société d'État, et joue un rôle actif dans tous les aspects de la pratique de la pêche par les membres de la Première Nation, qu'il s'agisse de vendre de l'essence et des engins de pêche ou de rémunérer les pêcheurs. L'Office achète, par l'entremise de ses mandataires, tout le poisson pêché légalement qui lui est offert par les pêcheurs dans ses secteurs d'exploitation.

La C.C.I. a conclu que le fait que plusieurs des activités de pêche étaient exercées hors réserve, le fait que le client des pêcheurs (l'Office) était une entreprise hors réserve et le fait que les entreprises des intimés faisaient partie du commerce général n'atténuaient pas le lien entre la réserve et les activités de pêche des intimés à tel point que leur revenu d'entreprise en découlant n'était pas situé sur la réserve au sens de l'article 87. En tous les cas, la C.C.I. a jugé que la relation des appelants avec la coopérative, ainsi que le lien historique, culturel et économique entre leurs activités et la réserve créaient un lien convaincant avec la réserve.

La question en litige était de savoir si le revenu des intimés était « situé sur une réserve » au sens de l'alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le juge Evans, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le fait que la pêche commerciale est exercée depuis longtemps dans les lacs situés près de la réserve par les membres de la Première Nation crie de Norway House et leurs ancêtres, et qu'elle continue à revêtir de l'importance pour les tissus économique, social et culturel de la réserve, est pertinent pour décider s'il existe un lien suffisamment étroit entre la réserve et la source du revenu des intimés. Ces considérations renforcent le lien entre la réserve et le revenu d'entreprise de pêche des intimés, et tendent donc à situer le revenu sur la réserve. Les activités qui composent l'entreprise des intimés peuvent être divisées en deux catégories : celles qui se rapportent principalement à la prise du poisson, et celles qui se rapportent principalement à la vente de celui-ci. Le fait que l'entreprise de pêche des intimés puisse avoir des liens avec les marchés hors réserve n'affaiblit pas le lien entre le revenu en découlant et la réserve. Ainsi, même si les intimés ne prennent pas leur poisson sur la

Co-op were not physically located on the Reserve, they were connected with the Reserve because of the important role played by the Co-op as owner and operator of packing stations. The role of Freshwater is not as important in determining the location of the respondents' business activities and hence of their resulting income. Characterizing the Co-op simply as the purchasing agent for Freshwater substantially distorts its importance to the economic life of the Reserve. The Co-op is a critically important institution in the economic life of the Reserve, and all of the respondents' business dealings were with the Co-op.

*Per Pelletier J.A. (concurring):* Section 87 of the *Indian Act* is intended to protect or enhance Indians' economic interests in their reserves. Because income is intangible property, the application of section 87 requires one to connect the income in issue with a reserve. In this case, the issue is the taxation of income from one of the few business activities open to residents of a northern reserve, i.e. commercial fishing. The application of section 87 should not be divorced from the reality of reserve life. The inquiry required by section 87 should focus on the business opportunities available to the respondents, living where they live, exercising the skills they have.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Freshwater Fish Marketing Act*, R.S.C., 1985, c. F-13, ss. 7, 22(2).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 9(1).  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 2(1) "Indian", 87 (as am. by S.C. 2005, c. 9, s. 150), 89 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12), 90.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 5 (1875).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710, 335 D.L.R. (4th) 31, [2011] 3 C.N.L.R. 61; *Dubé v.*

réserve, plusieurs des activités entourant la prise du poisson s'exercent sur la réserve. Bien que les activités commerciales des intimés avec la coopérative ne se trouvent pas physiquement dans la réserve, elles sont liées à la réserve en raison du rôle important que joue la coopérative en tant que propriétaire et exploitante des postes d'emballage. Le rôle de l'Office n'est pas aussi important dans la détermination de l'emplacement des activités commerciales des intimés, et donc de leur revenu en découlant. Le fait de qualifier la coopérative de simple mandataire de l'Office aux fins de l'achat dénature considérablement son importance pour la vie économique générale de la réserve. La coopérative est une institution d'une importance capitale pour la vie économique de la réserve, et toutes les opérations commerciales des intimés se faisaient avec elle.

Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concourants) : L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* est destiné à protéger ou à favoriser l'intérêt économique des Indiens dans leur réserve. Étant donné que le revenu est un bien immatériel, l'application de l'article 87 nécessite que l'on rattache le revenu en question à une réserve. En l'espèce, le litige porte sur la taxation du revenu généré par l'une des rares activités commerciales que peuvent exercer les résidents d'une réserve du Nord, soit la pêche commerciale. L'application de l'article 87 ne peut être dissociée de la réalité de la vie dans une réserve indienne. L'analyse exigée par l'article 87 doit être axée sur les occasions d'affaires qui s'offrent aux intimés, dans le lieu où ils vivent, en fonction des habiletés qu'ils ont acquises.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 9(1).  
*Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, L.R.C. (1985), ch. F-13, art. 7, 22(2).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) "Indien", 87 (mod. par L.C. 2005, ch. 9, art. 150), 89 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 12), 90.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 5 (1875).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710; *Dubé c. Canada*, 2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764.

*Canada*, 2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764, 335 D.L.R. (4th) 75, [2011] 3 C.N.L.R. 250.

CONSIDERED:

*Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, (1992), 90 D.L.R. (4th) 129, 41 C.C.E.L. 1.

REFERRED TO:

*Southwind v. Canada*, 1998 CanLII 7300, 156 D.L.R. (4th) 87, [1998] 2 C.N.L.R. 233, [1998] 1 C.T.C. 6084 (F.C.A.); *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, (1990), 71 D.L.R. (4th) 193, [1990] 5 W.W.R. 97; *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269, (1997), 148 D.L.R. (4th) 314, [1997] 3 C.T.C. 157 (C.A.); *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289, [1996] 9 W.W.R. 1; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193, [1999] 10 W.W.R. 34; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, (1999), 178 N.S.R. (2d) 201, 177 D.L.R. (4th) 513.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2010 TCC 552, [2011] 1 C.N.L.R. 308, 2010 DTC 1372) allowing the respondents' appeals from assessments of their income tax liability. Appeal dismissed.

APPEARANCES

*Bonnie F. Moon* and *Melissa Danish* for appellant.  
*J. R. Norman Boudreau* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Booth Dennehy LLP*, Winnipeg, for respondents.

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

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This is yet another case in which the Court must determine whether income is exempt from income tax because it is “the personal property of an Indian ... situated on a reserve.” Again, the disputed question is whether the income in question is “situated on a reserve”

DÉCISION EXAMINÉE :

*Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877.

DÉCISIONS CITÉES :

*Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300 (C.A.F.); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269 (C.A.); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

APPEL d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2010 CCI 552) accueillant les appels interjetés par les intimés à l'encontre des cotisations établies à l'égard de leur obligation fiscale. Appel rejeté.

ONT COMPARU

*Bonnie F. Moon* et *Melissa Danish* pour l'appelante.  
*J. R. Norman Boudreau* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Booth Dennehy LLP*, Winnipeg, pour les intimés.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une autre affaire où la Cour doit décider si des revenus sont exemptés de taxation parce qu'ils constituent des « biens meubles d'un Indien [...] situés sur une réserve ». Encore une fois, la question en litige est de savoir si le revenu en question est « situé sur une

within the meaning of paragraph 87(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (Act).

[2] This is the first occasion this Court has had to consider the issue since the Supreme Court of Canada's restatement of the relevant law in *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710 (*Bastien*), and *Dubé v. Canada*, 2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764 (*Dubé*), which the Court released at the same time. I shall refer in these reasons principally to paragraphs in *Bastien* because it is the leading case.

[3] The present case is an appeal by the Crown from a decision of the Tax Court of Canada [*Robertson v. The Queen*, 2010 TCC 552, [2011] 1 C.N.L.R. 308], in which Justice Hershfield (Judge) allowed the appeals of Ronald Robertson and Roger Saunders [the appellants] from assessments of their income tax liability for the taxation years 1999, 2000, 2001, and 2002 (Mr. Robertson), and 2002 and 2003 (Mr. Saunders). He held that the Minister of National Revenue (Minister) had wrongly included in their income the business income they had earned in those years from commercial fishing, and the employment insurance benefits that they had received.

[4] The Judge held that the appellants' income was situated on the Norway House Reserve (Reserve) and was thus exempt from income tax by virtue of section 87 [as am. by S.C. 2005, c. 9, s. 150] of the Act. He did not have the benefit of *Bastien* and *Dubé*, and his analysis may be inconsistent with this jurisprudence in one or two respects, particularly in the weight he attached to the fact that commercial fishing had long been integral to the life of the Reserve.

[5] Nonetheless, in my opinion the Judge reached the right result. For the reasons that follow, I would dismiss the Crown's appeals.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[6] The facts set out in these reasons are taken from the parties' partial agreed statements of facts prepared for the purpose of their appeals to the Tax Court, and

réserve » au sens de l'alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi).

[2] C'est la première fois que la Cour est appelée à se pencher sur cette question depuis que la Cour suprême du Canada a fait le point sur le droit applicable dans les arrêts *Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710 (*Bastien*) et *Dubé c. Canada*, 2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764 (*Dubé*), qu'elle a rendus simultanément. Dans les présents motifs, je citerai surtout des paragraphes de l'arrêt *Bastien* parce qu'il s'agit de l'arrêt de principe.

[3] La présente affaire est un appel interjeté par la Couronne à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [*Robertson c. La Reine*, 2010 CCI 552] dans laquelle le juge Hershfield (le juge) a accueilli les appels interjetés par Ronald Robertson et Roger Saunders [les appelants] à l'encontre des cotisations établies à l'égard de leur obligation fiscale pour les années d'imposition 1999, 2000, 2001 et 2002 (M. Robertson), et 2002 et 2003 (M. Saunders). Il a conclu que le ministre du Revenu national (le ministre) avait inclus à tort dans leur revenu le revenu d'entreprise qu'ils avaient tirés pendant ces années de la pêche commerciale, ainsi que les prestations d'assurance-emploi qu'ils avaient reçues.

[4] Le juge a conclu que le revenu des appelants était situé sur la réserve de Norway House (la réserve) et était donc exempté de taxation en vertu de l'article 87 [mod. par L.C. 2005, ch. 9, art. 150] de la Loi. Il n'a pas pu bénéficier des arrêts *Bastien* et *Dubé*, et son analyse est sans doute incompatible avec cette jurisprudence à un ou deux égards, particulièrement quant au poids qu'il a accordé au fait que la pêche commerciale faisait depuis longtemps partie intégrante de la vie sur la réserve.

[5] Il n'en demeure pas moins, à mon avis, que le juge est arrivé au bon résultat. Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel de la Couronne.

## B. CONTEXTE FACTUEL

[6] Les faits énoncés dans les présents motifs sont tirés de l'exposé conjoint partiel des faits des parties préparé aux fins de leurs appels interjetés devant la Cour de

from the Judge's additional findings of fact. What follows is an introductory factual synopsis.

(i) *Appellants*

[7] Both Mr. Robertson and Mr. Saunders are "Indians" as defined by subsection 2(1) of the *Indian Act*, and members of the Norway House Cree First Nation (First Nation), which in 1875 became signatory to Treaty No. 5.

[8] Mr. Robertson has lived his entire life on the Reserve, situated near the Norway House Settlement, on the south shore of Little Playgreen Lake which flows into Lake Winnipeg. During the years in question, Mr. Saunders lived off-reserve on West Island Route, in the Norway House Settlement, not far from the Reserve.

[9] In the taxation years in question, both appellants were self-employed commercial fishers. They owned fishing licences and received fishing quotas from the Norway House Fishermen's Co-operative (Co-op), the owner of the quotas. Mr. Robertson started his fishing business in 1992, and Mr. Saunders in 1973. They fish during the summer and fall in Playgreen Lake, Lake Winnipeg and, in Mr. Saunders' case, in Grassy Lake as well. They generally reach the lakes by boat from the Reserve, although the lakes themselves are off-reserve.

[10] The appellants stay overnight at off-reserve fishing camps on about half of their fishing trips; they are able to return home from the others at the end of a day's fishing. They dress the fish in the camps or in their boats. Each day, weather permitting, they take their catch to packing stations operated by the Co-op, which is described further below. The packing stations are located off-reserve, but not far from either the fishing camps or the Reserve. The Judge described (at paragraph 107) the camps and the packing stations as being only "short commutes from the on-reserve docks of both Appellants."

l'impôt, et des autres conclusions de fait tirées par le juge. Voici un résumé introductif des faits.

i) *Les appelants*

[7] M. Robertson et M. Saunders sont tous les deux des « Indiens » au sens de la définition figurant au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, et des membres de la Première Nation crie de Norway House (la Première Nation), qui a adhéré au Traité n° 5, signé en 1875.

[8] M. Robertson a toujours vécu dans la réserve, qui est située près du poste de Norway House, sur la rive sud du lac Little Playgreen qui se jette dans le lac Winnipeg. Au cours des années en question, M. Saunders vivait hors réserve sur la route West Island, dans le poste de Norway House, non loin de la réserve.

[9] Au cours des années d'imposition en question, les appelants étaient tous deux pêcheurs commerciaux à leur compte. Ils détenaient des licences de pêche et recevaient des quotas de pêche de la Norway House Fishermen's Co-operative (la coopérative des pêcheurs de Norway House, ci-après la coopérative), la propriétaire des quotas. M. Robertson a démarré son entreprise de pêche en 1992, et M. Saunders en 1973. Ils pêchent en été et en automne au lac Playgreen et au lac Winnipeg et, dans le cas de M. Saunders, au lac Grassy également. Ils se rendent généralement aux lacs en bateau à partir de la réserve, quoique les lacs eux-mêmes soient situés à l'extérieur de la réserve.

[10] Les appelants passent la nuit dans des camps de pêche situés à l'extérieur de la réserve environ la moitié du temps; le reste du temps, ils peuvent retourner à la maison à la fin de leur journée de pêche. Ils apprêtent le poisson dans les camps ou dans leurs bateaux. Tous les jours, si les conditions météorologiques le permettent, ils apportent leurs prises aux postes d'emballage exploités par la coopérative, qui est décrite plus en détail ci-dessous. Les postes d'emballage sont situés à l'extérieur de la réserve, mais non loin des camps de pêche ou de la réserve. Le juge a décrit (au paragraphe 107) les camps et les postes d'emballage comme étant « situés à brève distance [seulement] des quais des deux appelants, lesquels sont situés dans la réserve ».

[11] At the packing stations, the fish are graded, sorted for size and species, weighed, and packed on ice. An official receipt for the fish delivered by the fishers, and the price to be paid, is prepared at the packing station where they deliver their catch.

[12] In addition to starting out for their fishing areas from the Reserve, the appellants store and maintain their boats on the Reserve. Mr. Robertson also keeps and maintains his nets and other fishing gear on the Reserve. Because he lives off-reserve, Mr. Saunders sometimes keeps his fishing gear at his home. The appellants employ helpers from the Reserve, where they pick them up to take them fishing. Before setting out, the appellants fill their boats with gas from the Co-op on the Reserve.

[13] The appellants keep their books, records, and other material related to their fishing businesses, at home. For Mr. Robertson this means on-reserve, and off-reserve for Mr. Saunders.

(ii) *The Co-op*

[14] Like other fishers on the Reserve, the appellants are members of the Co-op. In the taxation years in question, the Co-op had approximately 52 members; all but four lived on the Reserve. In addition, it employed about 160 Band members all of whom lived on the Reserve. However, not all members of the Co-op are members of the First Nation; a few are not status Indians.

[15] The Co-op purchases fish from its members as the agent of the Freshwater Fish Marketing Corporation (Freshwater), which is described below. The Co-op pays the fishers weekly, on the basis of the receipts sent to it by the packing stations. The Co-op makes the payments from funds provided by Freshwater, which pays money into the Co-op's bank account in trust for this purpose. Fishers collect the payment for their weekly catch from the Co-op's administration office on the Reserve.

[11] Aux postes d'emballage, le poisson est classé, trié par taille et par espèce, pesé et mis sur glace. Un reçu officiel indiquant le poisson livré par les pêcheurs, et le prix à payer, est préparé au poste d'emballage où ils livrent leurs prises.

[12] En plus de partir de la réserve pour se rendre dans leurs zones de pêche, les appelants entreposent et entretiennent leurs bateaux sur la réserve. M. Robertson conserve et entretient également ses filets et d'autres engins de pêche sur la réserve. Étant donné qu'il vit hors réserve, M. Saunders conserve parfois ses engins de pêche à sa résidence. Les appelants emploient des assistants de la réserve, où ils vont les chercher pour aller pêcher. Avant de partir, les appelants font le plein avec de l'essence de la coopérative sur la réserve.

[13] Les appelants conservent leurs livres, registres et autres documents ayant trait à leur entreprise de pêche à leur résidence. Pour M. Robertson, cela signifie sur la réserve, et pour M. Saunders, hors réserve.

ii) *La coopérative*

[14] Comme les autres pêcheurs de la réserve, les appelants sont membres de la coopérative. Au cours des années d'imposition en question, la coopérative comptait environ 52 membres, dont quatre seulement ne vivaient pas dans la réserve. Elle employait en outre quelque 160 membres de la bande, qui vivaient tous dans la réserve. Cependant, les membres de la coopérative ne sont pas tous des membres de la Première Nation; certains d'entre eux ne sont pas des Indiens inscrits.

[15] La coopérative achète le poisson de ses membres à titre de mandataire de l'Office de commercialisation du poisson d'eau douce (l'Office), qui est décrit plus en détail ci-dessous. La coopérative paie les pêcheurs hebdomadairement, sur la base des reçus qui lui sont envoyés par les postes d'emballage. La coopérative effectue les paiements à partir de fonds fournis par l'Office, qui dépose l'argent dans le compte bancaire de la coopérative en fiducie à cette fin. Les pêcheurs obtiennent le paiement de leurs prises de la semaine au bureau administratif de la coopérative dans la réserve.

[16] In addition to acting as Freshwater's purchasing agent, the Co-op assists its members in their fishing businesses in a number of ways. For example, it receives and divides the fishing quotas managed by the provincial government; it provides loans for the purchase of boats; sells gas, oil, nets, and other fishing gear; and it pays the fishers' helpers by deducting their wages from the fishers' cheques. The Co-op predates Freshwater.

[17] Indeed, the Co-op is active in every aspect of commercial fishing by members of the First Nation, from assisting fishers to get started in business, to acting on their behalf when dealing with Freshwater.

(iii) *Freshwater*

[18] Freshwater, a federal Crown corporation, was established in 1969 by the *Freshwater Fish Marketing Act*, R.S.C., 1985, c. F-13, to regulate inter-provincial and export trade in freshwater fish. Its purposes include marketing and trading in fish, their products and by-products, within Canada and beyond (section 7). It operates in Manitoba, Saskatchewan, Alberta, the Northwest Territories, and part of northwestern Ontario. Freshwater is obliged to purchase all legally caught fish offered to it by fishers in the areas where it operates (subsection 22(2)). However, Freshwater is not a monopoly buyer: fishers are at liberty to bypass it and to sell their fish directly into the market.

[19] Freshwater purchases fish through agents, including the Co-op. The relationship between Freshwater and the Co-op is governed by an agreement which provides, among other things, that the Co-op will purchase fish from its members as the agent of Freshwater at the agent's current delivery points at Whiskey Jack and Playgreen Point, which are off-reserve. Under the agreement, the Co-op charges Freshwater a fee for buying the fish, which covers some of the cost of the services it provides to its members.

[16] En plus d'agir comme mandataire de l'Office aux fins de l'achat, la coopérative aide ses membres dans leurs entreprises de pêche de plusieurs façons. Par exemple, elle reçoit et divise les quotas de pêche administrés par le gouvernement provincial, elle accorde des prêts pour l'achat de bateaux, elle vend de l'essence, de l'huile, des filets et d'autres engins de pêche et elle paie les assistants des pêcheurs en déduisant leurs salaires des chèques des pêcheurs. La coopérative date d'avant l'Office.

[17] En fait, la coopérative joue un rôle actif dans tous les aspects de la pratique de la pêche commerciale par les membres de la Première Nation, qu'il s'agisse d'aider les pêcheurs à lancer leur entreprise ou d'agir en leur nom dans leurs rapports avec l'Office.

(iii) *L'Office*

[18] L'Office, une société d'État fédérale, a été constitué en 1969 par la *Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, L.R.C. (1985), ch. F-13, pour réglementer le commerce interprovincial et l'exportation du poisson d'eau douce. Il a pour mission l'achat et la commercialisation du poisson ainsi que de ses produits et sous-produits, au Canada ou à l'étranger (article 7). Il exerce ses activités au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta, dans les Territoires du Nord-Ouest et dans une partie du Nord-Ouest de l'Ontario. L'Office est tenu d'acheter tout le poisson pêché légalement qui lui est offert par les pêcheurs dans ses secteurs d'exploitation (paragraphe 22(2)). Toutefois, l'Office n'a pas le monopole de l'achat : les pêcheurs sont libres de le contourner et de vendre leur poisson directement sur le marché.

[19] L'Office achète le poisson par l'intermédiaire de mandataires, dont la coopérative. La relation entre l'Office et la coopérative est régie par un accord qui prévoit notamment que la coopérative achètera du poisson de ses membres à titre de mandataire de l'Office aux points de livraison actuels de la mandataire à Whiskey Jack et Playgreen Point, qui sont situés à l'extérieur de la réserve. Selon l'accord, la coopérative facture à l'Office des frais pour l'achat du poisson, qui couvrent une partie du coût des services qu'elle fournit à ses membres.



[20] At the start of each fiscal year, Freshwater sets the price at which it will purchase different species of fish on the basis of their predicted market price, less its projected operating costs. As fishers deliver their catches, Freshwater pays to the Co-op in trust for the fishers 85 percent of the predicted market price of the fish caught. At the end of the fiscal year, Freshwater mails cheques directly to the fishers for the difference, if any, between the money paid to them by the Co-op and the actual market price of the fish sold. In the taxation years in question, Freshwater did make final payments. In other years, however, there has been no difference to pay because 85 percent of the predicted market price was equal to or exceeded the price at which Freshwater actually sold the fish.

[21] Fish are collected by a trucking company from the Co-op on the Reserve and the Whiskey Jack packing station. From there they are hauled to Freshwater's head office in Winnipeg. Freshwater fillets, freezes the fish whole, or grinds them into meal. It sells 80 percent of the fish in international markets, mostly the United States.

[22] On the basis of evidence of the Co-op's president, the Judge summarized as follows (at paragraph 58) the role of the Co-op in the community, and in the fishing business of its members in particular:

[The witness] described the Co-op as the Band's fishers' representative, giving the reserve a place in the industry. The Co-op represents the fishers, ensuring that they are dealt with honestly and fairly. ... The Co-op certainly plays a role well beyond that as [*sic*] acting as an agent or intermediary between the fishers and Freshwater. Indeed, its main role was to represent the fishers of the community. ... On this point his testimony was clear: the Co-op was created to help the fishermen.

### C. DECISION OF THE TAX COURT

[23] The Judge heard a considerable volume of evidence from the parties' expert witnesses on traditional fishing practices of the appellants' ancestors. In particular, he found that before the signing of Treaty No. 5 in

[20] Au début de chaque exercice, l'Office fixe le prix auquel il achètera les différentes espèces de poisson sur la base de leur valeur marchande prévue, moins ses frais d'exploitation prévus. Lorsque les pêcheurs livrent leurs prises, l'Office verse à la coopérative en fiducie pour les pêcheurs 85 p. 100 de la valeur marchande prévue du poisson pêché. À la fin de l'exercice, l'Office poste directement aux pêcheurs des chèques correspondant à la différence, le cas échéant, entre la somme qui leur a été versée par la coopérative et la valeur marchande réelle du poisson vendu. Au cours des années d'imposition en question, l'Office a bel et bien effectué des paiements finaux. Au cours d'autres années, par contre, il n'y a eu aucune différence à payer parce que 85 p. 100 de la valeur marchande prévue équivalait au prix auquel l'Office avait réellement vendu le poisson ou dépassait celui-ci.

[21] Le poisson est ramassé par une entreprise de camionnage à la coopérative dans la réserve et au poste d'emballage de Whiskey Jack. De là, ils sont transportés au siège social de l'Office à Winnipeg. L'Office découpe le poisson en filets, le congèle en entier ou le transforme en farine. Il vend 80 p. 100 du poisson sur les marchés internationaux, surtout aux États-Unis.

[22] En se fondant sur le témoignage du président de la coopérative, le juge a résumé ainsi (au paragraphe 58) le rôle que joue la coopérative dans la communauté, et dans l'entreprise de pêche de ses membres en particulier :

[Le témoin] a déclaré que la coop agissait comme représentante des pêcheurs de la bande et assurait à la réserve une place dans l'industrie. La coop représente les pêcheurs, en veillant à ce que ceux-ci soient traités honnêtement et équitablement [...] La coop a sans aucun doute un rôle allant bien au-delà de celui de mandataire ou d'intermédiaire entre les pêcheurs et l'Office. De fait, son rôle principal consistait à représenter les pêcheurs de la communauté [...] Sur ce point, le témoignage de M. Saunders était clair; la coop a été créée afin d'aider les pêcheurs.

### C. DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

[23] Le juge a entendu une preuve abondante de la part des témoins experts des parties sur les pratiques traditionnelles de pêche des ancêtres des appelants. Plus particulièrement, il a conclu qu'avant la signature du

1875, the Upland Cree, ancestors of the present First Nation, had long engaged in fishing for sale or barter to the Hudson's Bay Company. Commercial fishing had been an integral part of their livelihood for a very long time and, to this day, remains of great importance to the social, cultural, and economic life of the First Nation and the Reserve.

[24] The Judge also noted that, following the flooding of traditional lands of the Norway House people for a hydroelectric project, the First Nation sought and received compensation, and pressed for the settlement of land claims. As a result, new reserve lands were promised and the Norway House Resource Management Area (RMA) was recognized.

[25] The RMA comprises land designated as such by Manitoba legislation following an agreement to settle a land claim between the First Nation, the provincial and federal governments, and the Manitoba Hydro-Electric Board. The First Nation has had a long association with the land in the RMA. The Reserve itself is within the boundaries of the RMA, but the rest of the RMA land is not, and has never been, part of the Reserve. The Judge found that while the appellants' fishing activities occurred within the RMA, they were not on the Reserve.

[26] Having reviewed the evidence on the history of commercial fishing by the Norway House Cree and their ancestors, the Judge then turned to the central legal issue: was the appellants' income from their fishing business situated on a reserve? In answering this question, the Judge adopted (at paragraph 98) the list of factors set out in *Southwind v. Canada*, 1998 CanLII 7300, 156 D.L.R. (4th) 87 (F.C.A.) for determining whether the connections between an Indian's business income and a reserve were sufficient to situate it on a reserve.

Traité n° 5 en 1875, les Cris des hautes terres, les ancêtres de la Première Nation actuelle, pratiquaient depuis longtemps la pêche aux fins de vente ou de troc avec la Compagnie de la Baie d'Hudson. La pêche commerciale faisait partie intégrante de leur gagne-pain depuis très longtemps et revêt, encore aujourd'hui, une grande importance pour la vie sociale, culturelle et économique de la Première Nation et de la réserve.

[24] Le juge a également constaté qu'à la suite de l'inondation des terres traditionnelles des Autochtones de Norway House aux fins d'un projet hydroélectrique, la Première Nation avait demandé et reçu une indemnité, et insisté pour obtenir le règlement de ses revendications territoriales. De nouvelles terres de réserve ont donc été promises et la zone de gestion des ressources de Norway House (la zone de gestion des ressources) a été reconnue.

[25] La zone de gestion des ressources se compose de terres désignées comme telles par une loi du Manitoba à la suite de la conclusion d'un accord sur le règlement d'une revendication territoriale entre la Première Nation, les gouvernements fédéral et provincial et la Régie de l'hydro-électricité du Manitoba. La Première Nation est liée depuis longtemps aux terres qui composent la zone de gestion des ressources. La réserve elle-même se trouve à l'intérieur des limites de la zone de gestion des ressources, mais le reste des terres qui composent la zone de gestion des ressources ne fait pas, et n'a jamais fait, partie de la réserve. Le juge a conclu que, si les activités de pêche des appelants étaient exercées à l'intérieur de la zone de gestion des ressources, elles ne l'étaient pas sur la réserve.

[26] Après avoir examiné la preuve relative à l'histoire de la pratique de la pêche commerciale par les Cris de Norway House et leurs ancêtres, le juge a abordé la principale question de droit en litige : le revenu que les appelants ont tiré de leur entreprise de pêche était-il situé sur une réserve? Pour répondre à cette question, le juge a adopté (au paragraphe 98) la liste de facteurs dressée dans l'arrêt *Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300 (C.A.F.) pour déterminer si les liens entre le revenu d'entreprise d'un Indien et une réserve étaient suffisants pour que ce revenu soit situé sur la réserve.

[27] The Judge stated (at paragraph 99) that he would focus primarily on the factors which, according to the Crown, indicated that the income was not situated on a reserve: the fact that many of the fishing activities and the fishers' customer (Freshwater) were off-reserve, and that the appellants' businesses were in the commercial mainstream.

[28] He concluded that these factors did not so attenuate the connection between the Reserve and the appellants' fishing activities that their resulting business income was not situated on the Reserve for the purpose of section 87. In any event, he held (at paragraph 101), the appellants' relationship with the Co-op, and their "activities' historical, cultural and economic connection to the reserve ... create a compelling connection to the reserve."

[29] The Judge rejected (at paragraph 119) the stark dichotomy between income that arises from an activity in the "commercial mainstream" (and is therefore not situated on a reserve), and income from an activity that is integral to life on a reserve and is held by the Indian *qua* Indian (and is therefore situated on a reserve). True, the appellants sold their fish to Freshwater, which in turn sold them on national and international markets. However, given all the other connections between the appellants' fishing business activities and the Reserve, the Judge concluded that the role of Freshwater in the purchase and sale of the fish did not constitute a choice by them "to enter the commercial mainstream" (at paragraph 129).

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[30] Section 87 of the *Indian Act* is the only statutory provision directly relevant to this appeal:

Property  
exempt  
from  
taxation

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83 and section 5 of the *First Nations Fiscal and Statistical Management Act*, the following property is exempt from taxation:

[27] Le juge a affirmé (au paragraphe 99) qu'il allait se concentrer principalement sur les facteurs qui, selon la Couronne, indiquaient que le revenu n'était pas situé sur une réserve : le fait que plusieurs des activités de pêche étaient exercées hors réserve, le fait que le client des pêcheurs (l'Office) était une entreprise hors réserve et le fait que les entreprises des appelants faisaient partie du commerce général.

[28] Il a conclu que ces facteurs n'atténaient pas le lien entre la réserve et les activités de pêche des appelants à tel point que leur revenu d'entreprise en découlant n'était pas situé sur la réserve au sens de l'article 87. Quoi qu'il en soit, il a affirmé (au paragraphe 101) que la relation des appelants avec la coopérative, ainsi que « le lien historique, culturel et économique entre [leurs] activités et la réserve [...] créent un lien convaincant avec la réserve ».

[29] Le juge a rejeté (au paragraphe 119) la stricte dichotomie entre le revenu tiré d'une activité faisant partie du « commerce général » (et qui n'est donc pas situé sur une réserve) et le revenu tiré d'une activité faisant partie intégrante de la vie dans une réserve et que l'Indien possède en sa qualité d'Indien (et qui est donc situé sur une réserve). Certes, les appelants vendaient leur poisson à l'Office, qui le vendait à son tour sur les marchés nationaux et internationaux, mais, compte tenu de tous les autres liens qui existent entre les activités de pêche commerciales des appelants et la réserve, le juge a conclu que le rôle de l'Office dans l'achat et la vente du poisson ne permettait pas de conclure qu'ils avaient choisi « de participer au commerce général » (au paragraphe 129).

#### D. CADRE LÉGISLATIF

[30] L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* est la seule disposition législative directement pertinente en l'espèce :

Biens  
exempts de  
taxation

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83 et de l'article 5 de la *Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations*, les biens suivants sont exemptés de taxation :

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

*Idem*

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

*Idem*

(3) No succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of any property mentioned in paragraphs (1)(a) or (b) or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, chapter E-9 of the Revised Statutes of Canada, 1970, on or in respect of other property passing to an Indian. [Emphasis added.]

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

*Idem*

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

*Idem*

(3) Aucun impôt sur les successions, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession visant un tel bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable, en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, chapitre E-9 des Statuts révisés du Canada de 1970, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens. [Non souligné dans l'original.]

[31] Two other provisions of the *Indian Act* give some context to section 87. First, subsection 89(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12] protects “the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve” [emphasis added] from, among other things, mortgage, seizure, distress, and execution. The underlined words are to be given the same meaning as they have in paragraph 87(1)(b), that is, “within the boundaries of the reserve”: *Bastien*, at paragraphs 4 and 14:

Restriction on mortgage, seizure, etc., of property on reserve

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

[31] Deux autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* fournissent un contexte à l'article 87. D'abord, le paragraphe 89(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 12] protège « les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve » [non souligné dans l'original] contre, notamment, les hypothèques, les saisies et les exécutions. Les mots soulignés doivent se voir attribuer le même sens qu'à l'alinéa 87(1)b), c'est-à-dire « à l'intérieur des limites de [la réserve] » : arrêt *Bastien*, aux paragraphes 4 et 14 :

Inaliénabilité des biens situés sur une réserve

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

[32] Second, subsection 90(1) provides that for the purpose of sections 87 and 89 [as am. *idem*], personal property shall be deemed always to be situated on a reserve if it was purchased by Her Majesty with either Indian moneys or moneys appropriated by Parliament,

[32] Ensuite, le paragraphe 90(1) prévoit que, pour l'application des articles 87 et 89 [mod., *idem*], les biens meubles sont toujours réputés situés sur une réserve s'ils ont été achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement, ou donnés à un

or was given to an Indian or to a band by Her Majesty under a treaty or agreement:

Property deemed situated on reserve

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty, shall be deemed always to be situated on a reserve.

## E. ISSUES AND ANALYSIS

### (i) Preliminary matters

#### (a) *standard of review*

[33] While retaining the essentials of the connecting factors approach established in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877 (*Williams*), the Supreme Court in *Bastien* and *Dubé* reset the previous analytical framework in some significant respects. In particular, the Court emphasized that section 87 protects only property that is within the boundaries of the reserve. It also rejected the “commercial mainstream” principle as a basis for determining if property was situated on a reserve and the notion that the activities giving rise to the property must be linked to a traditional Indian way of life.

[34] Since *Bastien* and *Dubé* were released after the Judge’s decision in the present case and in some respects modified the previous law, it is appropriate to review the Judge’s identification and weighing of the connecting factors on a standard of correctness. However, the findings of fact on which his conclusions are based may only be disturbed on appeal if they are shown to be vitiated by palpable and overriding error.

#### (b) *section 35*

[35] This appeal is not about whether either of the appellants has an Aboriginal or treaty right to engage in

Indien ou à une bande par Sa Majesté en vertu d’un traité ou d’un accord :

**90.** (1) Pour l’application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

a) soit achetés par Sa Majesté avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d’un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté, sont toujours réputés situés sur une réserve.

Biens considérés comme situés sur une réserve

## E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

### i) Les questions préliminaires

#### a) *la norme de contrôle*

[33] Tout en retenant l’essentiel de la méthode des facteurs de rattachement établie dans l’arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877 (*Williams*), la Cour suprême, dans les arrêts *Bastien* et *Dubé*, a redéfini le cadre analytique antérieur à plusieurs égards importants. Plus précisément, la Cour a souligné que l’article 87 protège seulement les biens qui sont situés à l’intérieur des limites de la réserve. Elle a également rejeté l’utilisation du principe du « marché ordinaire » pour déterminer si le bien était situé sur une réserve et la notion selon laquelle les activités génératrices du bien doivent être liées au mode de vie traditionnel des Indiens.

[34] Comme les arrêts *Bastien* et *Dubé* ont été rendus après la décision du juge en l’espèce et qu’ils ont, à certains égards, modifié le droit antérieur, il convient d’examiner la façon dont le juge a défini et soupesé les facteurs de rattachement selon la norme de la décision correcte. Les conclusions de fait sur lesquelles ses conclusions sont fondées, cependant, ne peuvent être modifiées en appel que s’il est établi qu’elles sont viciées par une erreur manifeste et dominante.

#### b) *l’article 35*

[35] Il ne s’agit pas de savoir, dans le présent appel, si l’un des appelants a un droit ancestral ou issu d’un traité

commercial fishing free of taxation, or whether the imposition of tax on their business income from fishing would infringe that right contrary to section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The appellants relied on section 35 in the Tax Court. However, having found in their favour on section 87, the Judge did not find it necessary to decide the constitutional issue. The appellants have not pursued the section 35 claim in this Court.

(c) *income as property*

[36] “Income” is a concept rooted more in the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] than in the law of property. Nonetheless, the parties agree that *Bastien* confirms (at paragraph 1) that income is “property” for the purpose of section 87, whether it is derived from employment, employment insurance, investments, business, or property.

[37] However, attempting to situate income, an intangible, in a physical location through a consideration of factors connecting it to a reserve has proved a challenging task for the courts. The concept of “property” in section 87 has been extended from the physical means for earning an income to include the income earned by their use.

(d) *RMA*

[38] Although the Reserve is technically within the boundaries of the RMA, I have already noted that the whole RMA is not, and has never been, part of the Reserve. This is important because the Supreme Court in *Bastien* (at paragraph 15) made it clear that section 87 exempts an Indian’s personal property from taxation only if the property is situated on a reserve, that is, situated within the boundaries of a reserve.

lui permettant de pratiquer la pêche commerciale sans être assujéti à l’impôt, ni de savoir si l’imposition d’une taxe sur leur revenu d’entreprise tiré de la pêche porterait atteinte à ce droit contrairement à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Les appelants ont invoqué l’article 35 devant la Cour de l’impôt, mais le juge, après avoir tranché en leur faveur sur la base de l’article 87, n’a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question constitutionnelle. Les appelants n’ont pas invoqué l’article 35 devant notre Cour.

c) *le revenu en tant que bien*

[36] La notion de « revenu » trouve davantage sa source dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] que dans le droit des biens. Les parties conviennent néanmoins que l’arrêt *Bastien* confirme (au paragraphe 1) que le revenu est un « bien » au sens de l’article 87, qu’il soit tiré d’un emploi, d’une assurance-emploi, d’un placement, d’une entreprise ou d’un bien.

[37] Tenter de situer le revenu, un bien immatériel, dans un emplacement physique par la prise en compte de facteurs le rattachant à une réserve a toutefois représenté un défi de taille pour les tribunaux. La notion de « bien » contenue dans l’article 87 a été élargie de manière à viser non seulement les moyens physiques de générer un revenu, mais aussi le revenu tiré de leur utilisation.

d) *la zone de gestion des ressources*

[38] Bien que la réserve se trouve techniquement à l’intérieur des limites de la zone de gestion des ressources, j’ai déjà souligné que la zone de gestion des ressources ne fait pas, et n’a jamais fait, partie en totalité de la réserve. Cela est important parce que dans l’arrêt *Bastien* (au paragraphe 15), la Cour suprême a clairement indiqué que l’article 87 n’exempte de taxation les biens meubles d’un Indien que s’ils sont situés sur une réserve, c’est-à-dire à l’intérieur des limites d’une réserve.

[39] This interpretation of section 87 is inferentially supported by the contrasting wording of subsection 90(1). This provision deems certain limited categories of property, none of which is at issue in the present case, always to be situated on a reserve for the purpose of section 87.

[40] Hence, the fact that one or more of the factors may connect the appellants' income to a part of the RMA other than the Reserve is not in itself sufficient to attract the protection of section 87.

(e) *absence of manipulation*

[41] The Crown has not suggested that the appellants have attempted an artificial manipulation of the connecting factors in order to bring their fishing income within the exemption from tax provided by section 87. The various connections between the Reserve and the appellants' income from fishing are indisputably *bona fide* and not motivated by tax avoidance considerations. This was also the situation in *Bastien* (see paragraph 62).

[42] However, in order to avoid potentially abusive or artificial manipulation of the connecting factors in other cases, a degree of flexibility must be maintained in the selection and weighing of the connecting factors, and in the emphasis given to those that provide a substantive basis for situating property on a reserve.

(ii) Analytical framework

[43] *Bastien* and *Dubé* concerned the location of investment income for the purpose of section 87, while the present case involves business income. Nonetheless, the analytical framework set out in those cases is applicable for determining the location of the appellants' business income from fishing, with some adjustment of the relevant connecting factors and the relative weight to be assigned to them.

[39] Cette interprétation de l'article 87 est indirectement étayée par la différence dans la rédaction du paragraphe 90(1), selon lequel certaines catégories de biens, dont aucune n'est en cause en l'espèce, sont toujours réputées situées sur une réserve pour l'application de l'article 87.

[40] Par conséquent, le fait qu'au moins un des facteurs permette de rattacher le revenu des appelants à une partie de la zone de gestion des ressources autre que la réserve ne suffit pas en soi à donner ouverture à la protection prévue à l'article 87.

e) *l'absence de manipulation*

[41] La Couronne n'a pas prétendu que les appelants avaient tenté de manipuler d'une manière artificielle les facteurs de rattachement pour faire en sorte que leur revenu de pêche soit visé par l'exemption fiscale prévue à l'article 87. Les différents liens qui existent entre la réserve et le revenu de pêche des appelants sont sans contredit véritables et ne visent aucunement à échapper à l'impôt. C'était également le cas dans l'affaire *Bastien* (voir le paragraphe 62).

[42] Cependant, pour éviter toute manipulation abusive ou artificielle des facteurs de rattachement dans les autres affaires, il faut faire preuve d'une certaine souplesse dans le choix et l'appréciation de ces facteurs, et dans l'importance que l'on accorde à ceux d'entre eux qui permettent de situer le bien sur la réserve.

ii) Cadre analytique

[43] Les affaires *Bastien* et *Dubé* concernaient l'emplacement d'un revenu de placements pour l'application de l'article 87, tandis que la présente affaire porte sur un revenu d'entreprise. Le cadre analytique énoncé dans ces affaires n'en reste pas moins applicable pour déterminer l'emplacement du revenu d'entreprise de pêche des appelants, sous réserve d'un certain ajustement des facteurs de rattachement pertinents et du poids relatif qu'il convient de leur accorder.

[44] In determining whether the appellants' income was situated on the Reserve, I have considered and assessed the weight to be attached to the relevant factors in light of the Supreme Court of Canada's articulation of the statutory objective underlying section 87.

(a) *purpose of section 87*

[45] It is easier to say what the purpose of section 87 is not, than to state positively what it is. Thus, it is well settled that its purpose is not to "confer a general economic benefit upon the Indians": *Williams*, at page 885, quoted with approval in *Bastien*, at paragraph 23. Nor is it limited to "the preservation of the traditional Indian way of life": *Bastien*, at paragraph 28.

[46] More positively, Justice Gonthier in *Williams* (at page 887) echoed a statement by Justice La Forest in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at page 131, that the purpose of section 87 is to determine whether the Indian holds the property in question "as part of the entitlement of an Indian *qua* Indian on the reserve"; as such, the property is protected from erosion by either taxation or seizure. Factors connecting the property to a reserve must be selected and weighed, he said, with this purpose in mind.

[47] This articulation of the purpose of section 87 seems to have been endorsed by the majority in *Bastien* (at paragraphs 21–23) subject to two caveats.

[48] First, the relatively narrow scope of the operative words of section 87, namely "personal property of an Indian ... situated on a reserve" [emphasis added], cannot be expanded by reference to a broader underlying statutory objective: *Bastien*, at paragraph 25. Second, section 87 should not be interpreted as limiting the protected property to that which is "integral to the life of the reserve or to the preservation of the traditional Indian way of life": *Bastien*, at paragraph 28.

[44] Pour déterminer si le revenu des appelants était situé sur la réserve, j'ai examiné et apprécié le poids qui devait être accordé aux facteurs pertinents à la lumière de l'objectif sous-jacent de l'article 87, tel que l'a formulé la Cour suprême du Canada.

a) *l'objet de l'article 87*

[45] Il est plus facile de dire ce que l'objet de l'article 87 n'est pas, que d'affirmer positivement ce qu'il est. Ainsi, il est bien établi qu'il ne vise pas à « conférer un avantage économique aux Indiens » : arrêt *Williams*, à la page 885, cité avec approbation dans l'arrêt *Bastien*, au paragraphe 23. Il ne se limite pas non plus à « la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens » : arrêt *Bastien*, au paragraphe 28.

[46] Plus positivement, dans l'arrêt *Williams* (à la page 887), le juge Gonthier a repris une déclaration que le juge La Forest a faite dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la page 131, selon laquelle l'article 87 a pour objet de déterminer si l'Indien détient les biens en question « en vertu des droits qu'il possède à titre d'Indien sur la réserve »; dans ce contexte, le bien est protégé contre toute érosion par voie de taxation ou de saisie. Les facteurs de rattachement du bien à une réserve doivent être choisis et soupesés, a-t-il déclaré, en tenant compte de cet objet.

[47] Cette formulation de l'objet de l'article 87 semble avoir été approuvée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Bastien* (aux paragraphes 21 à 23), sous réserve de deux mises en garde.

[48] D'abord, la portée relativement limitée des mots clés de l'article 87, à savoir « biens meubles d'un Indien [...] situés sur une réserve » [non souligné dans l'original], ne peut être augmentée par renvoi à un objectif sous-jacent plus général : arrêt *Bastien*, au paragraphe 25. Ensuite, l'article 87 ne devrait pas être interprété comme limitant les biens protégés à ceux qui font « partie intégrante de la vie sur la réserve ou de la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens » : arrêt *Bastien*, au paragraphe 28.



[49] However, it is difficult to determine whether the appellants' business income is situated on a reserve by asking if it is property held by an Indian "as part of the entitlement of an Indian *qua* Indian on the reserve".

[50] The reference to protection from erosion by taxation of "the entitlement of an Indian *qua* Indian" would seem to me more apt in the context of subsection 90(1) (personal property purchased by the Crown for, or given by the Crown under treaty, to Indians). Compare *Bastien* (at paragraph 53) where the Court stated that "commercial mainstream" was intended to identify property deemed by section 90 to be situated on a reserve.

[51] Absent a clearer sense of legislative objective, the juggling of multiple connecting factors is apt to result in arbitrary results. Nonetheless, our job is to apply the settled law to the facts before us as best we can.

[52] The concurring reasons of Justices Deschamps and Rothstein in *Bastien* provide assistance here when they say (at paragraph 72) that the basis for section 87 is "the Crown's duty to respect the ability of Aboriginal people to manage the economic development of their reserves." However, this does not mean that weight should be given to the fact that a taxpayer who lives on a reserve is likely to spend at least some of it there and thus enhance the reserve's economic development: *Dubé*, at paragraph 31; contrast the minority concurring opinion in *Bastien*, at paragraph 88.

(b) *type of property*

[53] The property in this case is income that the appellants earned from their fishing business in the taxation years in question. Since income is an intangible and has no physical location, where it is situated is largely

[49] Cependant, il est difficile de déterminer si le revenu d'entreprise des appelants est situé sur une réserve en se demandant s'il s'agit d'un bien détenu par un Indien « en vertu des droits qu'il possède à titre d'Indien sur la réserve ».

[50] La mention de la protection contre l'érosion par voie de taxation « des droits [qu'un Indien] possède à titre d'Indien » me semblerait plus appropriée dans le contexte du paragraphe 90(1) (biens meubles achetés par la Couronne pour les Indiens, ou donnés aux Indiens par la Couronne en vertu d'un traité). Comparer avec l'arrêt *Bastien* (au paragraphe 53), où la Cour a affirmé que l'expression « marché commercial » visait à aider à déterminer si un bien était réputé situé sur une réserve par application de l'article 90.

[51] Sans une idée plus précise de l'objectif législatif, le fait de jongler avec de multiples facteurs de rattachement peut donner lieu à des résultats arbitraires. Notre travail n'en consiste pas moins à faire de notre mieux pour appliquer le droit établi aux faits dont nous sommes saisis.

[52] Les motifs concordants que les juges Deschamps et Rothstein ont rédigés dans l'arrêt *Bastien* nous sont utiles en l'espèce en ce qu'ils indiquent (au paragraphe 72) que le fondement de l'article 87 réside dans l'« obligation [de la Couronne] de respecter [la] capacité [des Autochtones] de voir au développement économique des réserves », ce qui ne signifie pas, cependant, qu'il faut accorder de l'importance au fait que le contribuable qui vit dans une réserve risque d'y dépenser au moins une partie de son revenu, et donc de favoriser le développement économique de la réserve : arrêt *Dubé*, au paragraphe 31; il y a là contraste avec l'opinion concordante minoritaire exprimée dans l'arrêt *Bastien*, au paragraphe 88.

b) *le type de bien*

[53] En l'espèce, le bien est un revenu que les appelants ont tiré de leur entreprise de pêche au cours des années d'imposition en question. Étant donné que le revenu est un bien immatériel qui n'a pas d'emplacement

governed by the location of the activities from which the income arises.

[54] The appellants' fishing business comprises activities of broadly two kinds: first, preparing for fishing, catching fish, and preparing them for sale and transportation; second, the "business" aspects of the enterprise, especially the sale of and payment for the fish. Locating these activities will go a long way to determining whether the resulting income is situated on a reserve.

(c) *nature of taxation*

[55] Section 87 apart, the appellants' income from their fishing business was their profit from that business and would be included in their taxable income for that year by virtue of subsection 9(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

[56] Tax is imposed by reference to the source of a taxpayer's income, which, in this case, is the appellants' fishing business. This, too, indicates that the location of the fishing business will largely determine the location of the income earned from it.

(d) *residence of the taxpayers*

[57] Whether a taxpayer lives on a reserve is not necessarily a factor of great weight in connecting the taxpayer's income to a reserve. The applicability of section 87 depends on whether the property in question, not its owner, is situated on a reserve. However, the fact that a person claiming the benefit of the section does live on a reserve is not altogether irrelevant either. Much depends on the facts of the particular case: *Bastien*, at paragraphs 20–21.

[58] In my view, the fact that Mr. Robertson lives on-reserve is relevant as a connecting factor because many of the activities and transactions associated with

physique, la question de savoir où il est situé dépend en grande partie du lieu où sont situées les activités dont il découle.

[54] L'entreprise de pêche des appelants comporte en gros deux types d'activités : d'abord, se préparer pour la pêche, prendre du poisson et l'apprêter pour la vente et le transport; ensuite, les aspects « commerciaux » de l'entreprise, notamment la vente et le paiement du poisson. La localisation de ces activités permettra dans une large mesure de déterminer si le revenu en découlant est situé sur une réserve.

c) *la nature de la taxation*

[55] L'article 87 mis à part, le revenu que les appelants ont tiré de leur entreprise de pêche était leur profit tiré de cette entreprise et serait inclus dans leur revenu imposable pour cette année en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

[56] La taxe est imposée par rapport à la source du revenu du contribuable, qui, en l'espèce, est l'entreprise de pêche des appelants, ce qui indique également que l'emplacement de l'entreprise de pêche déterminera en grande partie l'emplacement du revenu tiré de celle-ci.

d) *la résidence des contribuables*

[57] La question de savoir si un contribuable vit dans une réserve n'est pas nécessairement un facteur d'une grande importance dans le rattachement du revenu du contribuable à une réserve. L'applicabilité de l'article 87 dépend de la question de savoir si le bien en question, et non son propriétaire, est situé sur une réserve. Toutefois, le fait que la personne qui cherche à se prévaloir de cet article vive effectivement dans une réserve n'est pas totalement dépourvu de pertinence non plus. Tout dépend des faits de chaque espèce : arrêt *Bastien*, aux paragraphes 20 et 21.

[58] À mon avis, le fait que M. Robertson vit dans la réserve est pertinent comme facteur de rattachement parce que plusieurs des activités et opérations associées

his fishing business—the source of the property in question—take place on the Reserve.

[59] Nonetheless, the fact that Mr. Saunders lives off-reserve does not preclude him from establishing that his business income is situated on a reserve: *Dubé*, at paragraphs 15–16. Nor, on the facts of this case, should his place of residence be taken as a clear indication that his income is situated off the Reserve: he lives near the Reserve, and conducts many of his fishing business activities there, as well as maintaining strong on-reserve family ties.

(e) *traditional way of life*

[60] In *Bastien* (at paragraph 28), the Court made it clear that the protection of section 87 is not limited to income earned in the course of activities that could be characterized as integral to a First Nation's traditional way of life. The application of section 87 should not be interpreted in a manner that limits the activities from which Indians may earn tax-exempt income to the past. At the same time, the Court did not categorically preclude consideration of this factor: see paragraph 28.

[61] In my opinion, the long history of commercial fishing in lakes near the Reserve by the First Nation and their ancestors, and its continuing importance to the economic, social, and cultural fabrics of the Reserve, is relevant to determining whether a sufficiently close connection exists between the Reserve and the source of the appellants' income. In my view, these considerations serve to strengthen the connection between the Reserve and the appellants' fishing business income, and thus tend towards situating the income on the Reserve.

[62] That the appellants' fishing business may have connections with markets off-reserve does not weaken the connection of the resulting income to the Reserve. In *Bastien* (at paragraphs 52–56), the Court firmly rejected the “false opposition” between income earned in the “commercial mainstream” and that earned from an activity that was “integral to the life of the reserve” [at

à son entreprise de pêche — la source du bien en question — étaient exercées sur la réserve.

[59] Cependant, le fait que M. Saunders vit hors réserve ne l'empêche pas d'établir que son revenu d'entreprise est situé sur la réserve : arrêt *Dubé*, aux paragraphes 15 et 16. Son lieu de résidence ne devrait pas non plus, selon les faits de l'espèce, être considéré comme indiquant clairement que son revenu est situé hors de la réserve : il vit près de la réserve et y exerce plusieurs de ses activités de pêche commerciales, et y maintient de solides liens familiaux.

e) *le mode de vie traditionnel*

[60] Dans l'arrêt *Bastien* (au paragraphe 28), la Cour a clairement indiqué que la protection offerte par l'article 87 ne se limite pas au revenu généré dans le cadre d'activités pouvant être considérées comme faisant partie intégrante du mode de vie traditionnel d'une Première Nation. L'application de l'article 87 ne devrait pas être interprétée de manière à limiter les activités dont les Indiens peuvent tirer un revenu exempté d'impôt à celles du passé. En même temps, la Cour n'a pas catégoriquement écarté la prise en compte de ce facteur : voir le paragraphe 28.

[61] À mon avis, le fait que la pêche commerciale est exercée depuis longtemps dans les lacs situés près de la réserve par les membres de la Première Nation et leurs ancêtres, et qu'elle continue à revêtir de l'importance pour les tissus économique, social et culturel de la réserve, est pertinent pour décider s'il existe un lien suffisamment étroit entre la réserve et la source du revenu des appelants. Selon moi, ces considérations renforcent le lien entre la réserve et le revenu d'entreprise de pêche des appelants, et tendent donc à situer le revenu sur la réserve.

[62] Le fait que l'entreprise de pêche des appelants puisse avoir des liens avec les marchés hors réserve n'affaiblit pas le lien entre le revenu en découlant et la réserve. Dans l'arrêt *Bastien* (aux paragraphes 52 à 56), la Cour a fermement rejeté la « [mise] en contraste, à tort » du revenu tiré d'activités du « marché ordinaire » et de celui tiré d'une activité « fai[sant] partie intégrante

paragraph 30], a distinction on which some previous cases had relied. Since the commercial nature of an income-generating activity does not preclude its being situated on a reserve, the Court indicated that property can be both in the commercial mainstream and connected (or even integral) to a reserve at the same time.

(f) *location of the business activities*

[63] As indicated earlier, the location of the source of the appellants' income is, in my opinion, a very important indicator of whether their income is situated on a reserve: compare *Williams*, at page 896 (location of employment income important in situating employment insurance benefits); *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269 (C.A), at paragraph 27 (previous and planned locations of employment important factors in situating employment income); *Bastien*, at paragraph 47 (location of source of capital relevant to situating income earned from investing it).

[64] The activities that comprise the appellants' business can be divided into two broad categories: those related principally to catching the fish, and those related principally to their sale.

1. Fishing

[65] The appellants' fishing activities are conducted partly on-reserve, and partly off-reserve. Most of the preparations necessary for a fishing trip take place on the Reserve: both appellants start out from the Reserve; hire helpers there; and keep their boats and fill them with gas there. Mr. Robertson also keeps and maintains his fishing gear there, while Mr. Saunders sometimes keeps and maintains his at his off-reserve home. The appellants are also able to obtain loans on the Reserve from the Co-op to purchase fishing equipment.

de la vie [sur] la réserve » [au paragraphe 30], une distinction sur laquelle se fondaient certaines décisions antérieures. Étant donné que la nature commerciale d'une activité génératrice de revenus ne l'empêche pas d'être située sur une réserve, la Cour a indiqué que le bien peut à la fois être généré sur le marché ordinaire et lié à une réserve (voire même en faire partie intégrante).

f) *le lieu où sont situées les activités commerciales*

[63] Comme je l'ai indiqué précédemment, l'emplacement de la source du revenu des appelants constitue, à mon avis, un indice très important pour savoir si leur revenu est situé sur une réserve : comparer avec l'arrêt *Williams*, à la page 896 (l'emplacement du revenu d'emploi est important pour situer les prestations d'assurance-emploi), l'arrêt *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269 (C.A), au paragraphe 27 (les emplacements antérieur et projeté de l'emploi sont des facteurs importants pour situer le revenu d'emploi) et l'arrêt *Bastien*, au paragraphe 47 (l'emplacement de la source du capital est pertinent pour situer le revenu tiré du placement de celui-ci).

[64] Les activités qui composent l'entreprise des appelants peuvent être divisées en deux grandes catégories : celles qui se rapportent principalement à la prise du poisson, et celles qui se rapportent principalement à la vente de celui-ci.

1. La prise du poisson

[65] Les activités de pêche des appelants s'exercent en partie sur la réserve, et en partie hors réserve. La plupart des activités de préparation nécessaires à un voyage de pêche ont lieu sur la réserve : les deux appelants partent de la réserve, y emploient des assistants, y gardent leurs bateaux et y font le plein d'essence. M. Robertson y conserve et entretient également ses engins de pêche, tandis que M. Saunders conserve et entretient parfois les siens à sa résidence située hors réserve. Les appelants peuvent également obtenir des prêts de la coopérative pour acheter de l'équipement de pêche sur la réserve.

[66] On the other hand, they catch their fish in lakes that are not part of the Reserve. However, the lakes are close to the Reserve and are traditional fishing destinations for the people of the Reserve; there are no lakes in reserves. The appellants prepare the catch at a fishing camp or in their boats. The camps are not on the Reserve, but are not far away. Approximately half the time they stay overnight at a camp. Otherwise, they return home at the end of day: Mr. Robertson to the Reserve, and Mr. Saunders to his off-reserve home.

[67] It does not seem to me to be very useful to ask where the appellants make the “business” decision as to where they will fish. The evidence is that sometimes they decide before they leave the Reserve, and sometimes while fishing.

[68] Thus, even though the appellants do not catch their fish on the Reserve, many of the activities surrounding the catching of fish are located on-reserve. When taken as a whole, these considerations, in my view, constitute no more than a weak indicator that the appellants’ fishing income is situated on a reserve.

## 2. Selling fish

[69] The appellants take their fish to a packing station, not far from the Reserve, where employees of the Co-op record the content and weight of the catch, and give them a receipt for it. Co-op employees also pack the fish in preparation for transportation. The packing stations are not on the Reserve, but are operated and staffed by the Co-op, an on-reserve institution. A trucking company collects the fish from a packing station and from the Co-op on the Reserve, and hauls them to Freshwater’s premises in Winnipeg. The appellants’ delivery of the fish to the Co-op thus takes place off-reserve, albeit at packing stations owned by the Co-op and operated by its employees.

[70] Although these aspects of the appellants’ business activities are not physically located on the Reserve, they are connected with the Reserve because of the important

[66] Par contre, ils prennent leur poisson dans des lacs qui ne font pas partie de la réserve, mais qui sont situés près de la réserve et constituent des destinations de pêche traditionnelles pour les gens de la réserve; il n’y a pas de lacs dans les réserves. Les appelants appréhendent le poisson dans des camps de pêche ou dans leurs bateaux. Les camps ne sont pas sur la réserve, mais pas très loin. Environ la moitié du temps, ils passent la nuit dans un camp. Sinon, ils retournent à la maison à la fin de la journée : M. Robertson sur la réserve, et M. Saunders à sa résidence située hors réserve.

[67] Il ne m’apparaît pas très utile de se demander où les appelants prennent la décision « commerciale » ayant trait au lieu où ils iront pêcher. La preuve révèle qu’ils prennent parfois cette décision avant de quitter la réserve, et parfois pendant qu’ils pêchent.

[68] Ainsi, même si les appelants ne prennent pas leur poisson sur la réserve, plusieurs des activités entourant la prise du poisson s’exercent sur la réserve. Prises dans leur ensemble, ces considérations, à mon avis, ne constituent rien de plus qu’un faible indice que le revenu de pêche des appelants est situé sur une réserve.

## 2. La vente du poisson

[69] Les appelants apportent leur poisson à un poste d’emballage, non loin de la réserve, où des employés de la coopérative enregistrent le contenu et le poids de leur prise et leur donnent un reçu pour celle-ci. Les employés de la coopérative emballent également le poisson en vue de son transport. Les postes d’emballage ne sont pas situés sur la réserve, mais sont exploités et dotés en personnel par la coopérative, une institution située sur la réserve. Une entreprise de camionnage ramasse le poisson au poste d’emballage et à la coopérative dans la réserve et le transporte aux installations de l’Office à Winnipeg. La livraison du poisson par les appelants à la coopérative se fait donc hors réserve, mais à des postes d’emballage appartenant à la coopérative et tenus par des employés de celle-ci.

[70] Bien que ces aspects des activités commerciales des appelants ne se trouvent pas physiquement dans la réserve, ils sont liés à la réserve en raison du rôle

role played by the Co-op as owner and operator of the packing stations.

[71] As far as the appellants are concerned, the process of selling the fish is complete when they are paid for their catch. Payment takes place at the Co-op's administration office, which is on the Reserve. However, this part of the transaction is relatively mechanical: the price is pre-determined by Freshwater; fishers are paid with funds provided to the Co-op by Freshwater; and the actual amount paid to individual fishers is based on the receipts issued to them at off-reserve packing stations by Co-op employees.

[72] Finally, I note that the appellants kept their business records at home. For Mr. Robertson, this meant on-reserve and for Mr. Saunders, off-reserve. They also do their business banking on the Reserve.

[73] The Crown says that, despite the various connections between the appellants' fishing business and the Reserve, identifying and locating the purchasers of the fish—the customers of the business—is an important factor in determining the location of the business and hence of the income produced from it. I agree.

[74] The Crown also goes on to argue that Freshwater purchases fish from the appellants through its agent, the Co-op. Freshwater determines the price paid to the appellants for their fish, provides the funds from which the Co-op pays them, and arranges for the fish purchased to be delivered to it in Winnipeg. Freshwater is not located on the Reserve. Moreover, the ultimate customers are the purchasers of the fish from Freshwater in national and international markets. Of course, they are not located on the Reserve either.

[75] As a matter of the private law of agency and the sale of goods, I agree that the appellants contract to sell the fish to Freshwater through the agency of the Co-op. In my opinion, however, the role of Freshwater is less important than the Crown contends in determining the location of the appellants' business activities and hence of their resulting income.

important que joue la coopérative en tant que propriétaire et exploitante des postes d'emballage.

[71] Quant aux appelants, le processus de vente du poisson prend fin lorsqu'ils sont payés pour leur prise. Le paiement s'effectue au bureau administratif de la coopérative, qui est situé sur la réserve. Cette partie de l'opération est cependant assez mécanique : le prix est déterminé à l'avance par l'Office; les pêcheurs sont payés à partir de fonds fournis à la coopérative par l'Office; et la somme réelle payée aux pêcheurs individuellement est fondée sur les reçus qui leur sont remis par les employés de la coopérative aux postes d'emballage situés hors réserve.

[72] Je signale enfin que les appelants conservaient leurs registres commerciaux à leur résidence. Pour M. Robertson, cela signifiait sur la réserve, et pour M. Saunders, hors réserve. Ils effectuent également leurs opérations bancaires commerciales sur la réserve.

[73] La Couronne affirme que, malgré les nombreux liens qui existent entre l'entreprise de pêche des appelants et la réserve, l'identification et la localisation des acheteurs du poisson — les clients de l'entreprise — est un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer l'emplacement de l'entreprise, et donc du revenu tiré de celle-ci. Je suis d'accord.

[74] La Couronne ajoute que l'Office achète du poisson des appelants par l'intermédiaire de sa mandataire, la coopérative. L'Office fixe le prix payé aux appelants pour leur poisson, fournit les fonds à partir desquels la coopérative les paie, et fait le nécessaire pour que le poisson acheté lui soit livré à Winnipeg. L'Office n'est pas situé sur la réserve. En outre, les clients ultimes sont ceux qui achètent le poisson de l'Office sur les marchés nationaux et internationaux. Ils ne sont évidemment pas situés sur la réserve non plus.

[75] Sur le plan du droit privé du mandat et de la vente, je conviens que les appelants passent un contrat pour vendre le poisson à l'Office par l'entremise de la coopérative. J'estime cependant que le rôle de l'Office est moins important que ne le prétend la Couronne dans la détermination de l'emplacement des activités commerciales des appelants, et donc de leur revenu en découlant.

[76] First, it is immaterial that the ultimate customers, that is, those who buy from Freshwater, have no connection with a reserve. What Freshwater does with the fish after taking delivery has relatively little direct impact on the amount that the appellants are paid.

[77] This is because the price of fish is set by Freshwater before the fishing season begins, and is based on its prediction of the market prices of various species of fish in the coming year. The purchase price received by the fishers was 85 percent of this figure; market fluctuations in the price received by Freshwater, and the quantity of fish that it was able to sell, thus could have only a minor direct impact on the income received by the fishers in that year.

[78] Of course, the price paid to the fishers is indirectly related to projected prices for fish on national and international markets: last year's actual market price will generally be an important factor in predicting the price for the coming season.

[79] In this respect, the facts of the present case are analogous to those in *Bastien*, where the Indian's investment income was determined directly by the terms of the deposit with the on-reserve financial institution, and only indirectly by the rates of return that the institution could obtain by investing its funds in the financial markets. Accordingly, the Court stated (at paragraphs 60–61), the fact that the institution invested its funds in the market was less important in determining the location of Mr. Bastien's investment income than the fact that he had a contract with the on-reserve financial institution, because his investment income flowed directly from the terms of that contract.

[80] Hence, Justice Cromwell said in *Bastien* (at paragraph 61), “the other commercial activities of the [financial institution] should have been given no weight”. This is equally applicable to the commercial activities of Freshwater in the present case.

[81] Second, to characterize the Co-op simply as the purchasing agent for Freshwater substantially distorts its importance to the general economic life of the Reserve

[76] Premièrement, il importe peu que les clients ultimes, c'est-à-dire ceux qui achètent de l'Office, n'aient aucun lien avec la réserve. Ce que l'Office fait avec le poisson après en avoir pris livraison a relativement peu d'incidence directe sur la somme payée aux appelants.

[77] Il en est ainsi parce que le prix du poisson est fixé par l'Office avant que la saison de pêche commence et qu'il est fondé sur sa prévision des prix du marché de différentes espèces de poisson pour l'année à venir. Le prix d'achat reçu par les pêcheurs équivalait à 85 p. 100 de ce chiffre; les fluctuations sur le marché du prix reçu par l'Office et la quantité de poisson qu'il a réussi à vendre ne pouvaient donc avoir qu'une incidence directe minime sur le revenu reçu par les pêcheurs cette année-là.

[78] Bien entendu, le prix payé aux pêcheurs est indirectement lié aux prix prévus du poisson sur les marchés nationaux et internationaux : le prix du marché réel de l'année précédente constitue généralement un facteur important dans la prévision du prix pour la saison à venir.

[79] À cet égard, les faits de la présente affaire ressemblent à ceux de l'affaire *Bastien*, où le revenu de placements des Indiens était déterminé directement par les conditions du dépôt auprès de l'institution financière située sur la réserve, et indirectement seulement par les taux de rendement que l'institution pouvait obtenir en plaçant ses fonds sur les marchés financiers. La Cour a donc affirmé (aux paragraphes 60 et 61) que le fait que l'institution plaçait ses fonds sur le marché était moins important pour déterminer l'emplacement du revenu de placements de M. Bastien que le fait qu'il avait un contrat avec l'institution financière située sur la réserve, parce que son revenu de placements découlait directement des conditions de ce contrat.

[80] C'est pourquoi le juge Cromwell a affirmé, dans l'arrêt *Bastien* (au paragraphe 61), qu'il « ne fallait pas accorder d'importance aux autres activités commerciales de [l'institution financière] », ce qui s'applique également aux activités commerciales de l'Office en l'espèce.

[81] Deuxièmement, qualifier la coopérative de simple mandataire de l'Office aux fins de l'achat dénature considérablement son importance pour la vie économique

(to which it is the biggest contributor after the federal government) and to commercial fishing in particular by members of the First Nation, including the appellants.

[82] For example, the Co-op controls the quota (and thereby controls the fishers' income); it provides financial support through loans for the purchase of boats and other items needed for fishing; it operates the packing stations and issues receipts for the fish delivered by the fishers; it administers the funds provided by Freshwater and pays the fishers for their catch; it facilitates fishers in hiring helpers on the Reserve by assuming responsibility for their payment and debiting the fishers' accounts for the amounts paid; and, most important, it represents the interests of the fishers in dealing with Freshwater.

[83] The Co-op is thus a critically important institution in the economic life of the Reserve and pre-dates Freshwater. Its activities permeate all aspects of commercial fishing by its members, from the provision of interest-free loans for the purchase of boats and other fishing equipment, to representing the interests of fishers in negotiations with Freshwater.

[84] It is clear from the evidence that although the appellants were aware that the fish they caught were eventually taken by Freshwater and sold to its customers off-reserve, all their business dealings were with the Co-op. From the perspective of the fishers, the Co-op bought their fish and paid them for their catch. As the Judge put it (at paragraph 68) in reference to Mr. Robertson's evidence:

From his perspective, his connection to the Co-op on the reserve was an integral part of the activity in which he was engaged. Indeed, it was the beginning and end of his commercial world. [Emphasis added.]

As the Supreme Court has stated in other Aboriginal rights contexts, the Aboriginal perspective is always important: see, for example, *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at paragraphs 49–50; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraphs 81–82; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at paragraph 19.

générale de la réserve (à laquelle elle contribue le plus après le gouvernement fédéral) et pour la pratique de la pêche commerciale, en particulier, par des membres de la Première Nation, y compris les appelants.

[82] Par exemple, la coopérative contrôle les quotas (et donc le revenu des pêcheurs), apporte un soutien financier au moyen de prêts pour l'achat de bateaux et d'autres articles nécessaires à la pêche, exploite les postes d'emballage et émet les reçus pour le poisson livré par les pêcheurs, gère les fonds fournis par l'Office et paie les pêcheurs pour leur prise, aide les pêcheurs à engager des assistants sur la réserve en s'occupant du paiement de ceux-ci et en débitant les comptes des pêcheurs des sommes payées, et surtout, représente les intérêts des pêcheurs dans leurs rapports avec l'Office.

[83] La coopérative est donc une institution d'importance capitale pour la vie économique de la réserve qui date d'avant l'Office. Ses activités imprègnent tous les aspects de la pratique de la pêche commerciale par ses membres, de l'octroi de prêts sans intérêt pour l'achat de bateaux et d'autres articles de pêche à la représentation des intérêts des pêcheurs dans les négociations avec l'Office.

[84] Il ressort clairement de la preuve que, même si les appelants savaient que le poisson qu'ils pêchaient serait éventuellement pris par l'Office et vendu à des clients hors réserve, toutes leurs opérations commerciales se faisaient avec la coopérative. Du point de vue des pêcheurs, la coopérative achetait leur poisson et les payait pour leur prise. Comme le juge l'a affirmé (au paragraphe 68) au sujet du témoignage de M. Robertson :

Le lien que M. Robertson avait avec la coop dans la réserve, selon sa perspective, faisait partie intégrante de l'activité dans laquelle il était engagé. De fait, c'était le début et la fin du monde commercial de M. Robertson. [Non souligné dans l'original.]

Comme la Cour suprême l'a affirmé dans d'autres contextes liés aux droits ancestraux, la perspective autochtone est toujours importante : voir, par exemple, *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, aux paragraphes 49 et 50; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, aux paragraphes 81 et 82; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, au paragraphe 19.



[85] On the basis of these facts, I am satisfied that the business activities of the appellants associated with their fishing business are situated on the Reserve.

#### F. CONCLUSIONS

[86] Having considered all the above factors, I have concluded that the business income earned by the appellants from commercial fishing is situated on the Reserve and is therefore not subject to income tax by virtue of section 87. The role played by the Co-op, an on-reserve institution, in the fishing business of its members, nearly all of whom live on the Reserve, to my mind, firmly anchors the appellants' business activities to the Reserve.

[87] The fact that the appellants catch and deliver their fish off-reserve may not assist in locating their business on-reserve. However, in my opinion, it does not locate their business off-reserve. Members of the First Nation have long fished commercially in the lakes abutting or near to the Reserve; they cannot fish on the Reserve itself; the packing stations are run by the Co-op; they keep their boats on the Reserve, and set out from there to fish.

[88] Finally, the appellants' income from the employment insurance benefits they received was also situated on a reserve in the years in question, largely because that was the *situs* of their qualifying activities: *Williams*, at pages 896–897.

[89] For all these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[85] Compte tenu de ces faits, je suis convaincu que les activités commerciales liées à l'entreprise de pêche des appelants sont situées sur la réserve.

#### F. CONCLUSIONS

[86] Après avoir tenu compte de l'ensemble des facteurs susmentionnés, je suis arrivé à la conclusion que le revenu d'entreprise que les appelants ont tiré de la pêche commerciale est situé sur la réserve et n'est donc pas assujéti à l'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87. Le rôle que joue la coopérative, une institution située sur la réserve, dans l'entreprise de pêche de ses membres, dont la plupart vivent dans la réserve, fixe solidement, à mon sens, les activités commerciales des appelants à la réserve.

[87] Le fait que les appelants prennent et livrent leur poisson à l'extérieur de la réserve n'aide peut-être pas à situer leur entreprise sur la réserve, mais j'estime qu'il n'a pas pour effet de la situer à l'extérieur de la réserve. Les membres de la Première Nation pratiquent depuis longtemps la pêche commerciale dans les lacs contigus ou situés près de la réserve; ils ne peuvent pas pêcher sur la réserve elle-même; les postes d'emballage sont exploités par la coopérative; ils conservent leurs bateaux sur la réserve, et partent de là pour aller pêcher.

[88] Enfin, le revenu des appelants découlant des prestations d'assurance-emploi qu'ils ont reçues était également situé sur la réserve pour les années en question, en grande partie parce qu'il s'agissait du *situs* de leurs activités admissibles : arrê *Williams*, aux pages 896 et 897.

[89] Pour tous ces motifs, je rejeterais les appels avec dépens.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

\* \* \*

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

[90] PELLETIER J.A. : I have read my colleague's carefully drafted reasons. He has analysed, as the Supreme Court has told us we must, the issue of the *situs* of the appellants' business income in the light of the connecting factors which have been identified at various times in the jurisprudence. I agree with the conclusion he has reached on the basis of his analysis.

[91] In my view, there is a much more direct route to the same conclusion and it is this. While the objective of section 87 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, is far from clear, one can say that it must have been intended to protect or enhance Indians' economic interest in their reserve. Because income is intangible property, the application of section 87 requires one to connect the income in issue with a reserve. In this case, the issue is the taxation of business income of residents of a northern reserve, income generated by commercial fishing, one of the few business activities open to residents of that reserve.

[92] In my view, the connection to the reserve required by section 87 and the jurisprudence which it has spawned is supplied by the relationship between the business activity and the location and attributes of the reserve. In this case, the appellants are engaged in a business activity that is indigenous to their remote northern reserve. The application of section 87 should not be divorced from the reality of Indian reserve life. The inquiry required by section 87 should focus on the business opportunities available to these appellants, living where they live, exercising the skills they have. If section 87 is intended to protect, in some undefined way, the economic patrimony of Indians in relation to their reserves, I can think of no circumstances in which its application would be more appropriate than it is in this case.

[90] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : J'ai lu les motifs soigneusement rédigés de mon collègue. Il a analysé, comme la Cour suprême nous a dit que nous devons le faire, la question du *situs* du revenu d'entreprise des appelants à la lumière des facteurs de rattachement qui ont été énoncés à plusieurs reprises dans la jurisprudence. Je souscris à la conclusion qu'il a tirée à la suite de son analyse.

[91] À mon avis, il existe un chemin beaucoup plus court pour arriver à la même conclusion, et le voici. S'il est vrai que l'objet de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, est loin d'être clair, on peut affirmer qu'il doit avoir été destiné à protéger ou favoriser l'intérêt économique des Indiens dans leur réserve. Étant donné que le revenu est un bien immatériel, l'application de l'article 87 nécessite que l'on rattache le revenu en question à une réserve. En l'espèce, le litige porte sur la taxation du revenu d'entreprise de résidents d'une réserve du nord, revenu généré par la pêche commerciale, une des rares activités commerciales que peuvent exercer les résidents de cette réserve.

[92] À mon avis, le lien avec la réserve exigé par l'article 87 et la jurisprudence qu'il a engendrée se trouve dans la relation qui existe entre l'activité commerciale et l'emplacement et les attributs de la réserve. En l'espèce, les appelants se livrent à une activité commerciale qui est propre à leur réserve éloignée du nord. L'application de l'article 87 ne peut être dissociée de la réalité de la vie dans une réserve indienne. L'analyse exigée par l'article 87 doit être axée sur les occasions d'affaires qui s'offrent aux appelants, dans le lieu où ils vivent, en fonction des habiletés qu'ils ont acquises. Si l'article 87 vise à protéger d'une quelconque façon le patrimoine économique des Indiens relatif à leurs réserves, je ne puis imaginer de circonstances dans lesquelles son application serait plus appropriée qu'elle ne l'est en l'espèce.

IMM-5890-11  
2012 FC 262

IMM-5890-11  
2012 CF 262

**Erik Feimi** (*Applicant*)

**Erik Feimi** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Martineau J.—Winnipeg, February 15; Ottawa February 27, 2012.

Cour fédérale, juge Martineau—Winnipeg, 15 février; Ottawa, 27 février 2012.

\* Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-90-12, 2012 FCA 325), reasons for judgment handed down December 7, 2012.

\* Note de l'arrêstiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-90-12, 2012 CAF 325), les motifs du jugement ayant été prononcés le 7 décembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Board) excluding applicant from refugee protection pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 98, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) — Applicant, Albanian, sentenced in Greece for murder — Detained by immigration authorities upon arrival in Canada as refugee — Becoming eligible to present refugee claim following determination by Citizenship and Immigration Canada applicant not danger to public — Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (MPSEP) obtaining applicant's exclusion on basis of serious non-political crime — Whether MPSEP able to seek exclusion of refugee claimant following negative danger opinion; whether Board may consider rehabilitation, negative danger opinion where exclusion sought — MPSEP entitled to seek exclusion — Positive eligibility not final determination on whether exclusion clauses applying — IRPA, s. 170(e) allowing MPSEP to intervene in refugee proceeding — Nature, effects of determinations at eligibility, refugee hearing, pre-removal risk assessment stages different — Board not erring in not considering rehabilitation, current dangerousness — Correctly identifying core question of whether applicant committing serious non-political crime — Rehabilitation, dangerousness not probative — Board decision reasonable — Questions certified as to whether MPSEP can seek exclusion following negative danger opinion, whether relevant for Board to consider rehabilitation, dangerousness when applying Article 1F(b) — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui a refusé l'asile au demandeur, en application de l'art. 98 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Le demandeur, un Albanais, a été condamné en Grèce pour meurtre — Il a été détenu par les autorités de l'immigration à son arrivée au Canada en tant que réfugié — Il est devenu admissible à présenter une demande d'asile consécutivement à la conclusion de Citoyenneté et Immigration Canada qu'il ne représente pas un danger pour le public — Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (MSPPC) a obtenu l'exclusion du demandeur au motif qu'il a commis un crime grave de droit commun — Il s'agissait de savoir si le MSPPC était en mesure de demander l'exclusion du demandeur d'asile après avoir conclu que le demandeur ne constituait pas un danger et si la Commission peut tenir compte de la réadaptation et de l'avis selon lequel le demandeur ne constitue pas un danger lorsqu'il y a demande d'exclusion — Le MSPPC avait le droit de demander l'exclusion — Une décision favorable quant à la recevabilité ne peut être considérée en elle-même comme une décision définitive sur la question de savoir si les clauses d'exclusion s'appliquent — L'art. 170e) de la LIPR permet au MSPPC d'intervenir dans un dossier de réfugié — La nature et les effets des décisions prises aux étapes de la recevabilité, de l'audience sur la demande d'asile et de l'examen des*

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board (Board) excluding the applicant from refugee protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention).

The applicant, a citizen of Albania, was convicted and sentenced to imprisonment in Greece for the murder of a man who had attacked his sister. He was sent back to Albania but could no longer live there because the homicide had started a blood feud. Upon his arrival in Canada as a refugee, the applicant informed immigration authorities of his story and was placed under detention. The applicant became eligible to present a refugee protection claim after Citizenship and Immigration Canada (CIC) determined that he was not a danger to the public. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (MPSEP) obtained the applicant's exclusion from refugee protection on the basis that he committed a serious non-political crime outside Canada prior to his admission as a refugee pursuant to Article 1F(b).

The applicant contended, *inter alia*, that the legislative scheme does not allow the MPSEP to intervene at the refugee determination stage and seek a claimant's exclusion when CIC has previously denied a request for a danger opinion at the eligibility stage under IRPA. The applicant also submitted that the Board erred in law by refusing to consider relevant post-commission evidence when determining whether he committed a "serious non-political crime" outside Canada.

At issue was whether the MPSEP can seek the exclusion of a refugee claimant when CIC has made a negative danger opinion; whether rehabilitation and a negative danger opinion can be considered by the Board where exclusion is sought by

*risques avant renvoi sont différents — La Commission n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte de la réadaptation du demandeur ou du danger qu'il représente actuellement pour le public — La Commission a correctement défini la question fondamentale de savoir si le demandeur a commis un crime grave de droit commun — La réadaptation et le danger n'ont pas de valeur probante — La décision de la commission était raisonnable — Des questions ont été certifiées quant à savoir si le MSPPC peut demander l'exclusion après avoir conclu que le demandeur ne constitue pas un danger et si, en appliquant l'art. 1F(b), la Commission devait considérer la réadaptation du demandeur et le danger qu'il pouvait représenter — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui a refusé l'asile au demandeur, en application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (Convention).

Le demandeur, un citoyen de l'Albanie, a été reconnu coupable et condamné à une peine d'emprisonnement en Grèce pour avoir assassiné un homme qui avait agressé sa sœur. Il a été renvoyé en Albanie, mais il ne pouvait plus y vivre parce que l'homicide avait déclenché une vendetta. Dès son arrivée au Canada en tant que réfugié, le demandeur a informé les autorités de l'immigration de son histoire et a été placé en détention. Le demandeur a pu présenter une demande d'asile après que Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) eut conclu qu'il ne constituait pas un danger pour le public. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (MSPPC) a refusé l'asile au demandeur parce qu'il avait commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugié en vertu de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention.

Le demandeur a prétendu, entre autres, que le régime législatif actuel ne permet pas au MSPPC d'intervenir à l'étape de la détermination du statut de réfugié et de demander l'exclusion d'un demandeur quand CIC a auparavant refusé de délivrer un avis de danger à l'étape de la recevabilité, conformément à la LIPR. Le demandeur a également fait valoir que la Commission a commis une erreur de droit en refusant de considérer des éléments de preuve postérieurs à la perpétration du crime qui étaient pertinents quand elle a déterminé si le demandeur avait commis un crime « grave de droit commun » en dehors du Canada.

Il s'agissait de savoir si le MSPPC peut demander l'exclusion d'un demandeur d'asile quand CIC a déterminé que le demandeur ne constitue pas un danger; si la Commission peut tenir compte de la réadaptation et de l'avis selon lequel

the MPSEP; and whether the Board's final determination of exclusion was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The MPSEP was entitled in law to seek exclusion of the refugee protection on the basis of Article 1F(b), despite the existence of a negative danger opinion at the eligibility stage. A positive eligibility determination in itself cannot be a final determination on the question of whether one of the exclusion clauses in the Convention and IRPA apply, whether there has been a danger opinion or not. Moreover, paragraph 170(e) of IRPA specifically allows the MPSEP to intervene in a refugee proceeding and seek the exclusion of a claimant. Refugee protection and protection at the pre-removal risk assessment (PRRA) stage are not necessarily the same and differences appear when section 98 is compared with sections 112 and 113 of IRPA. Even if the same underlying criminal conduct is relevant, the nature and effects of the determinations at the eligibility, the refugee hearing and the PRRA stages are made on a different set of applicable principles and legislative provisions.

The Board did not err in not considering factors relating to rehabilitation or to current dangerousness. The Board correctly identified in its reasons the core question of whether the applicant committed a serious non-political crime outside Canada prior to coming to Canada. The presumption of seriousness is not absolute and can be rebutted by assessing all the surrounding circumstances described in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, including the mitigating and aggravating circumstances, which go to the nature of the crimes committed, not to the applicant's rehabilitation. Rehabilitation and current dangerousness are not probative in determining whether or not the applicant committed a non-political crime. There was no reason to depart from the case law that circumscribed the scope of the mitigating and aggravating circumstances. Finally, it was reasonable for the Board to conclude, on the whole of the evidence, that the applicant committed a serious non-political crime before coming to Canada, and should accordingly be excluded.

Questions were certified as to whether the MPSEP can seek exclusion at a refugee protection hearing of the Board based on the same underlying criminal conduct on which a danger opinion was unsuccessfully sought, and whether it is relevant for the Board to consider a refugee claimant's rehabilitation

le demandeur ne constitue pas un danger quand le MSPPC demande l'exclusion; et si la décision d'exclusion prise finalement par la Commission était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le MSPPC était autorisé par la loi à demander l'exclusion du demandeur en vertu de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, malgré l'avis de danger négatif qui avait été rendu à l'étape de la recevabilité. Une décision favorable quant à la recevabilité ne peut constituer une décision définitive sur la question de savoir si l'une des clauses d'exclusion de la Convention et de la LIPR s'applique, qu'il y ait eu ou non un avis de danger. De plus, l'alinéa 170e) de la LIPR permet expressément au MSPPC d'intervenir dans un dossier de réfugié et de demander l'exclusion d'un demandeur. La protection des réfugiés et la protection à l'étape de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) ne sont pas nécessairement les mêmes, et la comparaison de l'article 98 avec les articles 112 et 113 de la LIPR fait ressortir des différences. Si la même conduite criminelle sous-jacente est pertinente, la nature et les effets des décisions prises aux étapes de la recevabilité, de l'audience sur la demande d'asile et de l'ERAR dépendent d'un ensemble différent de principes et de dispositions législatives applicables.

La Commission n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte de la réadaptation du demandeur ou du danger qu'il représente actuellement. Le Conseil a correctement défini dans ses motifs la question fondamentale de savoir si le demandeur a commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada avant de venir au Canada. La présomption de gravité n'est pas absolue et peut être réfutée par l'évaluation de l'ensemble des circonstances de l'affaire décrites dans *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, y compris les circonstances atténuantes et aggravantes quant à la nature des crimes commis et non quant à la réadaptation du demandeur. La réadaptation et l'actualité du danger n'ont pas de valeur probante pour ce qui est de la question de savoir si le demandeur a commis un crime de droit commun. Il n'y avait aucune raison en droit de s'écarter de la jurisprudence qui circonscrit la portée des circonstances atténuantes et aggravantes. Finalement, il était raisonnable pour la Commission de conclure, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que le demandeur a commis un crime grave de droit commun avant de venir au Canada, et devrait donc être exclu.

Des questions ont été certifiées quant à savoir si le MSPPC peut demander l'exclusion dans le cadre d'une audience de la Commission en se fondant sur la même conduite criminelle sous-jacente que celle sur laquelle a reposé sans succès la demande d'avis de danger, et si la Commission devrait

and his dangerousness to the public when applying Article 1F(b) of the Convention.

considérer la réadaptation du demandeur et le danger qu'il représente pour le public en appliquant l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 98, 101, 112, 113, 170.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98, 101, 112, 113, 170.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164, 305 D.L.R. (4th) 630, 76 Imm. L.R. (3d) 159, affg 2008 FC 238, 324 F.T.R. 62; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1; *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304, 243 D.L.R. (4th) 385, 37 Imm. L.R. (3d) 163; *Martinez Cuero v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 191, 405 F.T.R. 191; *Rojas Camacho v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 789; *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, 229 D.L.R. (4th) 235, 32 Imm. L.R. (3d) 1.

##### REFERRED TO:

*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 35, [2012] 4 F.C.R. 3, 330 D.L.R. (4th) 670, 93 Imm. L.R. (3d) 167; *Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 525, (1998), 148 F.T.R. 296 (T.D.); *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.); *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302, (1979), 31 N.R. 34 (C.A.); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.).

#### AUTHORS CITED

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164, confirmant 2008 CF 238; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304; *Martinez Cuero c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 191; *Rojas Camacho c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 789; *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1103; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 35, [2012] 4 R.C.F. 3; *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 525 (1<sup>re</sup> inst.); *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.); *Maldonado c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL).

#### DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer*

*Refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.* Geneva, reedited January 1992.

*pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés.* Genève, réédition janvier 1992.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board (*X (Re)*, 2011 CanLII 98759) excluding the applicant from refugee protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2011 CanLII 98759) qui a refusé l'asile au demandeur, en application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Demande rejetée.

#### APPEARANCES

*David Matas* for applicant.  
*Sharlene Telles-Langdon* and *Alexander Menticoglou* for respondent.

#### ONT COMPARU

*David Matas* pour le demandeur.  
*Sharlene Telles-Langdon* et *Alexander Menticoglou* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*David Matas*, Winnipeg, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*David Matas*, Winnipeg, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] MARTINEAU J.: The applicant challenges the legality of the decision of the Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board (the Board), dated July 26, 2011 [*X (Re)*, 2011 CanLII 98759], excluding him from refugee protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention).

[1] LE JUGE MARTINEAU : Le demandeur conteste la légalité d'une décision datée du 26 juillet 2011, par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [*X (Re)*, 2011 CanLII 98759] lui a refusé l'asile, en application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention).

#### BACKGROUND

[2] The applicant is a 43-year-old citizen of Albania who moved to Greece with other members of his family for work in 1990. On the night of September 4, 1996, the applicant was arrested in Hydra, Greece, and charged with murder of another Albanian citizen in a fit of anger,

#### CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen de l'Albanie âgé de 43 ans qui a déménagé en Grèce avec d'autres membres de sa famille en 1990 pour y travailler. Le soir du 4 septembre 1996, le demandeur a été arrêté à Hydra, en Grèce, et accusé du meurtre dans un accès de colère

carrying arms without a licence, and illegal use of arms. That night, the applicant had gone to fetch his sister from the hotel where she worked when he found this other man sexually assaulting his sister. The applicant intervened and during an altercation between the two men, the applicant stabbed the aggressor with a pocket-knife. The man walked away from the fight but he died of his injuries later that night.

[3] On May 12, 1997, the applicant was convicted on each of three charges and was sentenced to a total of 12 years and 6 months' imprisonment reduced for time served to 11 years, 9 months and 22 days. On appeal, the sentence was reduced to 11 years and 6 months' imprisonment. The applicant was released on June 11, 2003, after having served half of the original sentence in a prison in Larissa, Greece. He was driven back to the Albanian border on June 23, 2003. However, the applicant and his family were allegedly no longer able to live in Albania because the homicide had started a blood feud between the aggressor's family and the applicant's family. After a long travel across Europe, the applicant arrived in Canada with a false Greek passport on December 21, 2004.

[4] The applicant's sister and two brothers, as well as his wife and 11-year-old daughter have been granted refugee status in Canada. The applicant's parents have been sponsored by their children and are permanent citizens in Canada as well. Upon his arrival in Canada, the applicant informed immigration authorities of his entire story and was under detention until January 2007 when the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board allowed the applicant's release subject to terms and conditions. In the meantime, the determination of the applicant's refugee protection claim was delayed pending disposition of a request made on June 1, 2005, by Canada Border Services Agency (CBSA) of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (MPSEP), seeking an opinion from the Minister of Citizenship and Immigration (MCI) whether the applicant was a danger to the public in Canada.

[5] By decision dated January 4, 2007 (the danger opinion), the MCI determined the applicant not to be a danger to the public, considering that the applicant was not "prone to further violence although he has committed

d'un autre citoyen albanais, de port d'armes sans permis et d'utilisation illicite d'armes. Ce soir-là, le demandeur allait prendre sa sœur à l'hôtel où elle travaillait quand il l'a vue se faire agresser sexuellement par cet homme. Le demandeur est intervenu et, pendant l'altercation, il a poignardé l'agresseur avec un canif. Ce dernier s'est enfui, mais il est mort de ses blessures plus tard le même soir.

[3] Le 12 mai 1997, le demandeur a été reconnu coupable à chacun des trois chefs d'accusation et condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans et 6 mois, réduite à 11 ans, 9 mois et 22 jours en raison du temps déjà passé en détention. La peine a été révisée en appel et réduite à 11 ans et 6 mois d'emprisonnement. Le demandeur a été libéré le 11 juin 2003, après avoir purgé la moitié de sa peine initiale dans une prison de Larissa, en Grèce. Il a été reconduit à la frontière de l'Albanie le 23 juin 2003. Toutefois, semble-t-il, le demandeur et sa famille ne pouvaient plus vivre en Albanie parce que l'homicide avait déclenché une vendetta entre la famille de l'agresseur et celle du demandeur. Après avoir traversé l'Europe, le demandeur est arrivé au Canada muni d'un faux passeport grec le 21 décembre 2004.

[4] La sœur et les deux frères du demandeur, ainsi que sa femme et sa fille de 11 ans, ont obtenu l'asile au Canada. Les parents du demandeur ont été parrainés par leurs enfants et sont aussi des résidents permanents du Canada. À son arrivée au Canada, le demandeur a raconté toute son histoire aux autorités de l'immigration. Détenu jusqu'en janvier 2007, il a ensuite été libéré sous conditions par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Entre-temps, la décision concernant la demande d'asile a été retardée jusqu'à l'issue d'une demande faite le 1<sup>er</sup> juin 2005 par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), laquelle relève du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (MSPPC), qui voulait obtenir l'avis du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) sur le danger que représentait le demandeur pour le public au Canada.

[5] Dans une décision datée du 4 janvier 2007 (l'avis de danger), le MCI a déterminé que le demandeur ne représentait pas un danger pour le public, estimant que le demandeur n'était pas prédisposé à commettre



a serious crime in the past”. As a result, the applicant became eligible to present a refugee protection claim. On March 22, 2010, the MPSEP gave notice to the applicant of its intention to intervene in his refugee protection claim before the Board, seeking the applicant’s exclusion from refugee protection on the basis that he has “committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee” (Article 1F(b) of the Convention). It is on this basis that the Board rejected the applicant’s asylum claim, leading to the present judicial review.

#### STANDARD OF REVIEW AND DETERMINATION

[6] The Board’s determination on whether an applicant is a person described in Article 1F(b) of the Convention involves questions of mixed fact and law, and, as such, should normally be reviewed against the standard of reasonableness (*Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164 (*Jayasekara*), at paragraph 14, approving 2008 FC 238, 324 F.T.R. 62, at paragraph 10). In the course of discussion concerning the standard of reasonableness, the Supreme Court of Canada explained that it relates to “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” and also with “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[7] A reviewing court will normally refrain from substituting its own view to the interpretation of the administrative tribunal home statute, but there is a number of exceptions: where the question raised is constitutional, of central importance to the legal system, or where it demarcates the tribunal’s authority from that of another specialised tribunal (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 37). In the case at bar, the Board was not specifically asked to answer any of the questions of general importance, below, of the applicant and there is no real discussion or analysis in its reasons of the arguments of law made by the parties with respect to the general interpretation and application of

d’autres actes violents même s’il avait déjà perpétré un crime grave dans le passé. Le demandeur pouvait donc présenter une demande d’asile. Le 22 mars 2010, le MSPPC a informé le demandeur de son intention d’intervenir devant la Commission et de demander à celle-ci de refuser l’asile au demandeur parce qu’il avait « commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être [admis] comme [réfugié] », aux termes de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention. C’est sur ce fondement que la Commission a rejeté la demande d’asile du demandeur, qui fait l’objet du présent contrôle judiciaire.

#### NORME DE CONTRÔLE ET DÉTERMINATION

[6] Pour déterminer si le demandeur est une personne visée à la l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention, la Commission doit examiner des questions mixtes de fait et de droit qui doivent, à ce titre, être généralement contrôlées selon la norme de la décision raisonnable (*Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164 (*Jayasekara*), au paragraphe 14, approuvant la décision 2008 CF 238, au paragraphe 10). En parlant de la norme de la décision raisonnable, la Cour suprême du Canada a expliqué que le caractère raisonnable tenait « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

[7] La cour de révision s’abstiendra normalement de substituer sa propre opinion quant à l’interprétation de la loi constitutive du tribunal administratif, sauf lorsque la question soulevée est constitutionnelle, revêt une importance capitale pour le système juridique ou délimite la compétence du tribunal concerné par rapport à celle d’un autre tribunal spécialisé (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 37). En l’espèce, la Commission n’était pas expressément chargée de répondre à l’une ou l’autre des questions d’importance générale du demandeur qui figurent ci-dessous, et ses motifs ne contiennent aucune vraie discussion ou analyse des arguments de droit avancés

either Article 1F(b) of the Convention, or sections 98, 101, 112, 113 and 170 of the IRPA.

[8] Before the assessment of the reasonableness of the impugned decision takes place, the applicant raises a number of questions which can be formulated in the following manner:

(a) Once the MCI denies the request of the CBSA of the MPSEP for a danger opinion for the purpose of paragraph 101(2)(b) of the IRPA, can the MPSEP seek exclusion at a refugee protection hearing of the Board based on the same underlying criminal conduct on which the CBSA sought a danger opinion?

(b) When applying Article 1F(b) of the Convention, is it relevant for the Board to consider:

(i) whether the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue?

(ii) the fact that the MCI has determined the refugee claimant not to be a danger to the public in Canada?

[9] It is not challenged that the first issue, above, raises a pure question of law which allows for the construction of the Board's home statute (IRPA) but for which the Board is not necessarily familiar (i.e. the provisions found in Division 3 [of Part 2]—Pre-removal Risk Assessment). As far as the second issue is concerned, the crux of the applicant's attack depends on the scope of the criteria mentioned in *Jayasekara*, above, which is a pure matter of law and which should be reviewed on a standard of correctness (by analogy: see *Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 35, [2012] 4 F.C.R. 3, at paragraph 26). Both parties agree that these are serious questions of general importance; indeed, the Court has accepted to certify same as it is important to have guidance which will have jurisprudential and binding character.

par les parties quant à l'interprétation et à l'application générales de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention ou des articles 98, 101, 112, 113 et 170 de la LIPR.

[8] Avant d'apprécier le caractère raisonnable de la décision contestée, formulons les questions soulevées par le demandeur :

a) Lorsque le MCI rejette une demande d'avis de danger présentée par l'ASFC, qui relève du MSPPC, aux fins d'application de l'alinéa 101(2)b) de la LIPR, le MSPPC peut-il demander l'exclusion dans le cadre d'une audience de la Commission en se fondant sur la même conduite criminelle que celle sur laquelle repose la demande d'avis de danger de l'ASFC?

b) En appliquant l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, la Commission devrait-elle considérer :

i) La réadaptation du demandeur du statut de réfugié depuis la perpétration de l'infraction en question?

ii) Le fait que le MCI a déterminé que le demandeur du statut de réfugié ne constitue pas un danger pour le public au Canada?

[9] Il n'est pas contesté que la première question ci-dessus soulève une pure question de droit qui permet l'interprétation de la loi habilitante de la Commission (la LIPR), sur un aspect toutefois que la Commission ne connaît pas nécessairement très bien (c.-à-d. les dispositions de la Section 3 [de la Partie 2] — Examen des risques avant renvoi). En ce qui concerne la deuxième question, l'essentiel de l'attaque du demandeur dépend de la portée du critère mentionné dans l'arrêt *Jayasekara*, précité, une pure question de droit qui doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte (par analogie, voir *Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 35, [2012] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 26). Les deux parties conviennent qu'il s'agit de questions graves de portée générale; en fait, la Cour a accepté de les certifier, car il est important d'avoir des principes directeurs qui auront un caractère jurisprudential et obligatoire.

[10] For the reasons mentioned below, the present judicial review application must fail. There is no issue estoppel, and despite the negative danger opinion from the MCI, the MPSEP was not barred from seeking the exclusion of the applicant on the basis of the seriousness of the crime for which he was convicted. The Board also correctly identified the test to be applied in considering whether the applicant should be excluded under section 98 of the IRPA and Article 1F(b) of the Convention, i.e. the *Jayasekara* factors. Moreover, according to this Court jurisprudence, considerations of rehabilitation and of current dangerousness for the Canadian public are not probative in making that determination. Overall, the Board's ultimate determination, on the facts of this case, that the applicant is excluded from refugee protection is reasonable, as it is an outcome which is defensible in respect of the facts and law.

#### LEGAL FRAMEWORK

[11] Article 1F(b) of the Convention states:

##### ARTICLE 1

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

[12] And section 98 of the IRPA incorporates Article 1F(b) exclusion clause as follows:

Exclusion  
— Refugee  
Convention

**98.** A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[10] Pour les motifs mentionnés ci-dessous, la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée. Il n'y a pas préclusion, et même si le MCI a jugé que le demandeur ne représentait pas un danger, rien n'empêchait le MSPPC de demander l'exclusion du demandeur en raison de la gravité du crime pour lequel ce dernier avait été condamné. La Commission a également déterminé correctement le critère à appliquer pour décider si le demandeur devait être frappé d'exclusion aux termes de l'article 98 de la LIPR et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, à savoir les facteurs indiqués dans l'arrêt *Jayasekara*. En outre, d'après la jurisprudence de la Cour, la réadaptation et l'actualité du danger pour la sécurité publique n'ont pas de valeur probante pour ce qui est de cette décision. Globalement, compte tenu des faits de l'espèce, la décision que la Commission a finalement prise de refuser l'asile au demandeur est raisonnable, et constitue une issue pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

#### CADRE JURIDIQUE

[11] L'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention est rédigée comme suit :

##### ARTICLE PREMIER

[...]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

[...]

b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;

[12] L'article 98 de la LIPR intègre comme suit la clause d'exclusion de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention :

**98.** La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

Exclusion  
par applica-  
tion de la  
Convention  
sur les  
réfugiés

[13] Other relevant statutory provisions are the following:

Ineligibility

**101.** (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

*(f)* the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

Serious criminality

(2) A claim is not ineligible by reason of serious criminality under paragraph (1)(f) unless

...

*(b)* in the case of inadmissibility by reason of a conviction outside Canada, the Minister is of the opinion that the person is a danger to the public in Canada and the conviction is for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

...

Application for protection

**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).

...

Restriction

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

*(a)* is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

*(b)* is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would

[13] Les autres dispositions législatives applicables sont les suivantes :

**101.** (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

*f)* prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité visée à l'alinéa (1)f) n'emporte irrecevabilité de la demande que si elle a pour objet :

[...]

*b)* une déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans, le ministre estimant que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada.

[...]

**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).

[...]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

*a)* il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

*b)* il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait

Irrecevabilité

Grande criminalité

Demande de protection

Restriction

	constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;	une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;	
	(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or	c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;	
	(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).	d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).	
Consideration of application	<b>113.</b> Consideration of an application for protection shall be as follows:  ...  (c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;  (d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and  (i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or  (ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.  ...	<b>113.</b> Il est disposé de la demande comme il suit :  [...]  c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;  d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :  (i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,  (ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.  [...]	Examen de la demande
Proceedings	<b>170.</b> The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,  (a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;  (b) must hold a hearing;  (c) must notify the person who is the subject of the proceeding and the Minister of the hearing;  (d) must provide the Minister, on request, with the documents and information referred to in subsection 100(4);	<b>170.</b> Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :  a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;  b) dispose de celle-ci par la tenue d'une audience;  c) convoque la personne en cause et le ministre;  d) transmet au ministre, sur demande, les renseignements et documents fournis au titre du paragraphe 100(4);	Fonctionnement

(e) must give the person and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations;

(f) may, despite paragraph (b), allow a claim for refugee protection without a hearing, if the Minister has not notified the Division, within the period set out in the rules of the Board, of the Minister's intention to intervene;

(g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;

(h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances; and

(i) may take notice of any facts that may be judicially noticed, any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

e) donne à la personne en cause et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;

f) peut accueillir la demande d'asile sans qu'une audience soit tenue si le ministre ne lui a pas, dans le délai prévu par les règles, donné avis de son intention d'intervenir;

g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;

i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

[14] In light of the above legal framework and relevant case law, the Court will now successively consider whether: (i) the MPSEP can seek the exclusion of a refugee claimant when the MCI has made a negative danger opinion; (ii) rehabilitation and a negative danger opinion can be considered by the Board where exclusion is sought by the MPSEP; and (iii) the Board's final determination of exclusion is overall reasonable.

#### DANGER OPINION AT THE ELIGIBILITY STAGE

[15] First, the applicant contends that the present legislative scheme does not allow the MPSEP to intervene at the refugee determination stage and seek a claimant's exclusion when the MCI has previously denied a request for a danger opinion at the eligibility stage under the IRPA. The applicant argues that once the MCI denies a CBSA request for a danger opinion, the MPSEP cannot seek the applicant's exclusion on the same basis that the danger opinion was sought, because there is an issue estoppel, the MCI having already determined that the applicant was not

[14] Compte tenu du cadre juridique présenté ci-dessus et de la jurisprudence pertinente, la Cour examinera maintenant à tour de rôle : i) si le MSPPC peut demander l'exclusion d'un demandeur d'asile quand le MCI a déterminé que le demandeur ne constitue pas un danger; ii) si la Commission peut tenir compte de la réadaptation et de l'avis selon lequel le demandeur ne constitue pas un danger quand le MSPPC demande l'exclusion; iii) si la décision d'exclusion prise finalement par la Commission est raisonnable dans l'ensemble.

#### AVIS DE DANGER À L'ÉTAPE DE LA RECEVABILITÉ

[15] D'abord, le demandeur soutient que le régime législatif actuel ne permet pas au MSPPC d'intervenir à l'étape de la détermination du statut de réfugié et de demander l'exclusion d'un demandeur quand le MCI a auparavant refusé de délivrer un avis de danger à l'étape de la recevabilité, conformément à la LIPR. Selon le demandeur, une fois que le MCI a refusé une demande d'avis de danger présentée par l'ASFC, le MSPPC ne peut demander l'exclusion du demandeur en se fondant sur le même motif que celui sur lequel repose la demande

“prone to further violence although he has committed a serious crime in the past”.

[16] On the other hand, the respondent maintains that the IRPA explicitly contemplates situations where the MCI may have to make a danger assessment twice for the same individual: once to determine whether the applicant’s claim should be referred to the Board for a refugee hearing and determination, and once again to determine whether the applicant is entitled to protection pursuant to section 112 of the IRPA. Thereby, in determining a pre-removal risk assessment (PRRA) application of a person convicted of a serious crime abroad, the MCI must consider, or reconsider, whether the person is a danger to the public in order to determine, this time, whether this risk is balanced off by the applicant’s own risk if the applicant is forcibly removed from Canada. In the case of reconsideration at the PRRA stage, there would only be an issue estoppel if there would be no changes of circumstances.

[17] The Court entirely agrees with the respondent that a positive eligibility determination in itself cannot be said to be a final determination on the question whether one of the exclusion clauses of the Convention and the IRPA apply, whether there has been a danger opinion or not. Moreover, paragraph 170(e) of the IRPA specifically allows the Minister to intervene in a refugee proceeding and seek the exclusion of a claimant. Refugee protection and protection at the PRRA stage are not necessarily the same and differences appear when section 98 is compared with sections 112 and 113 of the IRPA.

[18] The Federal Court of Appeal has made clear in *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304, at paragraphs 29–30 and 33, that persons such as the applicant whom the Board excludes from refugee protection on the basis of Article 1F [of the convention] and section 98 of the IRPA are nevertheless eligible for a PRRA:

d’avis de danger parce qu’il y a préclusion, le MCI ayant déjà déterminé que le demandeur n’était pas prédisposé à commettre d’autres actes violents même s’il avait déjà perpétré un crime grave dans le passé.

[16] Par ailleurs, le défendeur soutient que la LIPR prévoit explicitement des situations où le MCI peut avoir à évaluer le danger deux fois pour la même personne : une fois en vue de déterminer si la demande du demandeur devrait être renvoyée à la Commission pour audience et décision, et une autre fois en vue de déterminer si le demandeur a droit à la protection aux termes de l’article 112 de la LIPR. Ainsi, lorsqu’il doit se pencher sur la demande d’examen des risques avant renvoi (ERAR) d’une personne reconnue coupable d’un crime grave à l’étranger, le MCI doit examiner, ou réexaminer, si la personne constitue un danger pour le public afin de déterminer, cette fois, si ce risque pèse aussi lourd que le risque auquel serait exposé le demandeur s’il était renvoyé de force du Canada. Dans le cas d’un réexamen à l’étape de l’ERAR, il y aurait préclusion seulement si les circonstances ne changeaient pas.

[17] La Cour convient sans réserve avec le défendeur qu’une décision favorable quant à la recevabilité ne peut être considérée en elle-même comme une décision définitive sur la question de savoir si l’une des clauses d’exclusion de la Convention et de la LIPR s’applique, qu’il y ait eu ou non un avis de danger. De plus, l’alinéa 170e) de la LIPR permet expressément au ministre d’intervenir dans un dossier de réfugié et de demander l’exclusion d’un demandeur. La protection des réfugiés et la protection à l’étape de l’ERAR ne sont pas nécessairement les mêmes, et la comparaison de l’article 98 avec les articles 112 et 113 de la LIPR fait ressortir des différences.

[18] La Cour d’appel fédérale a établi clairement, dans l’arrêt *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304, aux paragraphes 29, 30 et 33, que les personnes comme le demandeur qui ont été déboutées de leur demande d’asile par la Commission en application de la section F de l’article premier de la Convention et de l’article 98 de la LIPR peuvent néanmoins obtenir une ERAR :

Subsection 112(3) lists those persons who are ineligible for refugee protection, including persons who made a claim for refugee protection which was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Convention as set out in section 98 of the Act . . . .

But exclusion from refugee protection is not exclusion from protection. Section 113 stipulates that persons described in subsection 112(3) are to have their applications for protection decided on the basis of the factors set out in section 97 with additional consideration given to the issue of whether such persons are a danger to the public in Canada or to the security of Canada.

...

That is the structure of the Act as it relates to the determination of claims for protection. It has two streams, claims for refugee protection and claims for protection in the context of pre-removal risk assessments. Those who are subject to the exclusion in section 98 are excluded from the refugee protection stream but are eligible to apply for protection at the PRRA stage. The basis on which the claim for protection may be advanced is the same, but the Minister can have regard to whether the granting of protection would affect the safety of the public or the security of Canada. If protection is granted, the result is a stay of the deportation order in effect against the claimant. The claimant does not have the same access to permanent resident status as does a successful claimant for refugee protection. [Emphasis added.]

[19] To conclude on this point, as far as the refugee hearing and determination before the Board is concerned, there can be no issue estoppel. There is no possible confusion and no identity of issue in this case. Even if the same underlying criminal conduct may be relevant, the nature and effects of the determinations made at the eligibility, the refugee hearing and the PRRA stages are made on a different set of applicable principles and legislative provisions. Again, the seeking of a danger opinion is directly related to the protection of the public in Canada. On the other hand, the seeking of an exclusion from refugee protection because a serious crime has been committed outside Canada is directly related to the integrity of the Canadian refugee protection system. Finally, the balancing exercise which may occur at the ministerial level must not detract from Canada's international commitment of non-refoulement to a country where there is a risk of torture.

Le paragraphe 112(3) énumère les personnes qui n'ont pas droit à l'asile, notamment celles qui ont été déboutées de leur demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention, ainsi qu'il est précisé à l'article 98 de la Loi [...]

Ce n'est cependant pas parce que l'asile est refusé à quelqu'un qu'il n'a droit à aucune protection. L'article 113 précise en effet que les personnes visées au paragraphe 112(3) ont droit à ce que leur demande de protection soit décidée d'une part sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et d'autre part, en fonction de la question de savoir si elles constituent un danger pour le public au Canada ou pour la sécurité du Canada.

[...]

Voilà donc l'économie de la Loi en ce qui concerne la façon de trancher les demandes de protection. Elle comporte deux volets, le premier concernant les demandes d'asile et le second, les demandes de protection dans le contexte de l'examen des risques avant renvoi. Ceux qui font l'objet de l'exclusion prévue à l'article 98 n'ont pas droit à l'asile mais peuvent présenter une demande de protection à l'étape de l'examen des risques avant renvoi. Les motifs qui peuvent fonder la demande de protection sont les mêmes, mais le ministre peut se demander si le fait d'accorder la protection porterait atteinte à la sécurité du public ou à celle du Canada. Si la protection est accordée, il y a sursis de la mesure de renvoi prise contre le demandeur. Ce dernier ne peut obtenir le statut de résident permanent aussi facilement que la personne à qui l'asile a été conféré. [Non souligné dans l'original.]

[19] En conclusion sur ce point, en ce qui concerne l'audience devant la Commission et la détermination du statut de réfugié, il ne saurait y avoir préclusion. En l'espèce, aucune confusion n'est possible, et les questions à trancher ne sont pas identiques. Si la même conduite criminelle sous-jacente peut être pertinente, la nature et les effets des décisions prises aux étapes de la recevabilité, de l'audience sur la demande d'asile et de l'ERAR dépendent d'un ensemble différent de principes et de dispositions législatives applicables. Encore une fois, le fait de demander un avis de danger est directement lié à la protection du public au Canada. Par ailleurs, le fait de demander que l'asile soit refusé au demandeur qui a commis un crime grave à l'extérieur du Canada est directement lié à l'intégrité du régime canadien de protection des réfugiés. Enfin, l'exercice de pondération qui doit se faire à l'échelle ministérielle n'enlève rien à



[20] Thus, I find that the MPSEP was entitled in law to seek exclusion and was not barred from seeking exclusion of the refugee protection on the basis of Article 1F(b) of the Convention, and this, despite the existence of an earlier negative danger opinion at the eligibility stage.

#### DETERMINING THE SERIOUSNESS OF A CRIME

[21] There is no doubt that the Board correctly identified in its reasons the following core question to be answered: did the claimant commit a serious non-political crime outside Canada prior to coming to Canada?

[22] Before examining the applicant's submissions, it must be recalled that there is a presumption of seriousness, in the absence of any political factors, where the offence, if it was committed in Canada, would have been punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, it can be characterized as serious (*Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 525 (T.D.)). However, this presumption is not absolute and it can be rebutted following an assessment by the Board of all surrounding circumstances. According to the jurisprudence what is required is an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts, and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction: *Jayasekara*, above, at paragraph 44.

[23] Here, the parties do not agree on the exact scope and practical effects of what is said in *Jayasekara*, above, at paragraph 44:

I believe there is a consensus among the courts that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction .... In other words, whatever presumption of seriousness may attach to a crime internationally or under the legislation of the receiving state, that presumption may be rebutted by reference to the above factors.

l'engagement international pris par le Canada à l'égard du non-refoulement vers les pays où existe un risque de torture.

[20] Par conséquent, le MSPPC était autorisé par la loi à demander l'exclusion du demandeur, et l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention ne l'empêchait pas de le faire, malgré l'avis de danger négatif qui avait été rendu à l'étape de la recevabilité.

#### DÉTERMINATION DE LA GRAVITÉ D'UN CRIME

[21] Assurément, la Commission a correctement défini dans ses motifs la question fondamentale à laquelle il fallait répondre : le demandeur a-t-il commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada avant de venir au Canada?

[22] Avant d'examiner les observations du demandeur, il faut rappeler la présomption de gravité : en l'absence de tout facteur politique, une infraction qui aurait été punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans si elle avait été commise au Canada peut être qualifiée de « grave » (*Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 525 (1<sup>re</sup> inst.)). Toutefois, cette présomption n'est pas absolue et la Commission peut la réfuter après avoir évalué toutes les circonstances de l'affaire. Selon la jurisprudence, il faut évaluer les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité : voir *Jayasekara*, précité, au paragraphe 44.

[23] En l'espèce, les parties ne s'entendent pas sur la portée et les effets pratiques exacts de ce qui est exprimé dans l'arrêt *Jayasekara*, précité, au paragraphe 44 :

Je crois que les tribunaux s'entendent pour dire que l'interprétation de la clause d'exclusion de la section Fb) de l'article premier de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l'on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité [...] En d'autres termes, peu importe la présomption de gravité qui peut s'appliquer à un crime en droit international ou selon la loi de l'État d'accueil, cette

There is no balancing, however, with factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin .... [Emphasis added.]

[24] In this regard, the applicant submits that the Board erred in law by refusing to consider relevant post-commission evidence when determining whether the applicant committed a “serious non-political crime” outside Canada prior to coming to Canada so as to fall within the exclusion clause. The applicant takes issue with the fact that the Board focused on a sole post-offence factor, remorse, but no others. More specifically, the applicant contends that the Board’s decision erroneously ignores the fact that the offence was isolated and that there has been no subsequent offence (which suggests that the applicant has rehabilitated), and the fact that the MCI had issued a negative public danger opinion.

[25] On the other hand, the respondent submits that, in law, the Board was correct in not considering the current dangerousness of the applicant to the public and matters relating to his potential rehabilitation. The respondent relies on a number of recent judgments of the Court upholding this view, including the latest judgment, dated February 9, 2012, rendered by my colleague Justice O’Reilly in *Martinez Cuero v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 191, 405 F.T.R. 191 (*Cuero*), and which clearly states, at paragraph 10 that factors extraneous to the conviction, such as rehabilitation, should not be considered in evaluating the seriousness of an applicant’s offence. To the same effect, see: *Rojas Camacho v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 789 (*Camacho*), at paragraphs 15–16; *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179 (*Febles*), at paragraphs 48, 50–52, and 59.

[26] Be that as it may, whatever the views expressed by judges of this Court in *Cuero*, *Camacho* and *Febles*, the applicant argues that the Federal Court of Appeal’s ruling in *Jayasekara* must prevail. In this regard, he submits that when the Federal Court of Appeal stated [at paragraph 44]

présomption peut être réfutée par le jeu des facteurs précités. On ne met toutefois pas en balance des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d’origine [...] [Non souligné dans l’original.]

[24] À cet égard, le demandeur soutient que la Commission a commis une erreur de droit en refusant de considérer des éléments de preuve postérieurs à la perpétration du crime qui étaient pertinents quand elle a déterminé si le demandeur avait commis un « crime grave de droit commun » en dehors du Canada avant de venir au Canada et s’il était donc visé par la clause d’exclusion. Le demandeur conteste le fait que la Commission a tenu compte d’un seul facteur pertinent après l’infraction, à savoir les remords éprouvés, mais pas des autres facteurs. Plus précisément, le demandeur affirme que la Commission a ignoré à tort le fait qu’il s’agissait d’une infraction isolée non suivie par d’autres infractions (ce qui permet de croire à la réadaptation du demandeur), et le fait que le MCI avait rendu un avis de danger public négatif.

[25] D’autre part, le défendeur affirme que la Commission a eu raison de ne pas considérer le danger que le demandeur représente actuellement pour le public et sa possible réadaptation. Le défendeur s’appuie sur certaines décisions récentes de la Cour qui soutiennent ce point de vue, y compris la dernière, *Martinez Cuero c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 191 (*Cuero*), datée du 9 février 2012, dans laquelle mon collègue le juge O’Reilly énonce clairement, au paragraphe 10, que des facteurs étrangers à la déclaration de culpabilité, comme la réadaptation, ne devraient pas être pris en compte au moment d’évaluer la gravité de l’infraction d’un demandeur. Dans la même veine, voir *Rojas Camacho c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 789 (*Camacho*), aux paragraphes 15 et 16; *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1103 (*Febles*), aux paragraphes 48, 50 à 52 et 59.

[26] Quoi qu’il en soit, et peu importe les points de vue exprimés par les juges de la Cour dans les décisions *Cuero*, *Camacho* et *Febles*, le demandeur soutient que l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans *Jayasekara* doit l’emporter. À cet égard, affirme-t-il,

that “[t]here is no balancing ... with factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction”, this should not be read as suggesting that no balancing with “factors extraneous to the ... conviction” is required. The applicant argues that whether he poses a danger or is rehabilitated today may be extraneous to the conviction but it is not extraneous to facts and circumstances underlying the conviction, as the risk of persecution in the state of origin may be.

[27] The applicant further submits that according to the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees’ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* [Geneva, reedited January 1992, at paragraph 151], the aim of Article 1F(b) exclusion clause is “to protect the community of a receiving country from the danger of admitting a refugee who has committed a serious common crime.” Thus, whether the claimant poses a danger to the receiving country is a contemporary issue which the Board had to take into consideration and its failure to do so in this case constitutes a reviewable error.

[28] The applicant reiterates that “the length or completion of a sentence imposed ... should not be considered in isolation” (*Jayasekara*, above, at paragraph 41) and that “the perspective of the receiving state or nation cannot be ignored in determining the seriousness of the crime” (*Jayasekara*, above, at paragraph 43) turns towards the relevance of rehabilitation, because in Canada, from a contemporary perspective, rehabilitation is a relevant factor in determining the seriousness of a crime. The applicant also submits that if the Federal Court of Appeal in *Jayasekara* confirmed that it was reasonable for the Board to take into account in this case the claimant’s violation of a probation order, this means that post-conviction facts relating to the sentence are not “extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction” (*Jayasekara*, above, at paragraph 44).

quand la Cour d’appel fédérale déclare [au paragraphe 44] qu’on « ne met [...] pas en balance des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité », il ne faut pas déduire pour autant qu’il est superflu de soupeser ces facteurs étrangers à la déclaration de culpabilité. Le demandeur fait valoir que le danger qu’il pourrait représenter ou sa possible réadaptation sont peut-être des facteurs étrangers à la déclaration de culpabilité, mais pas aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité, contrairement au risque de persécution dans son pays d’origine.

[27] Le demandeur ajoute que, d’après le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [Genève, réédition janvier 1992, au paragraphe 151], le but de la clause d’exclusion de l’alinéa Fb) de l’article premier est de « protéger la population d’un pays d’accueil contre le risque qu’il y aurait à admettre un réfugié ayant commis un crime grave de droit commun ». Par conséquent, le danger que le demandeur représente pour le pays d’accueil est une question contemporaine, que la Commission devait prendre en considération. Le fait de ne pas en avoir tenu compte constitue en l’espèce une erreur susceptible de contrôle.

[28] Le demandeur répète que « la durée de la peine infligée ou [le] fait qu’elle a été purgée » sont des facteurs « [qu’]il ne faut pas considérer [...] isolément » (*Jayasekara*, précité, au paragraphe 41) et que « on ne doit pas ignorer le point de vue de l’État ou du pays d’accueil lorsqu’il s’agit de déterminer la gravité du crime » (*Jayasekara*, précité, au paragraphe 43), ce qui renvoie à la pertinence de la réadaptation, parce qu’au Canada, dans une perspective contemporaine, la réadaptation est un facteur pertinent lorsqu’il s’agit de déterminer la gravité d’un crime. De plus, affirme le demandeur, dans l’arrêt *Jayasekara*, la Cour d’appel fédérale a confirmé qu’il était raisonnable pour la Commission de prendre en considération le fait que l’appelant avait violé son ordonnance de probation, ce qui signifie que les faits postérieurs à la déclaration de

[29] However, arguments very similar to the ones made today by the applicant have been examined and dismissed by the Court in a number of cases. In *Camacho*, above, at paragraph 16, Justice Mosley stated:

The applicant argued that the fifth *Jayasekara* factor implicitly calls for a balancing of the mitigating and aggravating circumstances *since* the conviction. I don't agree. The mitigating and aggravating circumstances referred to in *Jayasekara* go to the nature of the crimes committed, not to what might later be considered as factors to be taken into account in determining whether the offender/claimant has been rehabilitated. Thus, for the purpose of determining whether the exclusion applies, it is not enough for a claimant to say he now regrets his behaviour and has turned his life around if his behaviour at the time it was committed constituted a serious non-political crime. [Italics in original; underlining added.]

[30] More recently, in *Febles*, above, Justice Scott stated, at paragraphs 48 and 50, that:

... the Board's only duty in this regard is to determine whether or not the refugee claimant committed a non-political crime. The considerations of rehabilitation and of current dangerousness for the Canadian public are not probative in making that determination.

...

In that case [*Jayasekara*], the Federal Court of Appeal again emphasized that the Board should not consider anything "extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction" in applying article 1F (b). Therefore, the fact that the Applicant has served his full sentences in the United States can be considered as it relates to whether he committed a serious non-political crime, but it cannot be considered insofar as it relates to rehabilitation, expiation, recidivism and ongoing danger. [Emphasis added.]

[31] The fact that there was no danger opinion in the three cases cited by the respondent (*Cuero*, *Febles* and *Camacho*) has no bearing to the reading of the *Jayasekara* factors and analysis. The applicant has failed to satisfy me

culpabilité qui ont trait à la peine ne constituent pas « des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité » (*Jayasekara*, précité, au paragraphe 44).

[29] Toutefois, dans un certain nombre d'affaires, la Cour a examiné et rejeté des arguments très semblables à ceux avancés par le demandeur aujourd'hui. Dans la décision *Camacho*, précitée, au paragraphe 16, le juge Mosley s'est exprimé ainsi :

Le demandeur a soutenu que le cinquième facteur énoncé dans *Jayasekara* rendait implicitement nécessaire la mise en balance des circonstances atténuantes et aggravantes *postérieures* à la déclaration de culpabilité. Je ne partage pas son avis. Ce dont il est question dans *Jayasekara*, ce sont les circonstances atténuantes et aggravantes quant à la nature des crimes commis; il ne s'agit pas de facteurs postérieurs à la perpétration à prendre en compte pour juger de la réadaptation du délinquant demandeur d'asile. Aux fins ainsi d'établir si la clause d'exclusion est applicable, il ne suffit pas pour un demandeur d'asile de dire qu'il regrette maintenant ses actions passées et qu'il a repris sa vie en main si ses actions, lorsqu'il les a commises, constituaient un crime grave de droit commun. [Italique dans l'original; soulignement ajouté.]

[30] Plus récemment, dans la décision *Febles*, précitée, aux paragraphes 48 et 50, le juge Scott a statué que :

[...] l'unique obligation de la Commission à cet égard est d'établir si le demandeur d'asile a commis ou non un crime de droit commun. La réhabilitation et l'actualité du danger pour la sécurité publique n'ont pas de valeur probante pour ce qui est de cette décision.

[...]

Dans cet arrêt [*Jayasekara*], la Cour d'appel fédérale a une fois de plus souligné que la Commission ne doit pas tenir compte de « facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité » dans l'application de la section 1F(b). En conséquence, le fait que le demandeur a entièrement purgé sa peine aux États-Unis peut être pris en considération en tant qu'il se rapporte à la perpétration d'un crime grave de droit commun mais non pour ce qui tient à la réhabilitation, l'expiation, la récidive et la persistance du danger. [Non souligné dans l'original.]

[31] L'absence d'avis de danger dans les trois affaires invoquées par le défendeur (*Cuero*, *Febles* et *Camacho*) n'influe en rien sur l'interprétation des facteurs et de l'analyse présentés dans l'arrêt *Jayasekara*. Le demandeur

that what was said about the scope of the mitigating and aggravating circumstances referred to in *Jayasekara*, above, is clearly wrong. Indeed, there is no reason in law to depart from the reasoning of my colleagues in *Cuero*, *Febles* and *Camacho*, above. Accordingly, no reviewable error can be made by the Board in not considering factors relating to rehabilitation or to current dangerousness to the public.

[32] Be that as it may, the applicant points out the fact that the Board nevertheless engaged in some discussion of remorse and rehabilitation in the impugned decision. However, it is clear that the Board did so at the request of the applicant and that ultimately, on the “core question”, the Board specifically identified the relevant matters, which brings me to now examine the reasonableness of its determination that the applicant is excluded from refugee protection pursuant to Article 1F(b) of the Convention and section 98 of the IRPA.

#### REASONABLENESS OF THE BOARD’S OVERALL CONCLUSION

[33] We have earlier stated the five criteria mentioned by the Federal Court of Appeal in *Jayasekara*. Again, they are the elements of the crime, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction. It is apparent on the face of the impugned decision that prior to excluding the applicant under Article 1F(b) of the Convention, all relevant factors were duly considered by the Board, leaving open the question whether its conclusion is reasonable in view of the facts of this case.

[34] It has already been decided in *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, at paragraph 85 (citing with approval the Australian Federal Court’s decision in *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289), that the standard of proof that the Board had to apply with respect to the

n’a pas réussi à me convaincre que ce qui a été dit sur la portée des circonstances atténuantes et aggravantes dont il est fait mention dans l’arrêt *Jayasekara*, précité, est manifestement erroné. En fait, je ne vois aucune raison en droit de ne pas reprendre le raisonnement que mes collègues ont suivi dans les décisions *Cuero*, *Febles* et *Camacho*, précitées. Par conséquent, la Commission n’a pas pu commettre d’erreur susceptible de contrôle en omettant de tenir compte de la réadaptation du demandeur ou du danger qu’il représente actuellement pour le public.

[32] Quoiqu’il en soit, le demandeur souligne le fait que la Commission a néanmoins abordé la question des remords et de la réadaptation dans la décision contestée, mais il est clair qu’elle l’a fait à la demande du demandeur. En définitive, la Commission a expressément établi les facteurs pertinents pour ce qui est de la question essentielle, ce qui m’amène maintenant à examiner le caractère raisonnable de la décision de refuser l’asile au demandeur en vertu de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention et de l’article 98 de la LIPR.

#### CARACTÈRE RAISONNABLE DE LA CONCLUSION GÉNÉRALE DE LA COMMISSION

[33] Nous avons mentionné ci-dessus les cinq critères définis par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Jayasekara*, à savoir les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité. Il ressort de la décision contestée que la Commission a dûment examiné tous les facteurs pertinents avant d’exclure le demandeur en vertu de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention, de sorte qu’il faut maintenant déterminer si sa conclusion était raisonnable compte tenu des faits de l’espèce.

[34] La Cour d’appel fédérale a déjà décidé, dans l’arrêt *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, au paragraphe 85 (citant en l’approuvant la décision rendue par la Cour fédérale d’Australie dans l’arrêt *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289), que la norme de preuve que la

exclusion clause is that of “serious reasons for considering”, which amounts to a lower standard than that of balance of probabilities.

[35] Moreover, it is not challenged that it was not the function of the Board to rehear the applicant’s criminal case, but rather to determine whether based on the evidence before it, there was an objective basis for believing that the applicant committed a serious non-political crime before coming to Canada. The presumption of truth in testimony (*Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.)) does not exempt claimants from producing evidence where it is reasonably available, so as to allow them to substitute their own testimony in lieu of objective and credible documentary evidence of the charges and trial resulting of their conviction in their foreign country.

[36] As far as the elements of the crime, its qualification and the penalty prescribed are concerned, besides the finding that there was no political element in the crime, the Board concluded that the applicant’s conviction in Greece was what would be a charge of “manslaughter” in Canada and would carry a maximum sentence greater than 10 years of imprisonment. The Board also found that the process leading to the conviction in Greece was a fair one and that there were insufficient mitigating circumstances to support setting aside the exclusion clause of Article 1F(b) of the Convention. These findings were based on the evidence on record and were reasonably open to the Board to make in the circumstances.

[37] The mode of prosecution and the fairness of the process are important. In the absence of exceptional circumstances established by a refugee claimant, the Board must assume a fair and independent judicial process in the foreign country (*Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.)). Here, the Board considered the documentary evidence and the testimony of the applicant before concluding that the judicial process

Commission doit appliquer au regard de la clause d’exclusion est celle des « raisons sérieuses de penser », une norme moins rigoureuse que celle de la prépondérance des probabilités.

[35] De plus, il n’est pas contesté que la Commission n’avait pas pour rôle de réexaminer le dossier criminel du demandeur, mais plutôt de déterminer, d’après la preuve déposée devant elle, si elle pouvait objectivement croire que le demandeur avait commis un crime grave de droit commun avant de venir au Canada. La présomption de véracité qui s’applique aux témoignages (*Maldonado c. Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.)) ne dispense pas les demandeurs de produire une preuve quand ils peuvent raisonnablement l’obtenir et ne leur permet pas de substituer leur propre témoignage à une preuve documentaire objective et crédible sur les accusations, le procès et, en définitive, la déclaration de culpabilité dont ils ont fait l’objet dans le pays étranger.

[36] En ce qui touche les éléments constitutifs du crime, sa qualification et la peine prescrite, la Commission a conclu, outre qu’il ne s’agissait pas d’un crime politique, que le demandeur avait été reconnu coupable en Grèce de ce qui aurait constitué un homicide involontaire coupable au Canada, punissable d’une peine d’emprisonnement maximale de plus de 10 ans. La Commission a également déterminé que le processus ayant mené à la déclaration de culpabilité en Grèce était équitable, et que les circonstances atténuantes n’étaient pas suffisantes pour justifier la non-application de la clause d’exclusion prévue à l’alinéa Fb), de l’article premier de la Convention. Ces conclusions reposaient sur la preuve au dossier, et il était raisonnablement loisible à la Commission de tirer ces conclusions dans les circonstances.

[37] Le mode de poursuite et l’équité du processus sont importants. En l’absence de circonstances exceptionnelles établies par le demandeur d’asile, la Commission doit tenir pour acquis que le processus judiciaire était équitable et indépendant dans le pays étranger (*Ministre de l’Emploi et de l’Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL)). Ici, la Commission a examiné la preuve documentaire et le témoignage du

in Greece was fair in the circumstances, a factual conclusion which should not be disturbed by the Court.

[38] Indeed, the applicant has had full access to a multilevel legal process in Greece. The Board noted that although the applicant did not have his own counsel on appeal and was instead represented by a government-appointed counsel who was insufficiently familiar with his case, this was not a sufficient mitigating factor as to offset the criminal process despite the fact that it could have been detrimental to the applicant's interests. The Board noted in this respect that the appeal did amend the original sentence in favour of the applicant. Other relevant factors were considered by the Board and weighed against the applicant in this case.

[39] The evidence on record clearly supports the finding that the applicant was afforded an opportunity to confront his accusers, call witnesses, be represented by counsel, and give evidence on the facts. The transcripts of the Greek trial mentioned that “‘before the contested fact, he (the claimant) was in Greece for four years. He speaks and understands Greek’” [see *X (Re)*, at paragraph 9]. The Board did not act unreasonably in rejecting the applicant's contention that his language skills were not sufficiently good to undergo a criminal trial in Greek. The Board also found that the applicant was not disadvantaged by the fact that the police was not present at his trial because according to the evidence the police did not have first-hand evidence of the commission of the crime. The Board also noted that the original charge was first degree murder and was reduced on split decision to a lesser charge (homicide by intention in the heat of passion) since there was no evidence to support premeditation.

[40] The applicant submits that although he claimed at all times that he was acting in self-defence, his counsel did not put a plea of self-defence but a plea of murder in a fit of anger. Whether self-defence in its criminal meaning was or was not considered by the Greek court, the applicant submits that the Board had to decide of the seriousness of the crime based on the circumstances of the case instead

demandeur avant de conclure que le processus judiciaire en Grèce avait été équitable dans les circonstances, une conclusion de fait que la Cour ne devrait pas modifier.

[38] À vrai dire, le demandeur a eu accès à un processus judiciaire à plusieurs niveaux en Grèce. Même si le demandeur n'a pas été défendu par son propre avocat en appel mais était plutôt représenté par un avocat nommé par le gouvernement qui connaissait mal le dossier, fait remarquer la Commission, il ne s'agit pas d'un facteur atténuant suffisant pour faire contrepoids à la procédure criminelle, bien que la situation ait pu nuire aux intérêts du demandeur. La Commission souligne à cet égard que la peine a été modifiée en faveur du demandeur au moment de l'appel. La Commission a examiné d'autres facteurs pertinents, qui sont défavorables au demandeur en l'espèce.

[39] La preuve au dossier confirme nettement que le demandeur a eu l'occasion de répondre à ses accusateurs, d'appeler des témoins, d'être représenté par un avocat et de donner sa version des faits. La transcription du procès tenu en Grèce nous apprend que le demandeur demeurait dans ce pays depuis quatre ans quand les faits contestés se sont produits, et qu'il parlait et comprenait le grec [voir *X (Re)*, au paragraphe 9]. La Commission n'a pas agi déraisonnablement en rejetant l'affirmation du demandeur selon laquelle il ne possédait pas des compétences linguistiques assez bonnes pour subir un procès criminel en Grèce. La Commission a aussi estimé que le demandeur n'avait pas été désavantagé par l'absence de la police à son procès parce que, selon la preuve, la police n'avait pas de preuve directe de la perpétration du crime. La Commission a aussi souligné que le demandeur avait été accusé au départ de meurtre au premier degré, puis d'un chef moins grave à la suite d'une décision partagée (homicide avec intention commis sous l'empire de la passion), étant donné que rien ne corroborait la préméditation.

[40] Le demandeur soutient que même s'il a toujours invoqué la légitime défense, son avocat a plutôt plaidé que son client avait commis un meurtre dans un accès de colère. Que la légitime défense dans son sens pénal ait été considérée ou non par le tribunal grec, le demandeur avance que la Commission devait décider de la gravité du crime commis d'après les circonstances de

of merely relying on a criminal court's judgment on self-defence as a criminal defence. However, I am unable to conclude that the Board's finding that self-defence did not constitute a mitigating factor in this case was made without regard for the evidence and in a perverse and capricious manner.

[41] The Board found that the applicant's evidence of self-defence did not constitute a mitigating factor as self-defence was considered and rejected in the applicant's criminal prosecution by the Greek court. The Board considered that the applicant's act of stabbing the victim more than once with a knife did not support his allegation that the stabbing was a single reactive response in the heat of the moment. Given the Greek court's explicit comments with respect to the victim's injuries, there is clearly evidence to support the applicant stabbed the deceased more than once. Those findings of facts are reasonable despite the fact that it may not be the only possible ones in the circumstances.

[42] The Court has already determined that the applicant cannot challenge the impugned decision's overall reasonableness on the basis that the Board erred on issues of remorse and rehabilitation, since these are extraneous factors that the Board did not need to consider in answering the core question of whether the applicant committed a serious non-political crime before coming to Canada. Be that as it may, the Board found that the applicant's evidence was not that of a person remorseful for his past actions and, thus, he did not demonstrate that he was rehabilitated. The Board noted that the applicant was not dealing honestly with his past as he testified that he did not remember how many times and where he stabbed the deceased. As far as it goes to mitigation, I am ready to accept that these findings of facts were not capricious or arbitrary in the circumstances.

[43] In final analysis, the Court concludes that even if some factual conclusions of the Board are questionable,

l'affaire, et non en se fondant simplement sur la décision d'une cour criminelle, qui a considéré que le demandeur avait commis un acte criminel en voulant se défendre. Cependant, je suis incapable de conclure que la Commission, en déterminant que la légitime défense ne constituait pas un facteur atténuant en l'espèce, a fait abstraction de la preuve et agi de manière abusive et arbitraire.

[41] La Commission a déterminé que la légitime défense invoquée par le demandeur ne constituait pas un facteur atténuant étant donné que cet argument avait été examiné et rejeté au cours de la poursuite criminelle engagée à l'encontre du demandeur par le tribunal grec. La Commission a estimé que le geste commis par le demandeur, qui a poignardé plus d'une fois sa victime à l'aide d'un couteau, contredisait l'allégation selon laquelle l'agression au couteau était une réaction isolée s'étant produite dans la fièvre du moment. À la lumière des commentaires explicites que le tribunal grec a formulés sur les blessures de la victime, la preuve démontrait clairement que le demandeur avait poignardé la victime plus d'une fois. Ces conclusions de fait sont raisonnables, même si d'autres conclusions étaient également possibles dans les circonstances.

[42] La Cour a déjà déterminé que le demandeur ne peut remettre en question le caractère raisonnable général de la décision contestée au motif que la Commission a commis une erreur sur les questions des remords et de la réadaptation, puisqu'il s'agit de facteurs étrangers que la Commission n'avait pas à prendre en considération pour décider si le demandeur avait commis un crime grave de droit commun avant de venir au Canada. Cela dit, la Commission a conclu que le demandeur n'avait pas démontré qu'il éprouvait des remords en raison de son crime et n'avait donc pas prouvé qu'il était réadapté. La Commission a souligné que le demandeur n'évoquait pas son passé en toute honnêteté car il a affirmé dans son témoignage ne pas se souvenir du nombre de coups de couteau qu'il avait portés à la victime. En ce qui concerne les circonstances atténuantes, je suis prêt à accepter que ces conclusions de fait n'étaient ni abusives ni arbitraires en l'espèce.

[43] La Cour conclut, en dernière analyse, que la décision contestée doit être maintenue parce qu'elle est



the impugned decision must stand because it is reasonable overall. The non-political crime for which the applicant was convicted was indeed a very serious one. Although the qualificative “vicious” was perhaps employed too loosely, this reflects the Board’s understanding that an intentional homicide in the fit of anger should not be trivialized and that several wounds were indeed caused by the applicant. Overall, it was reasonable for the Board to conclude, on the whole of the evidence, that the applicant committed a serious non-political crime before coming to Canada, and should accordingly be excluded having considered all the relevant factors identified by the Federal Court of Appeal in *Jayasekara*, above.

[44] Lastly, I wish to point out, without expressing a final opinion on this subject, that post-conviction factors, such as rehabilitation and the absence of dangerousness may perhaps constitute other relevant factors to be considered in the exercise by the Minister of any discretion under the IRPA that may be justified by humanitarian and compassionate considerations to stay the execution of a deportation order or to grant an exemption from any applicable criteria or obligation under the IRPA.

[45] That said, exclusion from refugee protection under Article 1F(b) of the Convention is an altogether different adjudicative exercise by the Board, which calls for a balancing between the gravity of the crimes committed and the mitigating and aggravating circumstances that go “to the nature of the crimes committed” (*Camacho*, above, at paragraph 16). The fact that, in this case, there are “insufficient mitigating circumstances to support setting aside the exclusion provisions of Article 1F(b) [of the Convention]” [*X (Re)*, at paragraph 16] was certainly a reasonable finding in light of the facts and the law (*Jayasekara*, above).

[46] For all these reasons, the application for judicial review shall be dismissed by the Court.

[47] Having considered the questions for certification proposed by the parties and heard the oral submissions

raisonnable dans l’ensemble, même si certaines conclusions de fait de la Commission sont discutables. Le crime de droit commun dont le demandeur a été déclaré coupable était en réalité très grave. La Commission a peut-être qualifié le crime de « brutal » trop librement, mais elle exprimait ainsi le point de vue qu’un homicide intentionnel commis dans un accès de colère ne doit pas être banalisé et le fait que le demandeur avait infligé plusieurs blessures. Globalement, il était raisonnable pour la Commission de conclure, compte tenu de l’ensemble de la preuve, que le demandeur avait commis un crime grave de droit commun avant de venir au Canada et qu’il devait par conséquent être frappé d’exclusion, à la lumière de tous les facteurs pertinents définis par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Jayasekara*, précité.

[44] Enfin, je souhaite faire remarquer, sans toutefois exprimer une opinion définitive sur la question, que les facteurs postérieurs à la déclaration de culpabilité, comme la réadaptation et l’absence de danger, constituent peut-être d’autres facteurs pertinents dont le ministre tiendra compte au moment d’exercer, pour des motifs d’ordre humanitaire, le pouvoir discrétionnaire que lui confère la LIPR de surseoir à l’exécution d’une mesure d’expulsion ou d’accorder une dispense à l’égard de toute obligation ou de tout critère prévu par la LIPR.

[45] Cela dit, l’exclusion prévue à l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention est un exercice décisionnel bien différent; pour l’accomplir, la Commission doit mettre en balance la gravité des crimes commis et les circonstances atténuantes et aggravantes « quant à la nature des crimes commis » (*Camacho*, précitée, au paragraphe 16). Le fait qu’en l’espèce « [l]es circonstances atténuantes sont insuffisantes pour appuyer la décision de ne pas appliquer l’alinéa Fb) de l’article premier [de la Convention] » [*X (Re)*, au paragraphe 16] était certainement une conclusion raisonnable à la lumière des faits et du droit (*Jayasekara*, précité).

[46] Pour tous ces motifs, la Cour doit rejeter la demande de contrôle judiciaire.

[47] Après avoir examiné les questions proposées aux fins de certification par les parties et entendu les

of counsel, the Court shall certify the following serious questions of general importance:

(a) Once the MCI denies the request of the CBSA of the MPSEP for a danger opinion for the purpose of paragraph 101(2)(b) of the IRPA, can the MPSEP seek exclusion at a refugee protection hearing of the Board based on the same underlying criminal conduct on which the CBSA sought a danger opinion?

(b) When applying Article 1F(b) of the Convention, is it relevant for the Board to consider:

(i) whether the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue?

(ii) the fact that the MCI has determined the refugee claimant not to be a danger to the public in Canada?

observations présentées de vive voix par l'avocat, la Cour certifie les questions graves de portée générale qui suivent :

a) Lorsque le MCI rejette une demande d'avis de danger présentée par l'ASFC, qui relève du MSPPC, aux fins d'application de l'alinéa 101(2)(b) de la LIPR, le MSPPC peut-il demander l'exclusion dans le cadre d'une audience de la Commission en se fondant sur la même conduite criminelle que celle sur laquelle repose la demande d'avis de danger de l'ASFC?

b) En appliquant l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, la Commission devrait elle considérer :

i) La réadaptation du demandeur du statut de réfugié depuis la perpétration de l'infraction en question?

ii) Le fait que le MCI a déterminé que le demandeur du statut de réfugié ne constitue pas un danger pour le public au Canada?

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed and the Court certifies the following serious questions of general importance:

1. Once the Minister of Citizenship and Immigration denies the request of the Canada Border Services Agency of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for a danger opinion for the purpose of paragraph 101(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, can the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness seek exclusion at a refugee protection hearing of the Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board based on the same underlying criminal conduct on which the Canada Border Services Agency sought a danger opinion?

2. When applying Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28,

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée. La Cour certifie les questions graves de portée générale qui suivent :

1. Lorsque le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration rejette une demande d'avis de danger présentée par l'Agence des services frontaliers du Canada, qui relève du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, aux fins d'application de l'alinéa 101(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peut-il demander l'exclusion dans le cadre d'une audience de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en se fondant sur la même conduite criminelle que celle sur laquelle repose la demande d'avis de danger de l'Agence des services frontaliers du Canada?

2. En appliquant l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des*

1951, [1969] Can. T.S. No. 6, is it relevant for the Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board to consider:

- (a) whether the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue?
- (b) The fact that the Minister of Citizenship and Immigration has determined the refugee claimant not to be a danger to the public in Canada?

*réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié devrait-elle considérer :

- a) La réadaptation du demandeur du statut de réfugié depuis la perpétration de l'infraction en question?
- b) Le fait que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a déterminé que le demandeur du statut de réfugié ne constitue pas un danger pour le public au Canada?

A-184-11  
2012 FCA 92

A-184-11  
2012 CAF 92

**Elizabeth Bernard** (*Applicant*)

**Elizabeth Bernard** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada and Professional Institute of the Public Service of Canada** (*Respondents*)

**Procureur général du Canada et Institut professionnel de la fonction publique du Canada** (*défendeurs*)

and

et

**Public Service Alliance of Canada** (*Intervener*)

**Alliance de la Fonction publique du Canada** (*intervenante*)

**INDEXED AS: BERNARD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : BERNARD c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Evans and Sharlow J.J.A.—Ottawa, February 29 and March 16, 2012.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Evans et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 29 février et 16 mars 2012.

*Public Service — Labour Relations — Employees' personal information — Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision rejecting applicant's argument that Privacy Act protecting applicant's home address, telephone number from disclosure by employer; Canada Revenue Agency (CRA) to union representing applicant, Professional Institute of the Public Service of Canada (PIPSC) — Board holding that disclosure of personal information at issue to PIPSC authorized by Act, s. 8(2)(a) because PIPSC's intended use thereof consistent with purpose for which obtained by CRA — Whether Board's decision reasonable — Board's decision reasonable — Applicant's argument that Board failing to afford sufficient weight to submissions, recommendations made by Office of the Privacy Commissioner (OPC) thereto that disclosure of home contact information not authorized by Act, s. 8(2)(a) rejected — OPC appearing before Board as intervener in proceeding to ensure that Board having benefit of OPC's particular perspective on issues that Board having to decide — Argument that Board not considering all possible alternatives to disclosure of employee's home contact information also rejected since Board's obligation not extending beyond considering alternatives put thereto — Applicant also misstating issue in present case when noting disparities between purpose for which contact information provided to CRA, uses to which PIPSC proposing to put information — Act, s. 8(2)(a) referring to purpose for which government institution obtaining information, not purpose for which employee providing it — Substantial overlap existing herein between employment-related purposes of both employer, union in which employees' compensation looming large — Application dismissed.*

*Fonction publique — Relations du travail — Renseignements personnels des employés — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant l'argument de l'appelante selon lequel la Loi sur la protection des renseignements personnels empêche que son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile soient communiqués par son employeur, l'Agence du revenu du Canada (ARC), au syndicat qui la représente, soit l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC) — La Commission a conclu que la communication des renseignements personnels en question à l'IPFPC était autorisée par l'art. 8(2)a de la Loi sur la protection des renseignements personnels, étant donné que l'usage que l'IPFPC entendait faire de ceux-ci était compatible avec les fins auxquelles ils avaient été recueillis par l'ARC — Il s'agissait de déterminer si la décision de la Commission était raisonnable — La décision de la Commission était raisonnable — L'argument de l'appelante portant que la Commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux observations et aux recommandations formulées par le Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP) selon lesquelles la communication de ses coordonnées personnelles n'était pas autorisée par l'art. 8(2)a de la Loi a été rejeté — Le CPVP a comparu devant la Commission en qualité d'intervenant à l'instance afin de s'assurer que la Commission bénéficie du point de vue de celui-ci sur les questions qu'elle devait trancher — L'argument selon lequel la Commission n'a pas envisagé toutes les solutions de rechange possibles à la communication des coordonnées personnelles de l'employée a aussi été rejeté au motif que l'obligation de la Commission se limite à examiner les solutions de rechange qui lui sont présentées — L'appelante*

*Privacy — Employees' personal information — Applicant arguing that Privacy Act protecting applicant's home address, telephone number from disclosure by employer to union representing applicant — Relying on Privacy Act, s. 8(2)(a), Public Service Labour Relations Board concluding that disclosure of home contact information to union allowed as use of that information consistent with purpose for which obtained by CRA — Act, s. 8(2)(a) referring to purpose for which government institution obtaining information, not purpose for which employee providing it — Although applicant concerned about potential abuse of personal information disclosed to union, Board building into order important protections to ensure that employees' privacy rights minimally impaired — While no safeguards being foolproof, applicant's initial complaint to Office of the Privacy Commissioner regarding employer's disclosure of personal information occurring twenty years ago when privacy rights were less well protected than today.*

This was an application for judicial review to set aside a decision of the Public Service Labour Relations Board (Board) rejecting the applicant's argument that the *Privacy Act* (Act) protects her home address and telephone number from disclosure by the Canada Revenue Agency (CRA) to the Professional Institute of the Public Service of Canada (PIPSC). PIPSC is the bargaining agent for the Audit, Financial and Scientific group of CRA employees to which the applicant belongs. The Board held that the disclosure of this information to PIPSC was authorized by paragraph 8(2)(a) of the Act because PIPSC's intended use of it was consistent with the purpose for which it was obtained by the CRA.

For many years, the applicant has battled to protect her home contact information and other personal information from being disclosed by the CRA to the unions that have

*a également fait une mauvaise caractérisation de la question dans la présente affaire en constatant des disparités entre les fins auxquelles elle a fourni ses coordonnées personnelles à l'ARC et les usages projetés de celles-ci par l'IPFPC — L'art. 8(2)a vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employée les a fournis — En l'espèce, il y a un chevauchement substantiel entre les fins liées à l'emploi visées par l'employeur et par le syndicat, parmi lesquelles la rémunération des employés occupe une place importante — Demande rejetée.*

*Protection des renseignements personnels — Renseignements personnels des employés — L'employée a allégué que la Loi sur la protection des renseignements personnels empêche son employeur de communiquer son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile au syndicat qui la représente — La Commission des relations de travail dans la fonction publique s'est fondée sur l'art. 8(2)a de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour conclure que la communication des coordonnées personnelles au syndicat était autorisée étant donné que l'usage de celles-ci était compatible avec les fins auxquelles elles ont été recueillies par l'ARC — L'art. 8(2)a vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employée les a fournis — Quoique l'appelante s'inquiétait de l'abus potentiel des renseignements personnels communiqués au syndicat, la Commission a prévu dans son ordonnance d'importantes mesures de protection afin de s'assurer que le droit à la vie privée des employés ne subit qu'une atteinte minimale — Bien qu'aucune mesure de protection n'est infaillible, l'appelante a déposé sa plainte initiale auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada relativement à la communication de ses renseignements personnels par son employeur il y a une vingtaine d'années, alors que le droit à la vie privée était moins bien protégé qu'aujourd'hui.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission) rejetant l'argument de l'appelante selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (la Loi) empêche l'Agence du revenu du Canada (ARC) de communiquer son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile à l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC). L'IPFPC est l'agent négociateur du groupe d'employés Vérification, Finances et Sciences de l'ARC, auquel appartient l'appelante. La Commission a conclu que la communication des renseignements personnels à l'IPFPC était autorisée par l'alinéa 8(2)a de la Loi, étant donné que l'usage qu'il entendait en faire était compatible avec les fins auxquelles ils avaient été recueillis par l'ARC.

Pendant de nombreuses années, l'appelante a lutté afin d'empêcher que ses coordonnées personnelles et autres renseignements personnels soient communiqués par l'ARC aux

represented her. The unions that have represented her have sought to require the CRA to disclose the home contact information of all employees in the bargaining units that they represent regardless of whether the employees were also union members. The applicant declined to join the union that represented her back in 1991. In 1992, she received a letter sent to her home from that union and discovered that the CRA had provided it. She filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner (OPC) alleging that the employer had disclosed her home address and her Social Insurance Number to the union without her consent even though she was not a member of the union. In 1993, the OPC upheld the applicant's complaint. In response to the OPC's recommendations, Treasury Board officials discontinued disclosing employees' home address and ceased releasing their Social Insurance Number. A couple of years later, the applicant accepted a position in the CRA with a different job classification and was represented by another union, PIPSC. In 2007, PIPSC filed an unfair labour practice complaint with the Board alleging, in particular, that the CRA's refusal to provide it with home contact information for members of the bargaining unit breached paragraph 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA). The Board held that the CRA's refusal to provide any of the requested information breached paragraph 186(1)(a) and directed the parties to attempt to reach an agreement on how much contact information had to be disclosed to the union in order that the employer comply with the PSLRA. The parties reached an agreement and a consent order was issued. The applicant became aware of the Board's decision and applied for judicial review to have it set aside. The Federal Court of Appeal granted the application and held that the Board had erred by simply adopting the agreement reached by the employer and the union when it was aware that its order affected the statutorily protected privacy rights of third parties and raised issues requiring further consideration. The matter was therefore remitted to the Board. On reconsideration, the Board concluded that its consent order complied with the Act but amended the order by adding three further privacy safeguards. Relying on paragraph 8(2)(a) of the Act, the Board acknowledged that employees' home contact information obtained by the CRA is "personal information" within the meaning of section 3 of the Act and may be disclosed only with the employees' permission (subsection 8(1)) or pursuant to a statutory provision authorizing disclosure. The Board relied on paragraph 8(2)(a) as the provision relevant to this case. It held that the CRA's purpose for obtaining the home contact information was consistent with the use for which PIPSC would use it; that PIPSC had to be able to contact bargaining unit members directly and quickly in order to discharge its representational responsibilities; and that this use of home contact information was consistent with the purpose for which the CRA had obtained it. Accordingly, disclosure to PIPSC of employees' home addresses and telephone numbers for the proposed use was permitted by paragraph 8(2)(a).

syndicats qui l'ont représentée. Ces syndicats ont cherché à obliger l'ARC à communiquer les coordonnées personnelles de tous les employés des unités de négociation qu'ils représentaient, que les employés soient syndiqués ou non. L'appelante a refusé d'adhérer au syndicat qui la représentait en 1991. En 1992, elle a reçu une lettre de ce syndicat chez elle et a découvert que l'ARC lui avait fourni ses coordonnées. Elle a déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP), alléguant que l'employeur avait communiqué son adresse résidentielle et son numéro d'assurance sociale au syndicat sans son consentement, bien qu'elle ne fût pas membre de ce syndicat. En 1993, le CPVP a accueilli sa plainte. À la suite des recommandations du CPVP, les fonctionnaires du Conseil du Trésor ont cessé de communiquer l'adresse résidentielle des employés et de divulguer leur numéro d'assurance sociale. Deux ans plus tard, l'appelante a accepté un poste à l'ARC dans une catégorie d'emploi différente et était donc représentée par un autre syndicat : l'IPFPC. En 2007, l'IPFPC a déposé une plainte pour pratiques déloyales auprès de la Commission dans laquelle il alléguait, entre autres choses, que le refus de l'ARC de lui fournir les coordonnées personnelles des membres de l'unité de négociation contrevenait à l'alinéa 186(1)a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP). La Commission a jugé que le refus de l'ARC de fournir les renseignements demandés contrevenait à l'alinéa 186(1)a) et a ordonné aux parties de tenter de s'entendre sur les coordonnées devant être communiquées au syndicat pour que l'employeur se conforme à la LRTFP. Les parties ont réussi à s'entendre et une ordonnance sur consentement a été rendue. Lorsque l'appelante a pris connaissance de la décision de la Commission, elle a présenté une demande de contrôle judiciaire afin de la faire annuler. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande et a conclu que la Commission avait commis une erreur en se limitant à accepter l'entente conclue par l'employeur et le syndicat alors qu'elle était consciente que son ordonnance influait sur la protection en matière de respect de la vie privée que la loi offrait à des tiers et soulevait des questions nécessitant un examen plus approfondi. L'affaire a donc été renvoyée à la Commission. Après réexamen, la Commission a conclu que son ordonnance sur consentement respectait la Loi, mais elle l'a modifiée en ajoutant trois autres mesures de protection de la vie privée. Se fondant sur l'alinéa 8(2)a) de la Loi, la Commission a reconnu que les coordonnées personnelles des employés recueillies par l'ARC sont des « renseignements personnels » au sens de l'article 3 de la Loi et ne peuvent être communiquées qu'avec la permission des employés (paragraphe 8(1)) ou en application d'une disposition législative autorisant leur communication. Elle s'est appuyée sur l'alinéa 8(2)a) parce qu'elle estimait qu'il s'agissait de la disposition applicable en l'espèce. La Commission a conclu que les fins auxquelles les coordonnées personnelles ont été recueillies par l'ARC étaient compatibles avec l'usage que l'IPFPC entendait en faire, que l'IPFPC devait être en mesure de communiquer

The main issue was whether the Board's decision was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The Board's decision was reasonable. The applicant submitted several arguments to demonstrate that the Board's decision was unreasonable. Her argument that the Board failed to afford sufficient weight to the OPC's submissions and recommendations to the Board to the effect that disclosure of her home contact information was not authorized by paragraph 8(2)(a) of the Act was rejected. The OPC appeared before the Board as an intervener in the proceeding to ensure that the Board had the benefit of the OPC's particular perspective on issues that the Board had to decide. The Board's function was not to review the OPC's earlier recommendation but to apply paragraph 8(2)(a) in a manner that struck an appropriate balance between the applicant's statutory privacy rights and the PSLRA responsibilities of bargaining agents in the federal public service.

The argument that the Board did not consider all possible alternatives to the disclosure of employee's home contact information was also rejected. The Board's obligation cannot extend beyond considering alternatives put to it and reaching a conclusion that has a rational basis in the law and the evidence before it. It was reasonable for the Board to accept the evidence of witnesses for the CRA and PIPSC on both the feasibility and the cost of alternatives to disclosing employees' home contact information and it is not the Board's function to canvass every possible means of communication that could be imagined.

The applicant also misstated the issue when she noted disparities between the purpose for which she provided the CRA with her home contact information and the uses to which PIPSC proposed to put it, submitting that the Board unreasonably concluded that they were consistent for the purpose of paragraph 8(2)(a). Paragraph 8(2)(a) refers to the purpose for which the government institution obtained the information, not the purpose for which the employee provided it. A proposed use of information may be "consistent" with the

avec les membres de l'unité de négociation directement et rapidement afin de s'acquitter de ses responsabilités en matière de représentation, et que cette utilisation des coordonnées domiciliaires était compatible avec les fins auxquelles elles avaient été recueillies par l'ARC. Par conséquent, la communication à l'IPFPC des adresses résidentielles et des numéros de téléphone à domicile des employés pour l'usage projeté était autorisée par l'alinéa 8(2)a).

La principale question en litige était de savoir si la décision de la Commission était raisonnable.

*Arrêt* : la demande doit être rejetée.

La décision de la Commission était raisonnable. L'appelante a invoqué plusieurs arguments pour démontrer que la décision de la Commission était déraisonnable. Son argument portant que la Commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux observations et aux recommandations formulées par le CPVP selon lesquelles la communication de ses coordonnées personnelles n'était pas autorisée par l'alinéa 8(2)a) de la Loi a été rejeté. Le CPVP a comparu devant la Commission en qualité d'intervenant à l'instance afin de s'assurer que la Commission bénéficie du point de vue de celui-ci sur les questions qu'elle devait trancher. La tâche de la Commission n'était pas d'examiner la recommandation formulée précédemment par le CPVP, mais consistait plutôt à appliquer l'alinéa 8(2)a) de manière à établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée que confère la loi à l'appelante et les responsabilités que la LRTFP impose aux agents négociateurs de la fonction publique fédérale.

L'argument selon lequel la Commission n'a pas envisagé toutes les solutions de rechange possibles à la communication des coordonnées personnelles des employés a également été rejeté. L'obligation qui incombe à la Commission se limite à examiner les solutions de rechange qui lui sont présentées et à tirer une conclusion fondée sur des motifs rationnels en droit et au regard de la preuve dont elle dispose. Il était raisonnable que la Commission accepte les dépositions des témoins de l'ARC et de l'IPFPC concernant la faisabilité et le coût des solutions de rechange à la communication des coordonnées personnelles des employés, et il n'appartient pas à la Commission d'examiner chaque moyen de communication qu'il serait possible d'imaginer.

L'appelante a également fait une mauvaise caractérisation de la question en constatant des disparités entre les fins auxquelles elle a fourni ses coordonnées personnelles à l'ARC et les usages projetés de celles-ci par l'IPFPC et en faisant valoir qu'il n'était pas raisonnable que la Commission conclue que leur usage était compatible avec ces fins au sens de l'alinéa 8(2)a). L'alinéa 8(2)a) vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employée les a fournis. L'usage projeté des renseignements

purpose for which it was obtained even if the government institution's purpose and the other person's proposed use are not identical. It is enough that there is a sufficiently direct connection between purpose and use that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed. In this case, there is a substantial overlap between the employment-related purposes of both employer and union in which employees' compensation looms large. Thus, the Board's conclusion that paragraph 8(2)(a) applied to the facts before it was an acceptable outcome reasonably open to it on the facts and the law.

Finally, the applicant was concerned about the potential abuse of any personal information disclosed to PIPSC. In order to reduce this risk, the Board built into its order important protections to ensure that employees' privacy rights are minimally impaired. Thus, PIPSC may only use the personal information disclosed by the CRA for discharging its responsibilities under the PSLRA as bargaining agent and must take specified measures to ensure that employees' personal information does not fall into others' hands. While no safeguards are foolproof, the applicant's complaint to the OPC occurred twenty years ago when privacy rights were less well protected than they are today.

peut être « compatible » avec les fins auxquelles ils ont été recueillis, même si le but visé par l'institution fédérale et l'usage projeté par l'autre personne ne sont pas identiques. Il suffit qu'il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l'usage de sorte qu'il serait raisonnable que l'employé s'attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée. En l'espèce, il y a un chevauchement substantiel entre les fins liées à l'emploi visées par l'employeur et par le syndicat, parmi lesquelles la rémunération des employés occupe une place importante. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle l'alinéa 8(2)a) s'appliquait aux faits portés à sa connaissance constituait une issue acceptable qu'elle pouvait raisonnablement choisir au regard des faits et du droit.

Enfin, l'appelante s'inquiétait de l'abus potentiel des renseignements personnels communiqués à l'IPFPC. Afin de réduire ce risque, la Commission a prévu dans son ordonnance d'importantes mesures de protection afin de s'assurer que le droit à la vie privée des employés ne subirait qu'une atteinte minimale. Ainsi, l'IPFPC ne peut utiliser les renseignements personnels communiqués par l'ARC que pour s'acquitter des responsabilités que lui impose la LRTFP à titre d'agent négociateur et doit prendre des mesures précises pour s'assurer que les renseignements personnels des employés ne tombent pas en d'autres mains. Il est vrai qu'aucune mesure de protection n'est infaillible; cependant, l'appelante a déposé sa plainte auprès du CPVP il y a une vingtaine d'années, alors que le droit à la vie privée était moins bien protégé qu'aujourd'hui.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 “personal information” (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 47(F)), 8(1),(2)(a).

*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, ss. 51(1) (as am. *idem*, s. 274), 186(1)(a).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board and Canada Revenue Agency*, 2008 PSLRB 13; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2008 PSLRB 58;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 47(F)), 8(1),(2)(a).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 51(1) (mod., *idem*, art. 274), 186(1)a).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor et Agence du revenu du Canada*, 2008 CRTFP 13; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*,



*Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 40, 1 Admin. L.R. (5th) 110, 398 N.R. 325.

REFERRED TO:

*Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, (1991), 81 D.L.R. (4th) 545, 4 C.R.R. (2d) 193; *Public Service Alliance of Canada v. Senate of Canada*, 2011 FCA 214, 336 D.L.R. (4th) 540, 423 N.R. 200, [2011] CLC 220-045; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

APPLICATION for judicial review of a decision (2011 PSLRB 34) of the Public Service Labour Relations Board rejecting the applicant's argument that the *Privacy Act* protects her home address and telephone number from disclosure by the Canada Revenue Agency to the Professional Institute of the Public Service of Canada. Application dismissed.

APPEARANCES

Elizabeth Bernard on her own behalf.  
*Caroline Engmann* for respondent Attorney General of Canada.  
*Peter Engelmann* for respondent Professional Institute of the Public Service of Canada.  
*Andrew Raven* for intervener Public Service Alliance of Canada.

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, for respondent Professional Institute of the Public Service of Canada.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*, Ottawa, for intervener Public Service Alliance of Canada.

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

EVANS J.A.:

Introduction

2008 CRTFP 58; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 40.

DÉCISIONS CITÉES :

*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Sénat du Canada*, 2011 CAF 214; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (2011 CRTPF 34) rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant l'argument de l'appelante selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels* empêche que son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile soient communiqués par l'Agence du revenu du Canada à l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Elizabeth Bernard pour son propre compte.  
*Caroline Engmann* pour le défendeur le sous-procureur général du Canada.  
*Peter Engelmann* pour le défendeur l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.  
*Andrew Raven* pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.  
*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, pour le défendeur l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

Introduction

[1] Elizabeth Bernard is right to be concerned to protect her privacy and to attempt to minimize disclosure of her personal information. She has long attempted to prevent her employer, the Canada Revenue Agency (CRA), from disclosing her home contact information to the union that represents her. Ms. Bernard does not wish to receive communications at her home from the union, which she has declined to join, as is her right. However, under the “Rand formula” she must still pay union dues, and the union must represent all members of the bargaining unit fairly, whether they are members of the union or, like Ms. Bernard, “Rand employees”: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

[2] In this, the latest, round of her campaign, Ms. Bernard has brought an application for judicial review to set aside a decision of the Public Service Labour Relations Board (Board), dated March 21, 2011 and reported at 2011 PSLRB 34 [*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency*].

[3] In that decision, the Board rejected Ms. Bernard’s argument that the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, protects her home address and telephone number from disclosure by the CRA to the Professional Institute of the Public Service of Canada (PIPSC). PIPSC is the bargaining agent for the Audit, Financial and Scientific (AFS) group of CRA employees to which Ms. Bernard belongs.

[4] The Board held that the disclosure of this information to PIPSC was authorized by paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*, because PIPSC’s intended use of it was consistent with the purpose for which it was obtained by the CRA.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that the Board’s decision is reasonable and would therefore dismiss Ms. Bernard’s application for judicial review.

[1] Elizabeth Bernard cherche à juste titre à protéger sa vie privée et à réduire au minimum la communication de ses renseignements personnels. Elle tente depuis longtemps d’empêcher son employeur, l’Agence du revenu du Canada (l’ARC), de communiquer ses coordonnées personnelles au syndicat qui la représente. M<sup>me</sup> Bernard ne veut pas recevoir de communications chez elle de la part du syndicat, auquel elle a refusé d’adhérer, ce qui est son droit. Cependant, en vertu de la « formule Rand », elle est tout de même tenue de verser des cotisations syndicales, et le syndicat doit représenter équitablement tous les membres de l’unité de négociation, qu’il s’agisse de syndiqués ou, comme M<sup>me</sup> Bernard, d’« employés assujettis à la formule Rand » : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

[2] En l’espèce, le chapitre le plus récent de cette saga, M<sup>me</sup> Bernard a déposé une demande de contrôle judiciaire dans le but de faire annuler la décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission) le 21 mars 2011, sous la référence 2011 CRTFP 34 [*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*].

[3] Dans cette décision, la Commission a rejeté l’argument de M<sup>me</sup> Bernard selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, empêche que son adresse résidentielle et son numéro de téléphone à domicile soient communiqués par l’ARC à l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (l’IPFPC). L’IPFPC est l’agent négociateur du groupe d’employés Vérification, Finances et Sciences (VFS) de l’ARC auquel appartient M<sup>me</sup> Bernard.

[4] La Commission a conclu que la communication de ces renseignements à l’IPFPC était autorisée par l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, étant donné que l’usage qu’il entendait faire de ceux-ci était compatible avec les fins auxquelles ils ont été recueillis par l’ARC.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que la décision de la Commission est raisonnable et je suis donc d’avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par M<sup>me</sup> Bernard.

## Background

[6] For 20 years, Ms. Bernard has battled with tenacity and intelligence to protect her home contact information and other personal information from being disclosed by the CRA to the unions that have represented her. She has had some success.

[7] PIPSC and the Public Service Alliance of Canada (PSAC) have, at different times, represented occupational groups to which Ms. Bernard has belonged. The unions have sought to require the CRA to disclose the home contact information of all employees in the bargaining units that they represent, regardless of whether the employees were also union members.

[8] In order to contextualize the present application, I summarize below the principal stages of the prior proceedings that have led up to it.

(i) *Complaint to the Office of the Privacy Commissioner*

[9] Ms. Bernard started her career as a federal public servant in Revenue Canada—Taxation (now the CRA) in 1991. Her position at that time was classified within the Professional and Management group, for which PSAC was the bargaining agent. Ms. Bernard declined to join the union.

[10] In 1992, Ms. Bernard received a letter from PSAC at her home. When she asked the CRA's human resources department how PSAC had her address, she was told that it was provided by the CRA, along with other personal information. She filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner (OPC) alleging that the employer had disclosed her home address and Social Insurance Number (SIN) to PSAC without her consent, even though she was not a member of the union.

[11] In May 1993, Ms. Bernard received a letter from the OPC upholding her complaint. In response to the OPC's recommendations, Treasury Board officials had

## Contexte

[6] Pendant une vingtaine d'années, M<sup>me</sup> Bernard a lutté avec ténacité et intelligence afin d'empêcher que ses coordonnées personnelles et autres renseignements personnels soient communiqués par l'ARC aux syndicats qui l'ont représentée. Elle y est parvenue dans une certaine mesure.

[7] L'IPFPC et l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'AFPC) ont représenté, à des époques différentes, des groupes professionnels auxquels M<sup>me</sup> Bernard a appartenu. Les syndicats ont cherché à obliger l'ARC à communiquer les coordonnées personnelles de tous les employés des unités de négociation qu'ils représentent, que les employés soient syndiqués ou non.

[8] Afin de replacer la présente demande dans son contexte, je résume ci-dessous les principales étapes des procédures antérieures qui y ont mené.

i) *Plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée*

[9] M<sup>me</sup> Bernard a débuté sa carrière comme fonctionnaire fédérale à Revenu Canada — Impôt (maintenant l'ARC) en 1991. À cette époque, son poste appartenait au groupe des Services professionnels et administratifs, pour lequel l'AFPC était l'agent négociateur. M<sup>me</sup> Bernard a refusé d'adhérer au syndicat.

[10] En 1992, M<sup>me</sup> Bernard a reçu une lettre de l'AFPC chez elle. Lorsqu'elle a demandé au service des ressources humaines de l'ARC comment l'AFPC avait obtenu son adresse, on lui a répondu que l'ARC la lui avait fournie, ainsi que d'autres renseignements personnels. Elle a déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP), alléguant que l'employeur avait communiqué son adresse résidentielle et son numéro d'assurance sociale (NAS) à l'AFPC sans son consentement, bien qu'elle ne fût pas membre du syndicat.

[11] En mai 1993, M<sup>me</sup> Bernard a reçu une lettre du CPVP accueillant sa plainte. À la suite des recommandations du CPVP, les fonctionnaires du Conseil du

discontinued disclosing employees' home address, and would cease to release their SIN. Ms. Bernard thought that this victory concluded the matter.

(ii) *Proceedings before the Board*

[12] In 1995, she accepted a position in the CRA with a different job classification, which was subsequently reclassified as AFS. PIPSC is the bargaining agent for this group of employees.

[13] In 2007, PIPSC filed an unfair labour practice complaint with the Board. It alleged, among other things, that the CRA's refusal to provide it with home contact information for members of the bargaining unit breached paragraph 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA). This provision prohibits employers from interfering in the administration of unions and their representation of employees. The contact information requested by PIPSC included employees' telephone numbers, email, and mailing addresses, both at work and at home.

[14] In a decision dated February 21, 2008 and reported at 2008 PSLRB 13 [*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board of Canada*] (February decision), the Board held that the CRA's refusal to provide any of the requested information breached paragraph 186(1)(a). This decision has never been challenged. The Board directed the parties to attempt to reach an agreement on how much contact information had to be disclosed to the union in order to bring the employer into compliance with the PSLRA.

[15] The parties were able to agree. Under the terms of a consent order dated July 18, 2008 and reported at 2008 PSLRB 58 [*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency*] (July decision), the CRA undertook to disclose to PIPSC on a quarterly basis the home addresses and telephone numbers of the AFS bargaining unit's members that the employer had in its human resources information system.

Trésor ne communiquaient plus l'adresse résidentielle des employés et allaient cesser de divulguer leur NAS. M<sup>me</sup> Bernard croyait que cette victoire mettait fin à cette affaire.

ii) *Instance devant la Commission*

[12] En 1995, elle a accepté un poste à l'ARC dans une catégorie d'emploi différente, qui a ensuite été reclassifié dans le groupe VFS. L'IPFPC est l'agent négociateur de ce groupe d'employés.

[13] En 2007, l'IPFPC a déposé une plainte pour pratiques déloyales auprès de la Commission. Il alléguait, entre autres choses, que le refus de l'ARC de lui fournir les coordonnées personnelles des membres de l'unité de négociation contrevenait à l'alinéa 186(1)a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (LRTFP). Cette disposition interdit à l'employeur d'intervenir dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des fonctionnaires par celui-ci. Les coordonnées demandées par l'IPFPC comprenaient les numéros de téléphone ainsi que les adresses postales et électroniques des employés, au travail et au domicile.

[14] Dans une décision rendue le 21 février 2008 et portant la référence 2008 CRTFP 13 [*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor et Agence du revenu du Canada*] (la décision de février), la Commission a jugé que le refus de l'ARC de fournir les renseignements demandés contrevenait à l'alinéa 186(1)a). Cette décision n'a jamais été contestée. La Commission a ordonné aux parties de tenter de s'entendre sur les coordonnées devant être communiquées au syndicat pour que l'employeur se conforme à la LRTFP.

[15] Les parties ont réussi à s'entendre. Conformément à l'ordonnance sur consentement rendue le 18 juillet 2008 et portant la référence 2008 CRTFP 58 [*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*] (la décision de juillet), l'ARC s'est engagée à communiquer trimestriellement à l'IPFPC les adresses résidentielles et les numéros de téléphone à domicile des membres de l'unité de

PIPSC undertook to use that information only for the purposes of enabling it to fulfil its PSLRA representational obligations as exclusive bargaining agent, and to ensure that the personal information is securely stored and protected.

[16] Ms. Bernard had received no notice of these proceedings and was not involved in them. However, when she became aware of the Board's July decision, she made an application for judicial review to have it set aside. Granting the application, the Court held that the Board had erred by simply adopting the agreement reached by the employer and the union when it was aware that its order affected the statutorily protected privacy rights of third parties, and raised issues requiring further consideration.

[17] Consequently, the Court remitted the matter for a reasoned decision on what information the employer must provide to enable the union to discharge its obligations under the PSLRA as the exclusive bargaining agent of the employees in the bargaining unit, without breaching employees' rights under the *Privacy Act*. The Court's decision is reported as *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 40, 1 Admin. L.R. (5th) 110 (*Bernard I*).

#### Decision of the Board

[18] As directed by *Bernard I*, the Board reconsidered its July decision. It received submissions from the CRA, PIPSC, and interveners, notably, Ms. Bernard, the OPC, and other public service unions and employers.

[19] In careful and thoughtful reasons for the decision under review in this application, the Board concluded that its July order complied with the *Privacy*

négociation VFS dont l'employeur dispose dans son système d'information sur les ressources humaines. L'IPFPC s'est engagé à n'utiliser ces renseignements que dans le but de lui permettre de s'acquitter des obligations en matière de représentation que lui impose la LRTFP à titre d'agent négociateur exclusif et à s'assurer que les renseignements personnels soient protégés et conservés en toute sécurité.

[16] M<sup>me</sup> Bernard n'avait pas été avisée de ces procédures et n'y a pas pris part. Cependant, lorsqu'elle a pris connaissance de la décision de juillet de la Commission, elle a présenté une demande de contrôle judiciaire afin de la faire annuler. Lorsqu'elle a accueilli la demande, la Cour a conclu que la Commission avait commis une erreur en se limitant à accepter l'entente conclue par l'employeur et le syndicat alors qu'elle était consciente que son ordonnance influait sur la protection en matière du respect de la vie privée que la loi offrait à des tiers et soulevait des questions nécessitant un examen plus approfondi.

[17] Par conséquent, la Cour a retourné l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une décision motivée quant aux renseignements que l'employeur doit fournir pour permettre au syndicat de s'acquitter des obligations que lui impose la LRTFP à titre d'agent négociateur exclusif des fonctionnaires de l'unité de négociation, sans porter atteinte aux droits qui leur sont conférés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La décision de la Cour est répertoriée sous l'arrêt *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 40 (*Bernard I*).

#### Décision de la Commission

[18] Tel qu'ordonné dans l'arrêt *Bernard I*, la Commission a réexaminé sa décision de juillet. Elle a reçu des observations de l'ARC, de l'IPFPC et d'intervenants, notamment de M<sup>me</sup> Bernard, du CPVP ainsi que d'autres syndicats de la fonction publique et employeurs.

[19] Dans les motifs de la décision visée par la présente demande de contrôle judiciaire qu'elle avait énoncés avec soin et attention, la Commission a conclu

*Act*, but amended it by adding three further privacy safeguards. First, home contact information sent by the employer to the union must be password protected or encrypted. Second, the employer must advise employees on their initial appointment to a position in the bargaining unit that their home contact information will be shared with the union. Third, home contact information provided by the employer must be appropriately disposed of when the union receives updated information from the employer.

[20] The Board acknowledged that employees' home contact information obtained by the CRA is "personal information" within the meaning of section 3 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, Item 47(F)] of the *Privacy Act* and may be disclosed only with the employees' permission (subsection 8(1)) or pursuant to a statutory provision authorizing disclosure. The Board relied on paragraph 8(2)(a) as the provision relevant to this case.

#### 8. ...

Where personal information may be disclosed

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

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

[21] The Board found that the CRA required employees to provide their home address and gave them the option of also providing their home telephone number, which Ms. Bernard did. The Board also found that the CRA had obtained this information from employees for the purpose of contacting them about the terms and conditions of their employment. PIPSC wanted the information to enable it to discharge its PSLRA responsibilities as the bargaining agent for all

que son ordonnance de juillet respectait la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais elle l'a modifiée en ajoutant trois autres mesures de protection de la vie privée. Premièrement, les coordonnées domiciliaires transmises au syndicat par l'employeur doivent être protégées par un mot de passe ou chiffrées. Deuxièmement, l'employeur doit aviser l'employé lors de sa nomination initiale à un poste faisant partie de l'unité de négociation que ses coordonnées domiciliaires seront communiquées au syndicat. Troisièmement, il doit être dûment disposé des coordonnées domiciliaires fournies par l'employeur dès que le syndicat reçoit de l'employeur des renseignements à jour.

[20] La Commission a reconnu que les coordonnées personnelles des employés recueillis par l'ARC sont des « renseignements personnels » au sens de l'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 47(F)] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ne peuvent être communiquées qu'avec la permission des employés (paragraphe 8(1)) ou en application d'une disposition législative autorisant leur communication. La Commission s'est appuyée sur l'alinéa 8(2)a), estimant qu'il s'agissait de la disposition applicable en l'espèce.

#### 8. [...]

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

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

Cas d'autorisation

[21] La Commission a conclu que l'ARC obligeait les employés à fournir leur adresse résidentielle et leur offrait le choix de fournir ou non leur numéro de téléphone à domicile, ce que M<sup>me</sup> Bernard a fait aussi. La Commission a également conclu que l'ARC avait recueilli ces renseignements auprès des employés afin de les informer des conditions de leur emploi. L'IPFPC voulait ces renseignements afin de lui permettre de s'acquitter des responsabilités que lui imposait la LRTFP

members of the bargaining unit it represented, whether or not they were also members of the union.

[22] Those responsibilities include the duty to represent employees fairly in: collective bargaining; prosecuting complaints against employers; the filing and adjudication of grievances; and conducting strike and final-offer votes. The discharge of these duties may require the union to: gather employee input in order to prepare bargaining positions; verify information given by the employer; give notice of strike action; provide information when conducting strike votes; advise employees of planned downsizing and inquire whether they are considering early retirement; and communicate with employees who may be either affected by essential services agreements or involved in the grievance process.

[23] Drawing on labour board jurisprudence from other jurisdictions, the Board stated that the employment relationship in a unionized environment is “three-way”: employer, employee, and union. On this basis, it held that the CRA’s purpose for obtaining the home contact information (contacting employees about the terms and conditions of their employment) was consistent with the use for which PIPSC would use it (discharging its statutory duties as bargaining agent by contacting employees about employment-related matters).

[24] The fact that the CRA’s 43 000 employees are spread across Canada makes it particularly important for PIPSC to be able to communicate quickly and effectively with members of the bargaining unit. The Board considered means by which PIPSC could communicate with the employees it represents, other than by reaching them at home. These included contacting them at work, posting information on the union’s website, and using its stewards’ network.

à titre d’agent négociateur de tous les membres de l’unité de négociation qu’il représentait, qu’il s’agît ou non de syndiqués.

[22] Ces responsabilités comprennent le devoir de représenter les employés équitablement pour : la négociation collective; le dépôt de plaintes contre les employeurs; le dépôt et le renvoi à l’arbitrage de griefs; la tenue d’un vote de grève ou sur les offres finales de l’employeur. Pour s’acquitter de ces obligations, le syndicat peut être tenu de faire ce qui suit : obtenir les commentaires des employés afin de préparer les positions de négociation; vérifier les renseignements fournis par l’employeur; aviser les membres du déclenchement d’une grève; fournir de l’information lors de la tenue d’un vote de grève; informer les employés qu’une réduction du personnel est prévue et leur demander s’ils envisagent de prendre une retraite anticipée; communiquer avec les employés pouvant être touchés par des ententes sur les services essentiels ou prenant part à la procédure de règlement des griefs.

[23] S’inspirant de la jurisprudence d’autres instances en matière de droit du travail, la Commission a déclaré que la relation d’emploi dans un contexte syndical comprend « trois parties » : l’employeur, l’employé et le syndicat. Pour cette raison, elle a jugé que les fins auxquelles l’ARC recueillait les coordonnées domiciliaires (informer les employés des conditions de leur emploi) étaient compatibles avec l’usage auquel l’IPFPC les destinait (s’acquitter de ses obligations légales à titre d’agent négociateur en communiquant avec les employés pour des questions liées à leur emploi).

[24] Du fait que les 43 000 employés de l’ARC sont dispersés à travers le Canada, il est particulièrement important que l’IPFPC soit capable de communiquer rapidement et efficacement avec les membres de l’unité de négociation. La Commission s’est penchée sur les moyens par lesquels l’IPFPC pourrait communiquer avec les employés qu’il représente, autrement qu’en les joignant chez eux. Il pourrait notamment les contacter au travail, afficher des renseignements sur le site Web du syndicat et se servir de son réseau de délégués syndicaux.

[25] On the basis of evidence from PIPSC, the Board concluded that none of these methods were adequate for PIPSC's purposes. For example, the employer controls its electronic networks and retains the right to review all electronic correspondence; employees' work contact information often changes; PIPSC's stewards' network is patchy, and thus not a reliable means of communication; and PIPSC's own website is not secure and can be accessed by the employer.

[26] Hence, the Board concluded that PIPSC had to be able to contact bargaining unit members directly and quickly in order to discharge its representational responsibilities, and that this use of home contact information was consistent with the purpose for which the CRA had obtained it. Accordingly, disclosure to PIPSC of employees' home addresses and telephone numbers for the proposed use was permitted by paragraph 8(2)(a).

#### Issues and analysis

[27] **Admissibility of evidence:** Objections were made to the inclusion in Ms. Bernard's application record of exhibits to her affidavit that were not before the Board. Courts normally conduct judicial review on the basis of the material that was before the administrative decision-maker. In my view, there is no basis for including the impugned exhibits, which in any event are of little, if any, relevance to the issues in dispute in this proceeding.

[28] *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 *Bernard I*, the Court's order required the Board to identify the types of information that the employer must provide to PIPSC without violating Ms. Bernard's rights under the *Privacy Act*. The Board declined to consider the Charter arguments advanced by Ms. Bernard in support of her privacy claim,

[25] Sur la foi du témoignage de l'IPFPC, la Commission a conclu qu'aucune de ces méthodes n'était adéquate pour les besoins de celui-ci. Par exemple, l'employeur surveille ses réseaux électroniques et conserve le droit d'examiner toute la correspondance électronique; les coordonnées au travail des employés changent souvent; le réseau de délégués syndicaux de l'IPFPC est inégal et ne constitue donc pas un moyen de communication fiable; le propre site Web de l'IPFPC n'est pas sécurisé et est accessible à l'employeur.

[26] En conséquence, la Commission a conclu que l'IPFPC devait être en mesure de communiquer avec les membres de l'unité de négociation directement et rapidement afin de s'acquitter de ses responsabilités en matière de représentation, et que cette utilisation des coordonnées domiciliaires était compatible avec les fins auxquelles elles ont été recueillies par l'ARC. Par conséquent, la communication à l'IPFPC des adresses résidentielles et des numéros de téléphone à domicile des employés pour l'usage projeté était autorisée par l'alinéa 8(2)a).

#### Questions en litige et analyse

[27] **Recevabilité de la preuve :** Il y a eu objection à ce que soient versées au dossier de la demande de M<sup>me</sup> Bernard des pièces jointes à son affidavit qui n'ont pas été produites devant la Commission. Les tribunaux procèdent généralement au contrôle judiciaire en se fondant sur les documents dont disposait le décideur administratif. À mon avis, rien ne justifie l'inclusion des pièces contestées, lesquelles revêtent de toute façon peu d'importance, sinon aucune, à l'égard des questions en litige en l'espèce.

[28] *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]] : Dans l'affaire *Bernard I*, l'ordonnance de la Cour obligeait la Commission à déterminer les genres de renseignements que l'employeur doit fournir à l'IPFPC sans porter atteinte aux droits conférés à M<sup>me</sup> Bernard par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La



on the ground that the Court had remitted the matter to it for the sole purpose of determining what types of contact information could be disclosed to PIPSC without violating Ms. Bernard's rights under the *Privacy Act*.

[29] Ms. Bernard argued that the Board was wrong to so limit the scope of its inquiry because tribunals always have jurisdiction to determine Charter challenges to the exercise of their powers. Further, she noted, the Board had been willing to entertain Charter arguments advanced in the union's written representations prior to its February decision, even though, as it turned out, the Board was able to reach a decision without having to decide the Charter issues.

[30] I do not agree with this argument. No doubt, the Board has the statutory jurisdiction to decide any Charter issues necessary to resolve a matter before it; this is why it would have decided in its February decision the Charter issues raised by PIPSC, had it been necessary.

[31] The present case, however, is somewhat different, in that the decision under review was made pursuant to a Court ordered redetermination of the Board's July decision. Hence, the scope of the Board's decision-making authority in that proceeding was defined by the Court's order in *Bernard I*. That order limited the Board to determining how much home contact information the CRA may disclose to PIPSC without infringing Ms. Bernard's rights under the *Privacy Act*. It did not authorize the Board to reconsider its February decision in light of Ms. Bernard's Charter rights.

Commission a refusé de prendre en considération les arguments fondés sur la Charte invoqués par M<sup>me</sup> Bernard au soutien de sa revendication du respect de la vie privée, au motif que la Cour lui avait renvoyé l'affaire uniquement pour qu'elle détermine quels genres de coordonnées pouvaient être communiquées à l'IPFPC sans porter atteinte aux droits conférés à M<sup>me</sup> Bernard par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[29] M<sup>me</sup> Bernard a allégué que la Commission a eu tort de circonscrire ainsi l'étendue de son examen, car les tribunaux ont toujours compétence pour statuer sur les contestations fondées sur la Charte relativement à l'exercice de leurs pouvoirs. De plus, elle a souligné que la Commission avait accepté d'examiner des arguments fondés sur la Charte invoqués dans les observations écrites du syndicat avant de rendre sa décision de février, même si, en fin de compte, la Commission a été en mesure de rendre une décision sans avoir à trancher les questions relatives à la Charte.

[30] Je ne souscris pas à cet argument. La Commission a sans aucun doute le pouvoir légal de trancher toute question relative à la Charte nécessaire pour régler l'affaire dont elle est saisie; c'est pourquoi elle aurait tranché dans sa décision de février les questions relatives à la Charte soulevées par l'IPFPC, si cela avait été nécessaire.

[31] Toutefois, la présente affaire est quelque peu différente, en ce sens que la décision faisant l'objet du contrôle a été rendue dans le cadre d'un réexamen de la décision de juillet de la Commission qui avait été ordonné par la Cour. En conséquence, l'étendue du pouvoir décisionnel de la Commission dans cette procédure a été définie par l'ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire *Bernard I*. Cette ordonnance a restreint la Commission à déterminer les coordonnées personnelles que l'ARC peut communiquer à l'IPFPC sans porter atteinte aux droits conférés à M<sup>me</sup> Bernard par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle n'a pas autorisé la Commission à réexaminer sa décision de février à la lumière des droits garantis par la Charte à M<sup>me</sup> Bernard.

[32] **Standard of review:** In the absence of previous jurisprudence involving the particular issues raised in this case, a brief standard of review analysis is required, focussing on the presence of the preclusive clause and, more important, on the nature of the question in dispute. The Board's expertise in labour relations has been judicially acknowledged, as have the statutory objectives of the PSLRA and the role of the Board in the administration of the statutory scheme: see, for example, *Public Service Alliance of Canada v. Senate of Canada*, 2011 FCA 214, 336 D.L.R. (4th) 540, at paragraphs 21, 27–30.

[33] First, the Board's decisions are protected by a strong preclusive clause in subsection 51(1) [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 274] of the PSLRA. This provision is a clear signal from Parliament that courts should normally review the Board's decisions on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 52.

[34] Second, whether the CRA can be required to disclose Ms. Bernard's home contact information depends, in part, on whether paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act* applies. The Board was authorized to interpret and apply section 8 of the *Privacy Act* in this case in order to decide the matter before it. However, the *Privacy Act* is neither the Board's enabling statute, nor one closely related to it. Nor, as far as I am aware, is it a statute that the Board regularly applies. The interpretation of the *Privacy Act* is thus not within the scope of the Board's expertise, and the presumption of judicial deference applicable to the Board's interpretation of its enabling statute, or one closely connected to it, does not apply here.

[35] However, the Board had to decide two intermediate questions before determining if the use for which PIPSC wanted employees' home addresses and telephone numbers was "consistent" with the purposes

[32] **Norme de contrôle :** En l'absence de jurisprudence antérieure concernant les questions particulières soulevées en l'espèce, il faut procéder à une brève analyse relative à la norme de contrôle portant sur la présence de la clause privative et, plus important encore, sur la nature de la question en litige. Les tribunaux ont reconnu l'expertise de la Commission dans le domaine des relations de travail, ainsi que l'objet de la LRTFP et le rôle de la Commission dans l'administration du régime législatif : voir, par exemple, *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Sénat du Canada*, 2011 CAF 214, aux paragraphes 21 et 27 à 30.

[33] Premièrement, les décisions rendues par la Commission sont protégées par une clause privative stricte au paragraphe 51(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 274] de la LRTFP. Par cette disposition, le Parlement dit clairement que les cours devraient normalement contrôler les décisions de la Commission suivant la norme de la raisonabilité : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 52.

[34] Deuxièmement, la possibilité que l'ARC puisse être tenue de communiquer les coordonnées personnelles de M<sup>me</sup> Bernard dépend, en partie, de la question de savoir si l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique. La Commission était autorisée à interpréter et à appliquer l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en l'espèce afin de statuer sur l'affaire dont elle était saisie. Cependant, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est ni la loi habilitante de la Commission, ni une loi intimement liée à celle-ci. Il ne s'agit pas non plus, pour autant que je sache, d'une loi que la Commission applique régulièrement. L'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne relève donc pas du champ d'expertise de la Commission, et la présomption de retenue judiciaire applicable à l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante, ou d'une loi étroitement liée à celle-ci, ne s'applique pas en l'espèce.

[35] Toutefois, la Commission devait trancher deux questions intermédiaires avant de déterminer si l'usage auquel l'IPFPC destinait les adresses résidentielles et les numéros de téléphone à domicile des employés était

for which the CRA had obtained this information within the meaning of paragraph 8(2)(a).

[36] To be precise, the Board had to make findings of fact about the CRA's purposes in collecting the home contact information and about the use that PIPSC proposed to make of it. In addition, it had to define the scope of the duties imposed by the PSLRA (the Board's "home statute") on PIPSC as the bargaining agent of all members of the AFS bargaining unit, including Ms. Bernard. On findings of fact and the interpretation of the PSLRA, the Board is entitled to deference.

[37] Moreover, whether PIPSC's proposed use of the information and the CRA's purpose in obtaining it are "consistent" is a question of mixed fact and law that does not involve any readily extricable question of more general application that would elevate it to one of statutory interpretation. That the question in dispute does not involve the interpretation of the *Privacy Act* weakens the case for reviewing the decision for correctness, especially since the Board was applying a provision of that Act to a labour relations context, its undisputed area of expertise.

[38] On the basis of all these considerations, the decision of the Board in this case should be reviewed on a standard of reasonableness.

[39] **Was the Board's decision reasonable?** Reasonableness is a function of the cogency and transparency of the reasons given by the Board to justify its decision, and of whether the decision itself falls within a range of acceptable outcomes rationally defensible on the law and the facts: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[40] Ms. Bernard advances seven arguments to demonstrate that the Board's decision is unreasonable.

[41] First, the Board failed to afford sufficient weight to the submissions and recommendations made to the

« compatible » avec les fins auxquelles l'ARC avait recueilli ces renseignements au sens de l'alinéa 8(2)a).

[36] Plus précisément, la Commission devait tirer des conclusions de fait quant aux fins auxquelles les coordonnées domiciliaires étaient recueillies par l'ARC et quant à l'usage projeté de ces renseignements par l'IPFPC. De plus, elle devait déterminer l'étendue des obligations qu'impose la LRTFP (la « loi constitutive » de la Commission) à l'IPFPC à titre d'agent négociateur de tous les membres de l'unité de négociation VFS, y compris M<sup>me</sup> Bernard. En ce qui concerne les conclusions de fait et l'interprétation de la LRTFP, la Commission a droit à la déférence.

[37] Par ailleurs, la question de savoir si l'usage projeté des renseignements par l'IPFPC et les fins auxquelles ils ont été recueillis par l'ARC sont « compatibles » est une question mixte de fait et de droit qui ne soulève pas de question nettement isolable d'application plus générale qui l'élèverait au rang de question d'interprétation législative. Le fait que la question en litige ne concerne pas l'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* affaiblit la thèse selon laquelle il faudrait appliquer la norme de la décision correcte, d'autant plus que la Commission a appliqué une disposition de cette loi dans un contexte de relations de travail, son champ d'expertise incontesté.

[38] À la lumière de toutes ces considérations, la norme de contrôle applicable à la décision rendue par la Commission en l'espèce est celle de la raisonabilité.

[39] **La décision de la Commission était-elle raisonnable?** Le caractère raisonnable tient à la pertinence et à la transparence des motifs énoncés par la Commission pour justifier sa décision, ainsi qu'à l'appartenance de cette décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier rationnellement au regard des faits et du droit : *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

[40] M<sup>me</sup> Bernard invoque sept arguments pour démontrer que la décision de la Commission est déraisonnable.

[41] Premièrement, la Commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux observations et aux

Board by the OPC to the effect that disclosure of her home contact information was not authorized by paragraph 8(2)(a). Indeed, Ms. Bernard went so far as to say that because the OPC had greater expertise than the Board in privacy rights, the Board was bound to accept the OPC's submissions.

[42] I do not agree. The OPC appeared before the Board as an intervener in the proceeding, in order to ensure that the Board had the benefit of the OPC's particular perspective on issues that the Board had to decide. The Board's function was not to review the OPC's 1993 recommendation, which, as I understand it, was made without input from the public service unions. Rather, the Board's task was to apply paragraph 8(2)(a) in a manner that struck an appropriate balance between Ms. Bernard's statutory privacy rights and the PSLRA responsibilities of bargaining agents in the federal public service. I would also add that, unlike the Board, the OPC's statutory powers only enable it to make recommendations, not to issue orders.

[43] Second, Ms. Bernard argues that the Board did not consider all possible alternatives to the disclosure of employees' home contact information. For example, the CRA could give employees the option of providing a mailing address different from their home address, which the CRA would disclose to the union. Ms. Bernard also submitted that the Board was wrong to reject other suggested alternatives because of their cost.

[44] I do not agree with this submission. I shall assume for present purposes that the existence of alternatives to disclosing personal information is relevant to determining whether the proposed use of information is "consistent" with the purpose for which it was obtained by the government institution within the meaning of paragraph 8(2)(a).

[45] Even so, the Board's obligation cannot extend beyond considering alternatives put to it and reaching

recommandations formulées par le CPVP selon lesquelles la communication de ses coordonnées personnelles n'était pas autorisée par l'alinéa 8(2)a). En fait, M<sup>me</sup> Bernard est allée jusqu'à dire que, comme le CPVP possédait une expertise plus grande que celle de la Commission en matière de droit à la vie privée, cette dernière était tenue de souscrire aux observations du CPVP.

[42] Je ne suis pas d'accord. Le CPVP a comparu devant la Commission en qualité d'intervenant à l'instance, afin de s'assurer que la Commission bénéficie du point de vue de celui-ci sur les questions qu'elle devait trancher. Il n'entrait pas dans les attributions de la Commission d'examiner la recommandation qui a été formulée par le CPVP en 1993, si j'ai bien compris, sans le concours des syndicats de la fonction publique. La tâche de la Commission consistait plutôt à appliquer l'alinéa 8(2)a) de manière à établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée que confère la loi à M<sup>me</sup> Bernard et les responsabilités que la LRTFP impose aux agents négociateurs de la fonction publique fédérale. Je tiens également à ajouter que, à la différence de la Commission, les pouvoirs légaux du CPVP lui permettent uniquement de formuler des recommandations, non de rendre des ordonnances.

[43] Deuxièmement, M<sup>me</sup> Bernard allègue que la Commission n'a pas envisagé toutes les solutions de rechange possibles à la communication des coordonnées personnelles des employés. Par exemple, l'ARC pourrait offrir aux employés la possibilité de fournir une adresse postale différente de leur adresse résidentielle qu'elle communiquerait au syndicat. M<sup>me</sup> Bernard a également soutenu que la Commission a eu tort de rejeter d'autres solutions de rechange proposées en raison de leur coût.

[44] Je ne souscris pas à cet argument. Je tiendrai pour acquis en l'espèce que l'existence de solutions de rechange à la communication des renseignements personnels est pertinente pour déterminer si l'usage projeté des renseignements est « compatible » avec les fins auxquelles ils ont été recueillis par l'institution fédérale au sens de l'alinéa 8(2)a).

[45] Néanmoins, l'obligation qui incombe à la Commission se limite à examiner les solutions de rechange

a conclusion that has a rational basis in the law and the evidence before it. Ms. Bernard is seeking to hold the Board to a higher standard than that of reasonableness. It was reasonable for the Board to accept the evidence of witnesses for the CRA and PIPSC on both the feasibility and the cost of alternatives to disclosing employees' home contact information. It is not the function of the Board to canvass every possible means of communication that could be imagined. Moreover, in balancing privacy rights with the union's ability to discharge its statutory duties, the Board may reasonably have regard to the expense that any suggested alternative means of communication might impose on the union and the employer.

[46] Third, Ms. Bernard submitted in oral argument that the Board did not consider the disclosure of home addresses and telephone numbers as separate issues. Her point was that, even if PIPSC's role as bargaining agent required it to contact members of the bargaining unit at home, it did not need to call them at home.

[47] However, Ms. Bernard had not included this argument in her memorandum of fact and law. Indeed, counsel submitted that no distinction had been made before the Board between addresses and telephone numbers. In these circumstances, it would be unfair to the CRA, PIPSC, and PSAC to attach much weight to this argument.

[48] I would only say that in order to discharge at least some of its duties as bargaining agent (concerning strike votes, for example), PIPSC may often need a more immediate form of communication with employees than that provided by regular mail.

[49] Fifth, Ms. Bernard submitted that the disclosure of employees' home contact information could not be necessary for the union to discharge the statutory duties of a bargaining agent. She pointed out that there have been no complaints that PIPSC has failed to discharge

qui lui sont présentées et à tirer une conclusion fondée sur des motifs rationnels en droit et au regard de la preuve dont elle dispose. M<sup>me</sup> Bernard tente d'assujettir la Commission à une norme plus élevée que celle de la raisonabilité. Il était raisonnable que la Commission accepte les dépositions des témoins de l'ARC et de l'IPFPC concernant la faisabilité et le coût des solutions de rechange à la communication des coordonnées personnelles des employés. Il n'appartient pas à la Commission d'examiner chaque moyen de communication qu'il serait possible d'imaginer. Par ailleurs, lorsqu'elle pondère le droit à la vie privée par rapport à la capacité du syndicat de s'acquitter de ses obligations légales, il est raisonnable que la Commission prenne en considération les dépenses que tout autre moyen de communication proposé est susceptible d'entraîner pour le syndicat et l'employeur.

[46] Troisièmement, M<sup>me</sup> Bernard a fait valoir dans sa plaidoirie que la Commission n'a pas traité la communication des adresses résidentielles et des numéros de téléphone à domicile comme des questions distinctes. Selon elle, même si le rôle de l'IPFPC à titre d'agent négociateur l'obligeait à contacter les membres de l'unité de négociation chez eux, il n'était pas nécessaire de les appeler chez eux.

[47] Toutefois, M<sup>me</sup> Bernard n'avait pas inclus cet argument dans son mémoire des faits et du droit. D'ailleurs, les avocats ont fait valoir qu'aucune distinction n'avait été établie devant la Commission entre les adresses et les numéros de téléphone. Dans ces circonstances, il serait injuste pour l'ARC, l'IPFPC et l'AFPC d'attacher beaucoup d'importance à cet argument.

[48] Je me contenterai de dire que, afin de s'acquitter d'au moins quelques-unes de ses obligations d'agent négociateur (à l'égard des votes de grève, par exemple), il peut souvent être nécessaire que l'IPFPC communique avec les employés plus rapidement que par courrier ordinaire.

[49] Cinquièmement, M<sup>me</sup> Bernard a fait valoir que la communication des coordonnées personnelles des employés ne pouvait être nécessaire pour que le syndicat s'acquitte des obligations légales incombant à un agent négociateur. Elle a souligné qu'aucune plainte n'a été

its representational duties during the time when it did not have access to this information.

[50] I do not agree. The fact that PIPSC has not had access to this information and an unsupported allegation that no employee has complained about a lack of communication from the union do not prove that the previous arrangements were satisfactory. There is no evidence to rebut the evidence from the official of PIPSC that the union must be able to contact employees at home in order to provide fair representation. The Board also found as a fact that other means of communication were not adequate to enable PIPSC to discharge its statutory responsibilities.

[51] Sixth, Ms. Bernard said that she should be able to opt out of receiving timely communications from PIPSC on employment-related matters. However, she has not waived her right to fair representation by PIPSC, assuming that this were legally possible. Meanwhile, as the Board found, a union's ability to directly and quickly contact members of a bargaining unit is integral to the discharge of its duties of fair representation.

[52] Seventh, Ms. Bernard notes disparities between the purpose for which she provided the CRA with her home contact information and the uses to which PIPSC proposed to put it. In my view, this misstates the issue. Paragraph 8(2)(a) refers to the purpose for which the government institution obtained the information, not the purpose for which the employee provided it. The form filled out by newly hired employees when providing their home contact information stated that it was needed by the CRA for compensation purposes. Ms. Lücker, who testified for the CRA, also stated that telephone numbers were needed for business continuity purposes, so that a manager could contact an employee who was away from work, for example. PIPSC said that it required the information so that it could discharge its duties as bargaining agent under the PSLRA. Hence, Ms. Bernard submitted, it was not reasonable for the

déposée au motif que l'IPFPC ne s'était pas acquitté de ses obligations en matière de représentation pendant la période où il n'avait pas accès à ces renseignements.

[50] Je ne suis pas d'accord. Le fait que l'IPFPC n'a pas eu accès à ces renseignements et une allégation non étayée selon laquelle aucun employé ne s'est plaint d'un manque de communication de la part du syndicat ne prouvent pas que les arrangements antérieurs étaient satisfaisants. Aucun élément de preuve ne réfute le témoignage du représentant de l'IPFPC selon lequel le syndicat doit être en mesure de communiquer avec les employés chez eux afin de les représenter équitablement. La Commission a également constaté que d'autres moyens de communication ne permettaient pas à l'IPFPC de s'acquitter de ses responsabilités légales.

[51] Sixièmement, M<sup>me</sup> Bernard a affirmé qu'elle devrait pouvoir choisir de ne pas recevoir de communications en temps opportun de la part de l'IPFPC relativement à des questions liées à l'emploi. Cependant, elle n'a pas renoncé à son droit à une représentation équitable par l'IPFPC, à supposer que cela soit légalement possible. Par ailleurs, comme l'a conclu la Commission, la capacité d'un syndicat à communiquer directement et rapidement avec les membres d'une unité de négociation est indispensable à l'accomplissement de son devoir de représentation équitable.

[52] Septièmement, M<sup>me</sup> Bernard constate des disparités entre les fins auxquelles elle a fourni ses coordonnées personnelles à l'ARC et les usages projetés de celles-ci par l'IPFPC. À mon avis, il s'agit d'une mauvaise caractérisation de la question. L'alinéa 8(2)a) vise les fins auxquelles l'institution fédérale a recueilli les renseignements, non les fins auxquelles l'employé les a fournis. Le formulaire que remplissent les employés nouvellement embauchés lorsqu'ils fournissent leurs coordonnées personnelles indiquait qu'elles étaient requises par l'ARC à des fins de rémunération. M<sup>me</sup> Lücker, qui témoignait pour le compte de l'ARC, a également déclaré que les numéros de téléphone étaient nécessaires pour assurer la continuité des activités, par exemple pour qu'un gestionnaire puisse communiquer avec un employé qui est absent du travail. L'IPFPC a affirmé avoir besoin de ces renseignements pour pouvoir s'acquitter

Board to conclude that they were “consistent” for the purpose of paragraph 8(2)(a).

[53] I do not agree. A proposed use of information may be “consistent” with the purpose for which it was obtained, even if the government institution’s purpose and the other person’s proposed use are not identical. It is enough that there is a sufficiently direct connection between purpose and use that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed. In the present case, there is a substantial overlap between the employment-related purposes of both employer and union, in which employees’ compensation looms large. Hence, in my view, the Board’s conclusion that paragraph 8(2)(a) applied to the facts before it was an acceptable outcome reasonably open to it on the facts and the law.

[54] Finally, Ms. Bernard is concerned about the potential abuse of any personal information disclosed to PIPSC. In order to reduce this risk, the Board built into its order important protections to ensure that employees’ privacy rights are minimally impaired. Thus, PIPSC may only use the personal information disclosed by the CRA for discharging its responsibilities under the PSLRA as bargaining agent, and must take specified measures to ensure that employees’ personal information does not fall into others’ hands.

[55] True, no safeguards are foolproof. However, to the extent that Ms. Bernard’s concerns are based on previous experience, I would note that her complaint to the OPC about the abuse of her personal information occurred 20 years ago, when privacy rights were less well protected than they are today. Ms. Bernard may always complain to the Board if abuses occur, despite the safeguards that the Board has put in place—safeguards that did not exist in 1993 when the OPC investigated Ms. Bernard’s complaint.

des obligations à titre d’agent négociateur que lui impose la LRTFP. En conséquence, selon M<sup>me</sup> Bernard, il n’était pas raisonnable que la Commission conclue que leur usage était « compatible » avec ces fins au sens de l’alinéa 8(2)a).

[53] Je ne suis pas d’accord. L’usage projeté des renseignements peut être « compatible » avec les fins auxquelles ils ont été recueillis, même si le but visé par l’institution fédérale et l’usage projeté par l’autre personne ne sont pas identiques. Il suffit qu’il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l’usage de sorte qu’il serait raisonnable que l’employé s’attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée. En l’espèce, il y a un chevauchement substantiel entre les fins liées à l’emploi visées par l’employeur et par le syndicat, parmi lesquelles la rémunération des employés occupe une place importante. Par conséquent, à mon avis, la conclusion de la Commission selon laquelle l’alinéa 8(2)a) s’appliquait aux faits portés à sa connaissance constituait une issue acceptable qu’elle pouvait raisonnablement choisir au regard des faits et du droit.

[54] Enfin, M<sup>me</sup> Bernard s’inquiète de l’abus potentiel des renseignements personnels communiqués à l’IPFPC. Afin de réduire ce risque, la Commission a prévu dans son ordonnance d’importantes mesures de protection afin de s’assurer que le droit à la vie privée des employés ne subisse qu’une atteinte minimale. Ainsi, l’IPFPC ne peut utiliser les renseignements personnels communiqués par l’ARC que pour s’acquitter des responsabilités que lui impose la LRTFP à titre d’agent négociateur et doit prendre des mesures précises pour s’assurer que les renseignements personnels des employés ne tombent pas en d’autres mains.

[55] Il est vrai qu’aucune mesure de protection n’est infaillible. Cependant, dans la mesure où les craintes de M<sup>me</sup> Bernard sont fondées sur une expérience antérieure, je tiens à souligner qu’elle a déposé sa plainte auprès du CPVP relativement à l’abus de ses renseignements personnels il y a une vingtaine d’années, alors que le droit à la vie privée était moins bien protégé qu’aujourd’hui. M<sup>me</sup> Bernard peut toujours porter plainte auprès de la Commission s’il y a abus malgré les mesures de protection que la Commission a mises en place — des mesures

de protection qui n'existaient pas en 1993 lorsque le CPVP a fait enquête sur la plainte de M<sup>me</sup> Bernard.

#### Conclusions

[56] For these reasons, I would dismiss Ms. Bernard's application for judicial review with costs payable to the Attorney General of Canada and to PIPSC.

BLAIS C.J.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

#### Conclusions

[56] Pour ces motifs, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire présentée par M<sup>me</sup> Bernard avec dépens en faveur du procureur général du Canada et de l'IPFPC.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.



A-215-11  
2012 FCA 106A-215-11  
2012 CAF 106**Teva Canada Limited** (*Appellant*)**Teva Canada Limitée** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Health and Sanofi-Aventis Canada Inc.** (*Respondents*)**Le ministre de la Santé et Sanofi-Aventis Canada Inc.** (*intimés*)**INDEXED AS: TEVA CANADA LIMITED v. CANADA (HEALTH)****RÉPERTORIÉ : TEVA CANADA LIMITÉE c. CANADA (SANTÉ)**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Noël and Stratas J.J.A.—Toronto, March 19; Ottawa, April 10, 2012.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Noël et Stratas, J.C.A.—Toronto, 19 mars; Ottawa, 10 avril 2012.

*Food and Drugs — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Minister of Health (respondent) decision refusing to remove drug Eloxatin from register of “innovative drugs” maintained by respondent under Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1(9) — Appellant requesting that respondent remove Eloxatin from register on ground not meeting definition of “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1) — Arguing that respondent having “previously approved” drug, authorizing thousands of uses of Eloxatin by way of emergency treatment under Special Access Programme set out in Regulations — Respondent concluding that authorizations under Special Access Programme not constituting previous approval for purposes of definition of “innovative drug” — Whether previously granted authorizations under Special Access Programme making drug “previously approved” under Regulations, s. C.08.004.1(1) — Respondent’s interpretation of Regulations correct — Correctly finding that Eloxatin meeting definition of “innovative drug” in Regulations, s. C.08.004.1(1); thus, respondent right to keep drug on register of innovative drugs — Under Regulations, safety, effectiveness of new drug having to be established before being marketed in Canada — Special Access Programme different from usual way in which new drugs marketed in Canada, allowing for use of certain drugs despite fact safety, efficacy not demonstrated — Appellant’s submission that medicinal ingredient in Eloxatin “approved” within meaning of definition of “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1) creating lack of clarity, uncertainty — Under Regulations, approval signalled by issuance of notice of compliance, drug identification number — Regulations, s. C.08.004.1(1) constituting limited, special purpose section designed to implement certain specific treaty obligations undertaken by Canada (Regulations, s. C.08.004.1(2)) — Accepting appellant’s interpretation that “previously approved” including authorizations granted under Special Access Programme would undercut treaty provisions — Therefore, drugs for which previous authorizations under Special Access Programme having been granted not*

*Aliments et Drogues — Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la décision visée par le contrôle judiciaire du ministre de la Santé (intimé) refusant de retirer l’Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l’intimé en vertu de l’art. C.08.004.1(9) du Règlement sur les aliments et drogues — L’appelante a demandé que l’intimé retire l’Eloxatine du registre parce que ce médicament ne correspond pas à la définition de « drogue innovante » qui figure à l’art. C.08.004.1(1) du Règlement — L’appelante a fait valoir que l’intimé avait « déjà approuvé » le médicament en autorisant des milliers de fois l’utilisation de l’Eloxatine à titre de traitement d’urgence en vertu du Programme d’accès spécial établi en application du Règlement — L’intimé a conclu que les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial ne constituaient pas une approbation antérieure au sens de la définition du terme « drogue innovante » — Il s’agissait de savoir si les autorisations déjà accordées en vertu du Programme d’accès spécial justifiaient qu’un médicament soit considéré comme « déjà approuvé » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement — L’intimé a correctement interprété le Règlement — Il a conclu à juste titre que l’Eloxatine satisfaisait à la définition du terme « drogue innovante » de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement; c’est à bon droit qu’il a maintenu ce médicament au registre des drogues innovantes — En vertu du Règlement, l’innocuité et l’efficacité d’un nouveau médicament doivent être établies avant qu’il soit commercialisé au Canada — Le Programme d’accès spécial diffère de la façon habituelle dont les nouveaux médicaments sont commercialisés au Canada, permettant l’utilisation de certaines drogues en l’absence de données établissant leur innocuité et leur efficacité — L’argument de l’appelante selon lequel l’ingrédient médicinal de l’Eloxatine a été « approuvé », au sens où on l’entend dans la définition du terme « drogue innovante » énoncée à l’art. C.08.004.1(1) du Règlement a créé de l’ambiguïté et de l’incertitude — En vertu du Règlement, l’approbation se réalise au moment de la délivrance d’un avis de conformité et de l’attribution d’une identification*

“previously approved” within meaning of Regulations, s. C.08.004.1(1) — Respondent correct in deciding that Eloxatin constituting “innovative drug” under Regulations, s. C.08.004.1(1); that Eloxatin should remain on register of innovative drugs under Regulations, s. C.08.004.1(9) — As to cross-appeal, directed against Federal Court’s reasons for dismissing preliminary objections — Cross-appeal lying against judgments, orders, not reasons — Appeal, cross-appeal dismissed.

*Practice — Cross-appeal — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review brought by appellant — Cross-appeal in present case brought by respondent Sanofi-Aventis; concerning, in particular, certain preliminary objections to appellant’s standing, ability to assert matter in Federal Court, Federal Court of Appeal — Cross-appeal not lying in present case — Federal Court’s order not adversely affecting Sanofi-Aventis — Cross-appeal herein directed against Federal Court’s reasons for dismissing preliminary objections — Cross-appeal lying against judgments, orders, not reasons.*

*Practice — Parties — Standing — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing judicial review brought by appellant — In cross-appeal, respondent Sanofi-Aventis raising certain preliminary objections to appellant’s standing — Whether appellant having standing to bring application for judicial review — Sanofi-Aventis claiming appellant not “person directly affected by matter in which relief sought” as required under Federal Courts Act, s. 18.1(1) but Federal Court right to dismiss objection — Accepting Sanofi-Aventis’ submission would do nothing to improve delivery of justice, would serve no good purpose.*

*Administrative Law — Judicial Review — Examination of word “decision” in Federal Courts Acts, s. 18.1(2) — Whether*

*numérique — L’art. C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l’objet est limité et particulier; conçu pour permettre la mise en œuvre de certaines obligations que le Canada a contractées par traité (art. C.08.004.1(2) du Règlement) — En acceptant l’interprétation de l’appelante, à savoir que le terme « déjà approuvé » vise notamment les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial, on contrecarrerait l’effet des dispositions pertinentes des traités — Par conséquent, les médicaments antérieurement approuvés en vertu du Programme d’accès spécial ne comprennent pas un ingrédient médicinal « déjà approuvé » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement — L’intimé a décidé à bon droit que l’Eloxatine était une « drogue innovante » au sens de l’art. C.08.004.1(1) du Règlement; que l’Eloxatine devait demeurer inscrit au registre des drogues innovantes suivant l’art. C.08.004.1(9) du Règlement — Pour ce qui est de l’appel incident, il visait les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections préliminaires — Un appel incident est formé à l’encontre d’un jugement ou d’une ordonnance, et non à l’encontre des motifs — Appel et appel incident rejetés.*

*Pratique — Appel incident — Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante — L’appel incident en l’espèce a été interjeté par l’intimée, Sanofi-Aventis; il concernait plus particulièrement certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de l’appelante et sa capacité de présenter la demande devant la Cour fédérale et de faire appel devant la Cour d’appel fédérale — L’appel incident était irrecevable en l’espèce — La décision rendue par la Cour fédérale ne causait aucun préjudice à Sanofi-Aventis — L’appel incident visait les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections préliminaires — Un appel incident est formé à l’encontre d’un jugement ou d’une ordonnance, et non à l’encontre des motifs.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Appel et appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante — En appel incident, l’intimée Sanofi-Aventis a soulevé certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de l’appelante — Il s’agissait de savoir si l’appelante avait qualité pour agir pour présenter la demande de contrôle judiciaire — Sanofi-Aventis a fait valoir que l’appelante n’était pas « directement touché[e] par l’objet de la demande » en vertu de l’art. 18.1(1) de la Loi sur les Cours fédérales, mais la Cour fédérale a à bon droit rejeté l’objection — Le fait d’accepter l’argument de Sanofi-Aventis « ne permettrait pas de mieux rendre justice » et ne servirait aucune « raison légitime ».*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Examen du mot « décision » au sens de l’art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours*

*decision of Minister of Health (respondent) not to remove drug Eloxatin from register of “innovative drugs” maintained by respondent constituting fresh “decision” within meaning of Federal Courts Act, s. 18.1(2) — Respondent’s decision not to remove drug Eloxatin from register constituting “fresh” decision within meaning of Federal Courts Act, s. 18.1(2); constituting fresh exercise of discretion — Accordingly, respondent’s decision constituting “decision” susceptible to judicial review under Federal Courts Act, s. 18.1.*

This was an appeal and cross-appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review brought by the appellant. In 2007, the Minister of Health (respondent) placed Sanofi-Aventis Canada Inc.’s drug, Eloxatin, on a register of “innovative drugs” maintained by the respondent under subsection C.08.004.1(9) of the *Food and Drug Regulations*. Later, the appellant requested that the respondent remove Eloxatin from the register because it did not meet the definition of an “innovative drug” under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. Under that definition, to be an “innovative drug”, Eloxatin must contain “a medicinal ingredient not previously approved by the respondent. The appellant argued that the respondent has “previously approved” the drug, authorizing thousands of uses of Eloxatin by way of emergency treatment under the Special Access Programme set out in the Regulations. The respondent rejected the appellant’s request, concluding that authorizations under the Special Access Programme do not constitute a previous approval for the purposes of the definition of “innovative drug”. The respondent’s decision was the subject of the appellant’s application for judicial review in the Federal Court and its appeal in this case.

With respect to Sanofi-Aventis’ cross-appeal, it concerned certain preliminary objections to the appellant’s standing and ability to assert this matter in the Federal Court and on appeal to the Federal Court of Appeal. It was unsuccessful in raising these objections in the Federal Court.

The issues were whether previously granted authorizations under the Special Access Programme make a drug “previously approved” under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations; whether the appellant had standing to bring its application for judicial review; and whether the respondent’s decision not to remove the drug Eloxatin from the register constituted a fresh “decision” within the meaning of the *Federal Courts Act*, s. 18.1(2).

*féderales — Il s’agissait de savoir si la décision du ministre de la Santé (intimé) de ne pas retirer l’Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l’intimé constituait une nouvelle « décision » au sens de l’art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales — La décision de l’intimé de ne pas retirer l’Eloxatine du registre constituait une « nouvelle » décision au sens de l’art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales; il s’agissait d’un nouvel exercice de son pouvoir discrétionnaire — Par conséquent, la décision de l’intimé constituait une « décision » susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l’art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales.*

Il s’agissait d’un appel et d’un appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante. En 2007, le ministre de la Santé (intimé) a inscrit l’Eloxatine, un médicament fabriqué par Sanofi-Aventis Canada Inc., au registre des « drogues innovantes » qu’il est chargé de tenir en vertu du paragraphe C.08.004.1(9) du *Règlement sur les aliments et drogues* (le *Règlement*). Plus tard, l’appelante a demandé à l’intimé de retirer l’Eloxatine du registre parce que ce médicament ne satisfaisait pas à la définition de « drogue innovante » qui figure au paragraphe C.08.004.1(1) du *Règlement*. Selon cette définition, pour être une « drogue innovante », l’Eloxatine doit contenir « un ingrédient médicinal » non déjà approuvé par l’intimé. L’appelante a prétendu que l’intimé avait « déjà approuvé » le médicament, autorisant des milliers de fois l’utilisation de l’Eloxatine à titre de traitement d’urgence en vertu du Programme d’accès spécial établi en application du *Règlement*. L’intimé a rejeté la demande de l’appelante en concluant que les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial ne constituaient pas une approbation antérieure au sens de la définition du terme « drogue innovante ». La décision de l’intimé a fait l’objet de la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante devant la Cour fédérale et dont le rejet est à l’origine du présent appel.

Quant à l’appel incident de Sanofi-Aventis, il concernait certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de l’appelante et sa capacité de présenter la demande devant la Cour fédérale et de faire appel devant la Cour d’appel fédérale. Ces objections soulevées devant la Cour fédérale n’ont pas été retenues.

Il s’agissait de savoir si les autorisations déjà accordées en vertu du Programme d’accès spécial justifiaient qu’un médicament soit considéré comme « déjà approuvé » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du *Règlement*; si l’appelante avait qualité pour agir pour présenter la demande de contrôle judiciaire; et si la décision du ministre de la Santé de ne pas retirer l’Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l’intimé constituait une nouvelle « décision » au sens du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

*Held*, the appeal and cross-appeal should be dismissed.

The respondent's interpretation of the Regulations was correct. The respondent correctly found that Eloxatin met the definition of "innovative drug"; thus, the respondent was right to keep it on the register of innovative drugs. While the definition of "innovative drug" is found in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations, the term "previously approved" in the definition of "innovative drug" is not itself defined. The appellant submitted, in particular, that "previously approved" must be interpreted to include mass authorizations under the Special Access Programme. It also submitted that the respondent incorrectly interpreted "previously approved" as meaning whether a drug has received market authorization. While the appellant saw the definition of "innovative drug" in subsection C.08.004.1(1) and more broadly the Regulations as being aimed at achieving a compromise between providing monopolies to innovators for a period of time and allowing generics to obtain timely market access, the wording, architecture and purpose of the Regulations suggest a different prism—that of the safety and efficacy of drugs. Under the Regulations, a new drug may not be marketed in Canada unless its manufacturer has first obtained a notice of compliance and a drug identification number: section C.08.004 and subsection C.01.014(1) of the Regulations. To obtain these, there must be a demonstration directly or indirectly founded upon data and studies that, in the respondent's view, have established safety and effectiveness. The Special Access Programme is different: it allows for the use of certain drugs despite the absence of data and studies demonstrating the safety and efficacy of the drug. Drugs available under the Special Access Programme are not founded upon data and studies that, in the respondent's view, have established safety and effectiveness but rather are made available in emergency situations as a treatment of last resort where conventional treatments have failed or are unavailable.

The appellant's submission that the medicinal ingredient in Eloxatin was "approved" within the meaning of the definition of "innovative drug" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations created lack of clarity and uncertainty, something that the Regulations try to eliminate. Whether or not a drug is approved and authorized for market and sale in Canada is of importance to the manufacturer, its competitors, medical professionals, pharmacists and patients. Clarity and certainty on this is essential. Under the Regulations, the magic moment of approval is signalled by the issuance of a notice of compliance and a drug identification number. The appellant's interpretation would lead to complicated factual inquiries and difficult questions that run counter to the theme of clarity and certainty in the area of approvals under the Regulations.

*Arrêt* : l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

Le ministre a correctement interprété les dispositions pertinentes du Règlement. L'intimé a conclu à juste titre que l'Eloxatine satisfaisait à la définition du terme « drogue innovante », et c'est à bon droit qu'il a maintenu ce médicament au registre des drogues innovantes. Bien que la définition de « drogue innovante » figure au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement, les mots « déjà approuvé » qui apparaissent dans la définition du terme « drogue innovante » ne sont pas eux-mêmes définis. L'appelante a prétendu en particulier que les mots « déjà approuvé » devaient être interprétés de manière à englober les autorisations accordées massivement en vertu du Programme d'accès spécial. Elle a également soutenu que c'est à tort que l'intimé a déterminé que les mots « déjà approuvé » signifiaient qu'une autorisation de vente avait été accordée pour un médicament. Bien que la définition du terme « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1) et, de façon plus générale, le Règlement visent à atteindre un compromis entre le fait d'accorder un monopole à des innovateurs pour une certaine période et d'offrir aux fabricants de produits génériques l'accès au marché en temps opportun, le libellé, l'architecture et l'objet du Règlement semblent suggérer un ensemble de critères différent, celui de l'innocuité et de l'efficacité des médicaments. En vertu du Règlement, un nouveau médicament ne peut être commercialisé au Canada que si son fabricant a d'abord obtenu un avis de conformité et une identification numérique : article C.08.004 et paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Pour les obtenir, il faut convaincre le ministre de l'innocuité et de l'efficacité du médicament en se fondant, directement ou indirectement, sur des données et des études. Le Programme d'accès spécial est différent. Il permet l'utilisation de certaines drogues en l'absence de données et d'études établissant leur innocuité et leur efficacité. Les médicaments pouvant être utilisés en vertu du Programme d'accès spécial ne font pas l'objet de données et d'études qui, de l'avis du ministre, ont établi leur innocuité et leur efficacité. Ils sont plutôt utilisés dans des situations d'urgence comme traitement de dernier recours lorsque les traitements classiques ont échoué ou ne peuvent être utilisés.

L'argument de l'appelante voulant que l'ingrédient médicinal de l'Eloxatine ait été « approuvé », au sens où on l'entend dans la définition du terme « drogue innovante » énoncée au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement, a créé de l'ambiguïté et de l'incertitude, ce que le Règlement tente d'éliminer. La question de savoir si un médicament est approuvé et autorisé en vue de sa commercialisation et de sa vente au Canada est une question qui revêt beaucoup d'importance pour le fabricant, ses concurrents, les professionnels de la santé, les pharmaciens et les patients. La clarté et la certitude à cet égard sont essentielles. En vertu du Règlement, l'approbation se réalise au moment de la délivrance d'un avis de conformité et de l'attribution d'une identification numérique. L'interprétation de l'appelante mènerait à un examen

Many of the appellant's submissions embodied the view that subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is about achieving a compromise between providing monopolies for a period of time to innovative drug manufacturers while allowing timely market access to generic drug manufacturers. In fact, this is not the case. Subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is a limited, special purpose section designed to implement certain specific treaty obligations undertaken by Canada: subsection C.08.004.1(2) of the Regulations. These obligations are found in provisions in the three treaty provisions in the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* and the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*. Broadly, the provisions in question aim to protect an innovator who submits undisclosed data in support of an application for approval to market a drug containing a new chemical entity. Given that the definition of "innovative drug" in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations was intended to implement these treaty provisions, "previously approved" in subsection C.08.004.1(1) must mean a previous marketing approval. Accepting the appellant's interpretation that "previously approved" in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations includes authorizations granted under the Special Access Program would undercut the treaty provisions in question. Therefore, drugs for which previous authorizations under the Special Access Programme have been granted are not "previously approved" within the meaning of subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. Although many authorizations had been granted for Eloxatin under the Special Access Programme, Eloxatin had not previously received a notice of compliance or a drug information number. Therefore, the respondent was correct in deciding that Eloxatin was an "innovative drug" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations and that it should remain on the register of innovative drugs under subsection C.08.004.1(9) of the Regulations.

A cross-appeal did not lie in this case. The Federal Court's order did not adversely affect Sanofi-Aventis but rather gave it exactly what it wanted: a dismissal of the appellant's application for judicial review. In reality, Sanofi-Aventis' cross-appeal was directed against the Federal Court's reasons

factuel complexe et soulèverait des questions difficiles, ce qui va à l'encontre des exigences de clarté et de certitude relatives aux approbations accordées en vertu du Règlement.

Plusieurs des arguments présentés par l'appelante s'appuyaient sur la thèse voulant que le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement vise l'atteinte d'un compromis entre l'établissement d'un monopole pendant une certaine période en faveur du fabricant d'une drogue innovante et la permission accordée aux fabricants de médicaments génériques d'avoir accès au marché en temps utile. Or, tel n'est pas le cas. Le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l'objet est limité et particulier, conçu pour permettre la mise en œuvre de certaines obligations que le Canada a contractées par traité : paragraphe C.08.004.1(2) du Règlement. Ces obligations se trouvent dans les dispositions des trois traités suivants : l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, l'annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* et l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*. D'une manière générale, ces dispositions visent à protéger un innovateur qui soumet des données non encore divulguées à l'appui d'une demande d'approbation de vente d'une drogue renfermant une nouvelle substance chimique. Compte tenu du fait que la définition du terme « drogue innovante » énoncée au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement a pour objet de mettre en œuvre les dispositions susmentionnées, les mots « déjà approuvé » au paragraphe C.08.004.1(1) doivent se rapporter à une approbation antérieure de commercialisation. En acceptant l'interprétation de l'appelante, à savoir que le terme « déjà approuvé » figurant au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement vise les autorisations accordées en vertu du Programme d'accès spécial, on contrecarrerait l'effet des dispositions des traités en question. Par conséquent, les médicaments antérieurement approuvés en vertu du Programme d'accès spécial ne comprennent pas un ingrédient médicinal « déjà approuvé » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Bien que plusieurs autorisations aient été accordées pour l'Eloxatine en vertu du Programme d'accès spécial, ce médicament n'a auparavant fait l'objet d'aucun avis de conformité et d'aucune identification numérique. Par conséquent, c'est à bon droit que l'intimé a décidé que l'Eloxatine était une « drogue innovante » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement et que ce médicament devait demeurer inscrit au registre des drogues innovantes suivant le paragraphe C.08.004.1(9) du Règlement.

L'appel incident était irrecevable en l'espèce. La décision rendue par la Cour fédérale n'a causé aucun préjudice à Sanofi-Aventis. Cette décision lui a accordé exactement ce qu'elle voulait — le rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante. En réalité, l'appel incident de

for dismissing the preliminary objections. A cross-appeal lies against judgments and orders, not reasons.

As for Sanofi-Aventis' preliminary objection that the appellant was not a person "directly affected by the matter in which relief is sought" as required under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, the Federal Court was right to dismiss that objection. The *Federal Courts Act* is aimed at achieving, *inter alia*, justice, fairness, practicality, order and efficiency. Accepting Sanofi-Aventis' submission would do nothing to improve delivery of justice and would serve no good purpose. In the face of a dismissal, the appellant would simply restart its application with direct standing.

Regarding the respondent's decision not to remove the drug Eloxatin from the register of innovative drugs, it constituted a "fresh" decision within the meaning of subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. The respondent is obligated to maintain the register of innovative drugs pursuant to subsection C.08.004.1(9) of the Regulations, which includes the power to add or delete information to or from the register, as necessary. The respondent's decision refusing the appellant's request was a decision concerning the maintenance of the register and was a fresh exercise of discretion. Accordingly, the respondent's decision was a "decision" susceptible to judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 341(1)(b).
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.01.014(1) (as enacted by SOR/81-248, s. 2), C.08.002 (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4), C.08.002.1 (as enacted by SOR/95-411, s. 5), C.08.004 (as am. by SOR/95-411, s. 6), C.08.004.1(1) "innovative drug" (as enacted by SOR/2006-241, s. 1), (2) (as enacted *idem*), (3) (as enacted *idem*), (4) (as enacted *idem*), (9) (as enacted *idem*), C.08.010, C.08.011.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 3(2).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in

Sanofi-Aventis visait les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections préliminaires. Un appel incident est formé à l'encontre d'un jugement ou d'une ordonnance, et non à l'encontre des motifs.

Quant à l'objection préliminaire de Sanofi-Aventis selon laquelle l'appelante n'était pas « directement touché[e] par l'objet de la demande » en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a eu raison de rejeter cette objection. La *Loi sur les Cours fédérales* poursuit notamment des objectifs de justice, d'équité, d'utilité, d'ordre et d'efficacité. Le fait d'accepter l'argument de Sanofi Aventis « ne permettrait pas de mieux rendre justice » et ne servirait aucune « raison légitime ». Devant un refus, l'appelante devrait simplement présenter à nouveau la demande en ayant qualité directe pour agir.

En ce qui concerne la décision de l'intimé de ne pas retirer l'Eloxatine du registre des drogues innovantes, elle constituait une « nouvelle » décision au sens du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'intimé est tenu de tenir le registre des drogues innovantes conformément au paragraphe C.08.004.1(9) du Règlement. À cette fin, il a le pouvoir d'ajouter et de supprimer des données au besoin. La décision de l'intimé de rejeter la demande de l'appelante concernait la tenue du registre et nécessitait qu'il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, la décision de l'intimé était une « décision » susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

#### 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), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.01.014(1) (édicte par DORS/81-248, art. 2), C.08.002 (mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4), C.08.002.1 (édicte par DORS/95-411, art. 5), C.08.004 (mod. par DORS/95-411, art. 6), C.08.004.1(1) « drogue innovante » (édicte par DORS/2006-241, art. 1), (2) (édicte, *idem*), (3) (édicte, *idem*), (4) (édicte, *idem*), (9) (édicte, *idem*), C.08.010, C.08.011.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 3(2).
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 341(1)(b).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du*

Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299, Art. 39.

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1711.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 378, [2011] 1 F.C.R. 78, 315 D.L.R. (4th) 270, 100 Admin. L.R. (4th) 244, aff'd 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1.

##### REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Hospira Healthcare Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 345, 92 C.P.R. (4th) 1, 414 N.R. 262; *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618, 90 C.P.R. (4th) 223, 413 N.R. 89; *Kligman v. M.N.R.*, 2004 FCA 152, [2004] 4 F.C.R. 477, 239 D.L.R. (4th) 1, [2004] 3 C.T.C. 211; *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, 2004 FCA 352, [2005] 2 F.C.R. 195, 245 D.L.R. (4th) 577, 20 Admin. L.R. (4th) 313; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] C.T.C. 339 (C.A.); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1997] 3 F.C. 752, (1997), 74 C.P.R. (3d) 307, 133 F.T.R. 184 (T.D.); *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 606, 426 N.R. 131.

APPEAL, CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 507, 95 C.P.R. (4th) 423, 390 F.T.R. 1) dismissing an application for judicial review of the Minister of Health's refusal to remove the drug Eloxatin from a register of "innovative drugs" maintained by the respondent under subsection C.08.004.1(9) of the *Food and Drug Regulations*. Appeal, cross-appeal dismissed.

*Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1711.

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, art. 39.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 378, [2011] 1 R.C.F. 78, conf. par 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 345; *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618; *Kligman c. M.R.N.*, 2004 CAF 152, [2004] 4 R.C.F. 477; *Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CAF 352, [2005] 2 R.C.F. 195; *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] 3 C.F. 752 (1<sup>re</sup> inst.); *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 606.

APPEL ET APPEL INCIDENT formés à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (2011 CF 507) de rejeter la décision visée par le contrôle judiciaire du ministre de la Santé refusant de retirer l'Eloxatine du registre des « drogues innovantes » tenu par l'intimé en vertu du paragraphe C.08.004.1(9) du *Règlement sur les aliments et drogues*. Appel et appel incident rejetés.

## APPEARANCES

*Robert W. Staley, Dominique T. Hussey and Christopher D. Heer* for appellant.  
*Eric Peterson* for respondent Minister of Health.  
*Judith Robinson and Brian Daley* for respondent Sanofi-Aventis Canada Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

*Bennett Jones LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Health.  
*Norton Rose OR LLP*, Montréal, for respondent Sanofi-Aventis Canada Inc.

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

[1] STRATAS J.A.: This is an appeal and cross-appeal from the Federal Court’s dismissal of an application for judicial review brought by the appellant, Teva Canada Limited: 2011 FC 507, 95 C.P.R. (4th) 423 (*per* Justice Campbell).

[2] In 2007, the Minister of Health placed Sanofi-Aventis Canada Inc.’s drug, Eloxatin, on a register of “innovative drugs” maintained by her under subsection C.08.004.1(9) [as enacted by SOR/2006-241, s. 1] of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 [the Regulations]. As will be seen, the presence of Eloxatin on the register has meant that Teva cannot market its own version of Eloxatin.

[3] In 2010, Teva requested that the Minister remove Eloxatin from the register because it does not meet the definition of an “innovative drug” [as enacted *idem*] under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. Under that definition, to be an “innovative drug” Eloxatin must contain “a medicinal ingredient [oxaliplatin] not previously approved by the Minister”. In Teva’s view, the Minister has “previously approved” it: since 1999, the Minister authorized thousands of uses of Eloxatin by way of emergency treatment under the Special Access Programme set out in the Regulations.

## ONT COMPARU

*Robert W. Staley, Dominique T. Hussey et Christopher D. Heer* pour l’appelante.  
*Eric Peterson* pour l’intimé le ministre de la Santé.  
*Judith Robinson et Brian Daley* pour l’intimée Sanofi-Aventis Canada Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bennett Jones LLP*, Toronto, pour l’appelante.  
*Sous-procureur général du Canada* pour l’intimé ministre de la Santé.  
*Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour l’intimée Sanofi-Aventis Canada Inc.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La Cour est saisie d’un appel et d’un appel incident formés à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante, Teva Canada Limitée : voir 2011 CF 507 (le juge Campbell).

[2] En 2007, le ministre de la Santé a inscrit l’Eloxatine, un médicament fabriqué par Sanofi-Aventis Canada Inc., au registre des « drogues innovantes » qu’il est chargé de tenir en vertu du paragraphe C.08.004.1(9) [édicte par DORS/2006-241, art. 1] du *Règlement sur les aliments et drogues* (C.R.C., ch. 870) (le Règlement). Comme nous le verrons, la présence de l’Eloxatine au registre empêchait Teva de commercialiser sa propre version de ce médicament.

[3] En 2010, Teva a demandé au ministre de retirer l’Eloxatine du registre parce que ce médicament ne satisfaisait pas à la définition de « drogue innovante » [édicte, *idem*] qui figure au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Selon cette définition, pour être une « drogue innovante », l’Eloxatine doit contenir « un ingrédient médicinal [l’oxaliplatine] non déjà approuvé dans une drogue par le ministre ». De l’avis de Teva, le ministre l’a « déjà approuvé » : depuis 1999, il a autorisé des milliers de fois l’utilisation de l’Eloxatine à titre de traitement d’urgence en vertu du Programme d’accès spécial établi en application du Règlement.



[4] The Minister decided to reject Teva's request. This is the decision that is the subject of Teva's application for judicial review in the Federal Court and its appeal to this Court. The Minister interpreted the Regulations and concluded that authorizations under the Special Access Programme do not constitute a previous approval for the purposes of the definition of "innovative drug".

[5] For the reasons set out below, like the Federal Court, I find that the Minister's interpretation of the Regulations was correct. The Minister correctly found that Eloxatin met the definition of "innovative drug" and so she was right to keep it on the register of innovative drugs. Therefore, I would dismiss the appeal.

[6] Sanofi-Aventis' cross-appeal concerns certain preliminary objections to Teva's standing and ability to assert this matter in the Federal Court and on appeal to this Court. It raised these objections in the Federal Court and was unsuccessful. For reasons set out below, these objections should not have been advanced by way of cross-appeal and, in any event, they are not well founded. Therefore I would dismiss the cross-appeal.

A. The standard of review that should apply to the Minister's decision

[7] At the heart of the Minister's decision is a question of legislative interpretation: whether authorizations under the Special Access Programme can constitute a "[previous] approv[al]" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. The Federal Court held that the Minister's decision should be reviewed on the basis of correctness.

[8] Before us, Sanofi-Aventis and the Minister submit that the Minister's decision should be reviewed on the basis of the deferential standard of reasonableness: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 50.

[4] Le ministre a rejeté la demande de Teva. Cette décision a fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire présentée par Teva devant la Cour fédérale dont le rejet est à l'origine du présent appel. Le ministre a interprété les dispositions pertinentes du Règlement et a conclu que les autorisations accordées en vertu du Programme d'accès spécial ne constituent pas une approbation antérieure au sens de la définition du terme « drogue innovante ».

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis, comme la Cour fédérale, que le ministre a correctement interprété les dispositions pertinentes du Règlement. Il a conclu à juste titre que l'Eloxatine satisfaisait à la définition du terme « drogue innovante » et c'est à bon droit qu'il a maintenu ce médicament au registre des drogues innovantes. Par conséquent, je rejeterais l'appel.

[6] L'appel incident de Sanofi-Aventis concerne certaines objections préliminaires portant sur la qualité pour agir de Teva et sa capacité de présenter la demande devant la Cour fédérale et de faire appel devant notre Cour. Ces objections ont été soulevées devant la Cour fédérale, mais n'ont pas été retenues. Pour les motifs exposés ci-dessous, ces objections n'auraient pas dû faire l'objet d'un appel incident et, en tout état de cause, elles sont dépourvues de fondement. Par conséquent, je rejeterais l'appel incident.

A. La norme de contrôle applicable à la décision du ministre

[7] Le point central de la décision du ministre est une question d'interprétation légale : il s'agit de déterminer si les autorisations accordées en vertu du Programme d'accès spécial font qu'un médicament soit « déjà approuvé » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. La Cour fédérale a estimé que la décision du ministre était susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte.

[8] Devant notre Cour, Sanofi-Aventis et le ministre soutiennent que la décision du ministre est susceptible de contrôle suivant la norme déférente du caractère raisonnable : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 50.

[9] In my view, the Minister's interpretation of the Regulations was correct and so this question need not be determined.

B. Can previously granted authorizations under the Special Access Programme make a drug "previously approved" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations?

[10] The Minister answered this question in the negative. Teva answers it in the affirmative.

[11] As mentioned previously, the definition of "innovative drug" is found in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations:

**C.08.004.1(1)** The following definitions apply in this section.

"innovative drug" means a drug that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister and that is not a variation of a previously approved medicinal ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph.

[12] The term "previously approved" in the definition of "innovative drug" is not itself defined.

[13] Teva says that "previously approved" must be interpreted to include mass authorizations under the Special Access Programme. To hold otherwise is to give Sanofi-Aventis an inordinate and unjustifiable monopoly for a number of years. In this case, Eloxatin had been widely available abroad for many years to treat colorectal cancer. It had been widely available in Canada for more than eight years under the Special Access Programme. It had been genericized in Canada and around the world. Yet, in 2007, the Minister granted it "innovative" status, forcing generics off the market. Teva says that that is against the purpose of section C.08.004.1 and the Regulations generally.

[9] À mon avis, le ministre a correctement interprété les dispositions pertinentes du Règlement si bien qu'il n'y a pas lieu de trancher cette question.

B. Les autorisations déjà accordées en vertu du Programme d'accès spécial peuvent-elles justifier qu'un médicament soit considéré comme « déjà approuvé » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement?

[10] Le ministre a répondu par la négative à cette question. Teva y répond par l'affirmative.

[11] Comme il a été mentionné précédemment, la définition de « drogue innovante » est énoncée au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement :

**C.08.004.1 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« drogue innovante » S'entend de toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d'un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d'ester, d'énantiomère, de solvate ou de polymorphe.

[12] Les mots « déjà approuvé » qui apparaissent dans la définition du terme « drogue innovante » ne sont pas eux-mêmes définis.

[13] Teva affirme que les mots « déjà approuvé » doivent être interprétés de manière à englober les autorisations accordées massivement en vertu du Programme d'accès spécial. Soutenir qu'il en va autrement reviendrait à accorder à Sanofi-Aventis un monopole excessif et injustifiable durant de nombreuses années. En l'espèce, l'Eloxatine est utilisé à l'étranger depuis plusieurs années pour traiter le cancer colorectal. Il a été largement utilisé au Canada depuis plus de huit ans en vertu du Programme d'accès spécial. Une version générique du médicament a été produite au Canada et ailleurs dans le monde. Pourtant, en 2007, le ministre lui a donné le statut de drogue « innovante », ce qui a amené l'exclusion des produits génériques du marché. Teva affirme que cette situation va à l'encontre de l'objet de l'article C.08.004.1 en particulier et du Règlement de façon générale.

[14] Teva also submits that the Minister incorrectly interpreted “previously approved” as meaning whether a drug has received market authorization, i.e., whether a notice of compliance or drug identification number allowing the drug to be marketed was previously issued under the Regulations. In Teva’s view, had the Minister adopted an interpretive approach mindful of the need to avoid an inordinate and unjustifiable monopoly, she would have made a different decision.

[15] In Teva’s view, an interpretation of “approved” that encompasses authorizations under the Special Access Programme would allow for other relevant questions to be asked, all of which are in accordance with the purposes of section C.08.004.1 and the Regulations generally. Had the drug been made widely available with the assent of the Minister? In granting so many authorizations under the Special Access Programme, had the Minister satisfied herself of the drug’s safety and efficacy?

[16] Finally, Teva submits that “innovative drug” must be read consistently with Canada’s obligations under paragraphs 5 and 6 of Article 1711 of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* [December 17, 1992], [1994] Can. T.S. No. 2 and paragraph 3 of Article 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994], 1869 U.N.T.S. 299. Teva says that these treaty provisions compel consideration of whether the drug contains a new chemical entity, whether the drug submission contains undisclosed data necessary to determine safety and efficacy, and whether this data involved considerable effort. Focusing on marketing approval (i.e., the granting of a notice of compliance and a drug information number), or what Teva calls market authorizations, ignores these considerations and, thus, is inconsistent with the treaty provisions.

[14] Teva soutient également que c’est à tort que le ministre a déterminé que les mots « déjà approuvé » signifiaient qu’une autorisation de vente avait été accordée pour un médicament, c’est-à-dire que, en vertu du Règlement, un avis de conformité avait été délivré ou une identification numérique avait été attribuée au médicament pour en permettre la vente. Selon Teva, la décision du ministre aurait été différente s’il avait adopté une démarche interprétative tenant compte de la nécessité d’éviter les monopoles excessifs et injustifiables.

[15] Teva est d’avis qu’en interprétant le mot « approuvé » comme englobant les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial, il serait possible de soulever d’autres questions pertinentes, conformes à l’objet de l’article C.08.004.1 en particulier et du Règlement en général. Le médicament a-t-il été largement utilisé avec l’accord du ministre? Lorsqu’il a accordé les nombreuses autorisations en vertu du Programme d’accès spécial, le ministre était-il convaincu de l’innocuité et de l’efficacité du médicament?

[16] Enfin, Teva fait valoir que les mots « drogue innovante » doivent être interprétés d’une manière compatible avec les obligations du Canada prévues aux paragraphes 5 et 6 de l’article 1711 de l’*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* [le 17 décembre 1992], [1994] R.T. Can. n° 2, et au paragraphe 3 de l’article 39 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [Annexe 1C de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994], 1869 R.T.N.U. 299. Teva affirme que par ces dispositions, les traités en question exigent que soient examinées les questions suivantes : le médicament renferme-t-il une nouvelle substance chimique, la présentation de drogue nouvelle comporte-t-elle des données non divulguées nécessaires pour établir l’innocuité et l’efficacité, et l’établissement de ces données a-t-il demandé un effort considérable? Mettre l’accent sur l’autorisation de commercialisation (à savoir la délivrance de l’avis de conformité et l’attribution d’une identification numérique), ou ce que Teva appelle les autorisations de vente, écarte ces

[17] I disagree with Teva's submissions for three main reasons:

(1) *The wording, architecture and purpose of the Regulations.* Teva sees the definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1) and more broadly the Regulations as being aimed at achieving a compromise between providing monopolies to innovators for a period of time and allowing generics to obtain timely market access. This is the prism through which Teva interprets the word “approved” in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. But the wording, architecture and purpose of the Regulations suggest a different prism, that of the safety and efficacy of drugs, a matter that is evidenced only by approvals based on data and studies, strictly defined under the Regulations.

(2) *Lack of clarity and uncertainty.* Accepting Teva's position would create uncertainty and lack of clarity, something that the Regulations try to eliminate.

(3) *Subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is a limited, special purpose provision.* The definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations was aimed at a limited, specific purpose, that of implementing Canada's specific treaty obligations. Teva's interpretation of the subsection, which unduly narrows the definition of “innovative drug,” would run counter to these treaty obligations. The Minister's interpretation—defining “approved” as meaning the existence of a notice of compliance and a drug identification number—is consistent with Canada's treaty obligations.

I develop these reasons below.

(1) The architecture and wording of the Regulations

considérations et est donc incompatible avec les dispositions des traités.

[17] Je refuse de souscrire aux arguments de Teva principalement pour les trois raisons suivantes :

1) *Le libellé, l'économie et l'objet du Règlement.* Teva estime que la définition du terme « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1) et, de façon plus générale, le Règlement visent à atteindre un compromis entre accorder un monopole à des innovateurs pour une certaine période de temps et offrir aux fabricants de produits génériques l'accès au marché en temps opportun. C'est en tenant compte de ce principe que Teva interprète le mot « approuvé » qui figure au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Mais le libellé, l'économie et l'objet du Règlement semblent suggérer un principe différent, celui de l'innocuité et de l'efficacité des médicaments, uniquement confirmées par des approbations fondées sur des données et des études, définies de manière stricte par le Règlement.

2) *Ambiguïté et incertitude.* Accepter la position de Teva créerait de l'incertitude et de l'ambiguïté, ce que le Règlement tente d'éliminer.

3) *Le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l'objet est limité et particulier.* La définition du terme « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement visait un objet limité et particulier, soit la mise en œuvre de certaines obligations que le Canada a contractées par traités. Par l'interprétation qu'elle fait de cette disposition, Teva restreint beaucoup trop la définition de « drogue innovante », ce qui irait à l'encontre des obligations en question. L'interprétation du ministre, selon laquelle le mot « approuvé » signifie qu'un avis de conformité et une identification numérique ont été délivrés, est compatible avec les obligations du Canada en vertu des traités.

J'explique ces motifs plus en détail ci-après.

1) L'économie et le libellé du Règlement

[18] Teva's essential submission is that previous authorizations under the Special Access Programme can make a drug "previously approved" under section C.08.004.1 of the Regulations. A full understanding of the architecture and wording of the Regulations shows that that cannot be so.

[19] Under the Regulations, a new drug may not be marketed in Canada unless its manufacturer has first obtained a notice of compliance and a drug identification number: section C.08.004 [as am. by SOR/95-411, s. 6] and subsection C.01.014(1) [as enacted by SOR/81-248, s. 2] of the Regulations. In order to obtain these, broadly speaking and as explained below, there must be a demonstration directly or indirectly founded upon data and studies that, in the Minister's view, have established safety and effectiveness.

[20] Notices of compliance can be obtained by one of two routes. Each route is founded upon the preparation and provision of data and studies that, in the Minister's view, have established safety and effectiveness:

- The first route is to file a new drug submission: section C.08.002 [as am. by SOR/93-202, s. 24; 95/411, s. 4] of the Regulations. Typically, a new drug submission will contain voluminous clinical trial data and detailed studies. On the basis of the data and studies, the Minister evaluates the safety and effectiveness of the drug. If satisfied, the Minister grants a notice of compliance.

- The second route is to file an abbreviated new drug submission: section C.08.002.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 5] of the Regulations. Generic drug manufacturers often follow this route. It allows these manufacturers to copy a marketed drug without having to provide clinical data demonstrating safety and effectiveness. Instead, the abbreviated drug submission need only show that the generic drug is bioequivalent to the marketed drug. Where that is shown, the generic drug can piggyback on the data and studies concerning

[18] Dans son argument principal, Teva soutient que les autorisations antérieures accordées en vertu du Programme d'accès spécial peuvent faire en sorte qu'un ingrédient médicinal soit considéré comme étant « déjà approuvé » au sens de l'article C.08.004.1 du Règlement. Lorsque l'on comprend parfaitement l'économie et le libellé du Règlement, on constate qu'il ne peut en être ainsi.

[19] En vertu du Règlement, un nouveau médicament ne peut être commercialisé au Canada que si son fabricant a d'abord obtenu un avis de conformité et une identification numérique : voir l'article C.08.004 [mod. par DORS/95-411, art. 6] et le paragraphe C.01.014(1) [édicte par DORS/81-248, art. 2] du Règlement. Pour les obtenir, de manière générale, et comme il est expliqué ci-dessous, il faut convaincre le ministre de l'innocuité et de l'efficacité du médicament en se fondant, directement ou indirectement, sur des données et sur des études.

[20] Les avis de conformité peuvent être obtenus de deux façons. Chacune repose sur la préparation et la communication de données et d'études qui, de l'avis du ministre, établissent l'innocuité et l'efficacité :

- La première consiste à déposer une présentation de drogue nouvelle : article C.08.002 [mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4] du Règlement. Le plus souvent, une présentation de drogue nouvelle comprend des données volumineuses d'essais cliniques et des études détaillées. En tenant compte de ces données et de ces études, le ministre évalue l'innocuité et l'efficacité du médicament. S'il est convaincu de son innocuité et de son efficacité, le ministre délivre un avis de conformité.

- La seconde consiste à déposer une présentation abrégée de drogue nouvelle : article C.08.002.1 [édicte par DORS/95-411, art. 5] du Règlement. Les fabricants de médicaments génériques procèdent souvent de cette façon. Ils peuvent ainsi copier un médicament déjà vendu sans avoir à fournir des données cliniques établissant l'innocuité et l'efficacité du médicament. Il suffit plutôt de démontrer dans la présentation abrégée que le médicament générique est bioéquivalent au médicament déjà commercialisé. Une fois cette démonstration faite,

the marketed drug and the safety and effectiveness of the generic drug is established.

[21] As for drug identification numbers, no manufacturer may sell a drug in dosage form unless one has been assigned: Regulations, at subsection C.01.014(1). A drug identification number is an eight-digit numerical code that identifies drug product characteristics including manufacturer, brand name, medicinal ingredient, strength of the medicinal ingredient, pharmaceutical form, and route of administration. Through the drug identification number, a drug can readily be tracked or recalled in the event of an adverse drug reaction in the population.

[22] In the case of a new drug, a new drug submission or an abbreviated new drug submission filed under Division 8 [of Part C] of the Regulations serves as an application for a drug identification number.

[23] When a drug is not “new” (as that term is defined), it is not subject to the requirements of Division 8. In that case, the application for a drug identification number is made through a drug identification number submission, and the drug is regulated primarily under Part C, Division 1 of the Regulations. To receive a drug identification number, a drug manufacturer must file sufficient data to allow the Minister to evaluate the safety and efficacy of the drug for its intended use.

[24] As with notices of compliance, there is a demonstration directly or indirectly founded upon data and studies that, in the Minister’s view, have established safety and effectiveness.

[25] The Special Access Programme is different. It allows for the use of certain drugs despite the absence of data and studies demonstrating the safety and efficacy of the drug.

[26] The Programme is set out in sections C.08.010 and C.08.011 of the Regulations under the heading “Sale of New Drug for Emergency Treatment”.

le fabricant peut s’appuyer sur les données et les études concernant le médicament déjà vendu pour établir l’innocuité et l’efficacité de son médicament générique.

[21] En ce qui concerne l’identification numérique, il est interdit à un fabricant de vendre, sous forme posologique, une drogue qui n’a pas d’identification numérique : paragraphe C.01.014(1) du Règlement. L’identification numérique est un code numérique à huit chiffres qui identifie les caractéristiques de la drogue, notamment le fabricant, la marque nominative, l’ingrédient médicinal, la posologie, la forme pharmaceutique et la voie d’administration. Grâce à l’identification numérique de la drogue, on peut facilement repérer un médicament et le retirer du marché s’il est à l’origine de réactions indésirables au sein de la population.

[22] Dans le cas d’un nouveau médicament, la présentation de drogue nouvelle ou la présentation abrégée déposée conformément aux dispositions du titre 8 de la partie C du Règlement sert de demande d’identification numérique.

[23] Si une drogue n’est pas « nouvelle » (au sens du Règlement), elle n’est pas assujettie aux exigences du titre 8. En pareil cas, le fabricant présente une demande d’identification numérique et le médicament est régi principalement par le titre 1 de la partie C du Règlement. Pour obtenir une identification numérique, le fabricant doit soumettre au ministre des données suffisantes pour lui permettre d’évaluer l’innocuité et l’efficacité de la drogue selon l’utilisation prévue.

[24] Comme dans le cas d’un avis de conformité, il faut convaincre le ministre de l’innocuité et de l’efficacité du médicament en se fondant, directement ou indirectement, sur des données et sur des études.

[25] Le Programme d’accès spécial est différent. Il permet l’utilisation de certaines drogues en l’absence de données et d’études établissant leur innocuité et leur efficacité.

[26] Le Programme d’accès spécial est établi en vertu des articles C.08.010 et C.08.011 du Règlement, qui apparaissent sous la rubrique « Vente d’une drogue nouvelle pour un traitement d’urgence ».

[27] This Court has described the Special Access Programme in the following way:

... the Director (Assistant Deputy Minister, Health Products and Food Branch, Health Canada) may authorize the sale of a new drug to a physician under the Special Access Programme (SAP) for the emergency treatment of a patient....

...

When requesting Health Canada for an authorization under the SAP, a physician must: (i) describe the patient's medical condition; (ii) explain why the medicine is the best choice for treating the condition; and (iii) provide data on the use, safety and efficacy of the medicine requested. If granted, an SAP authorization authorizes, but does not require, a manufacturer to sell a specified quantity of the medicine to the requesting physician for the emergency treatment of a specified condition of a named patient under the care of the physician. The physician must report to Health Canada on the use of the medicine, including any adverse effects.

...

SAP authorizations... are normally granted for serious or life-threatening conditions when conventional treatments have proved ineffective or are not suitable for the particular patient. Typically, medicines authorized under the SAP are treatments of last resort and are not subject to the same level of scrutiny for safety and efficacy as medicines for which an NOC has been issued. Nonetheless, Health Canada reviews the SAP request and any other available data on the new medicine in order to "manage the risk" of its use.

See *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 378, [2011] 1 F.C.R. 78, at paragraphs 4, 10 and 12, aff'd 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; see also *Hospira Healthcare Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 345, 92 C.P.R. (4th) 1.

[28] Drugs available under the Special Access Programme are not founded upon data and studies that, in the Minister's view, have established safety and effectiveness. Rather, they are made available in emergency situations as a treatment of last resort where conventional treatments have failed or are unavailable.

[27] Notre Cour a décrit le Programme d'accès spécial de la façon suivante :

[...] le directeur général (sous-ministre délégué, Direction générale des produits de santé et des aliments, Santé Canada) peut autoriser la vente d'un nouveau médicament à un médecin en vertu du Programme d'accès spécial (PAS) pour le traitement d'urgence d'un patient [...]

[...]

Quand il s'adresse à Santé Canada pour demander une autorisation en vertu du PAS, le médecin doit : i) décrire la pathologie du patient; ii) expliquer les raisons pour lesquelles le médicament visé est la meilleure option thérapeutique; iii) fournir des renseignements sur l'utilisation, l'innocuité et l'efficacité du médicament demandé. Si elle est accordée, l'autorisation du PAS autorise le fabricant, sans l'y obliger, à vendre une quantité spécifiée de médicament au médecin demandeur pour le traitement d'urgence de la pathologie spécifiée d'un patient nommé sous les soins du médecin. Le médecin est tenu de faire rapport à Santé Canada sur l'utilisation du médicament, notamment sur les effets indésirables.

[...]

Des autorisations du PAS [...] sont normalement accordées dans les cas de pathologies graves menaçant le pronostic vital pour lesquelles les traitements classiques se sont révélés inefficaces ou ne conviennent pas à un patient particulier. En règle générale, les médicaments autorisés dans le cadre du PAS sont des traitements de dernière intention et la surveillance exercée sur leur innocuité et leur efficacité n'est pas du même niveau que celle des médicaments pour lesquels un AC a été délivré. Néanmoins, Santé Canada examine la demande relative au PAS et tout autre renseignement disponible sur le nouveau médicament afin de « gérer le risque » que présente son utilisation.

Voir l'arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 378, [2011] 1 R.C.F. 78, aux paragraphes 4, 10 et 12, conf. par 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3. Voir également l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 345.

[28] Les médicaments pouvant être utilisés en vertu du Programme d'accès spécial ne font pas l'objet de données et d'études qui, de l'avis du ministre, ont établi leur innocuité et leur efficacité. Ils sont plutôt utilisés dans des situations d'urgence comme traitement de dernier recours lorsque les traitements classiques ont

As this Court has already held, sales under the Special Access Programme alone are not evidence of a determination by the Minister of the safety and efficacy of a drug: *Hospira*, above, at paragraph 6. Indeed, it is theoretically possible that drugs available under the Special Access Programme are not entirely safe or effective, but, owing to the grievous circumstances of the patient, they may have some upside and are worth the risk. Authorizations under the Special Access Programme are best seen as compassionate permissions, not as approvals for the drug.

## (2) Lack of clarity and uncertainty

[29] Before us, Teva submitted that this is an unusual and exceptional case. In this case, the Minister has authorized thousands of uses of Eloxatin under the Special Access Programme. She received reports regarding any adverse effects and, by 2007, had sufficient information for her to evaluate the safety and effectiveness of Eloxatin. Indeed, Teva suggests that the information available to the Minister was massive. It characterizes the matter as, in effect, a huge clinical trial that yielded more information than what appears in many new drug submissions. On the basis of this information, Teva notes that the Minister continued to issue authorizations for its use. This, it says, must mean that, in this unusual and exceptional case, the medicinal ingredient in Eloxatin was “approved” within the meaning of the definition of “innovative drug” under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations.

[30] Teva’s submission creates lack of clarity and uncertainty, something that the Regulations try to eliminate.

[31] Whether or not a drug is approved and authorized for market and sale in Canada is of importance to the manufacturer, its competitors, medical professionals,

échoué ou ne peuvent être utilisés. Comme notre Cour l’a déjà affirmé, les ventes réalisées uniquement en vertu du Programme d’accès spécial ne constituent pas la preuve que le ministre s’est prononcé sur l’innocuité et l’efficacité d’un médicament : *Hospira*, précité, au paragraphe 6. En fait, il est en théorie possible que les médicaments offerts en vertu du Programme d’accès spécial ne soient pas totalement inoffensifs ou efficaces, mais que, compte tenu de la gravité de l’état de santé du patient, il soit préférable de les employer. Il vaut mieux considérer les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial comme des autorisations données par compassion, et non comme des approbations de médicament.

## 2) Ambiguïté et incertitude

[29] Devant la Cour, Teva a soutenu qu’il s’agit d’un cas inhabituel et exceptionnel. Dans la présente affaire, le ministre a autorisé des milliers de fois l’utilisation de l’Eloxatine en vertu du Programme d’accès spécial. Il a reçu des rapports concernant les réactions indésirables et, en 2007, il disposait de suffisamment de données pour évaluer l’innocuité et l’efficacité de l’Eloxatine. En fait, Teva laisse entendre que le ministre disposait d’une quantité considérable d’information. La situation s’apparente à un vaste essai clinique ayant généré une quantité d’information plus grande que ce que l’on trouve dans nombre de présentations de drogue nouvelle. Teva souligne que, sur la foi de ces informations, le ministre a continué d’accorder des autorisations pour l’utilisation de l’Eloxatine, ce qui, ajoute-t-elle, signifie sûrement que, dans les circonstances inhabituelles et exceptionnelles de la présente affaire, l’ingrédient médicinal de l’Eloxatine a été « approuvé », au sens où on l’entend dans la définition du terme « drogue innovante » énoncée au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement.

[30] L’argument de Teva crée de l’ambiguïté et de l’incertitude, ce que le Règlement tente d’éliminer.

[31] La question de savoir si un médicament est approuvé et autorisé en vue de sa commercialisation et de sa vente au Canada est une question qui revêt beaucoup



pharmacists and patients. Clarity and certainty on this is essential. For this reason, the Regulations have been carefully drafted to create clarity and certainty as to when a drug is approved. Under the Regulations, the magic moment of approval is signalled by the issuance of a notice of compliance and a drug identification number.

[32] Teva's interpretation would lead to complicated factual inquiries and difficult questions that run counter to the theme of clarity and certainty in the area of approvals under the Regulations. How many authorizations under the Special Access Programme would be required in order to make a drug "approved" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations? Does the basis underlying each authorization need to be examined? Do we need to examine exactly what information was received by the Minister in response to the authorizations? When does inaction by the Minister in response to that information mean that the drug is "approved"?

(3) Subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is a limited, special purpose provision

[33] Many of Teva's submissions embody the view that subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is about achieving a compromise between providing monopolies for a period of time to innovative drug manufacturers while allowing timely market access to generic drug manufacturers.

[34] In fact, this is not the case. Subsection C.08.004.1(1) of the Regulations is a limited, special purpose section. It is designed to implement certain specific treaty obligations undertaken by Canada: subsection C.08.004.1(2) [as enacted by SOR/2006-241, s. 1] of the Regulations. These obligations are found in three treaty provisions: paragraphs 5 and 6 of Article 1711 of the North American Free Trade Agreement and paragraph 3 of Article 39 of the

d'importance pour le fabricant, ses concurrents, les professionnels de la santé, les pharmaciens et les patients. La clarté et la certitude à cet égard sont essentielles. Pour cette raison, le Règlement a été soigneusement rédigé avec le souci d'apporter certitude et clarté quant au moment où un médicament est approuvé. En vertu du Règlement, le moment magique que constitue l'approbation correspond à la délivrance d'un avis de conformité et à l'attribution d'une identification numérique.

[32] Retenir l'interprétation de Teva mènerait à un examen factuel complexe et soulèverait des questions difficiles, ce qui va à l'encontre des exigences de clarté et de certitude en matière d'approbations accordées en vertu du Règlement. Combien d'autorisations en vertu du Programme d'accès spécial seraient nécessaires pour qu'un médicament soit considéré comme « approuvé » en vertu du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement? Les motifs sous-jacents à chaque autorisation devraient-ils être examinés? Faudrait-il examiner quels renseignements exactement le ministre a reçus en réponse aux autorisations? Quand l'inaction du ministre à la suite de la réception des renseignements signifie-t-elle que le médicament a été « approuvé »?

3) Le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l'objet est limité et particulier

[33] Plusieurs des arguments présentés par Teva s'appuient sur la thèse voulant que le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement vise l'atteinte d'un compromis entre l'établissement d'un monopole pendant une certaine période en faveur du fabricant d'une drogue innovante et la permission accordée aux fabricants de médicaments génériques d'avoir accès au marché en temps utile.

[34] Or, tel n'est pas le cas. Le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement est une disposition dont l'objet est limité et particulier. Il est conçu pour permettre la mise en œuvre de certaines obligations que le Canada a contractées par traité : paragraphe C.08.004.1(2) [édicte par DORS/2006-241, art. 1] du Règlement. Ces obligations sont prévues dans les trois dispositions suivantes : les paragraphes 5 et 6 de l'article 1711 de l'Accord de

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, both above.

[35] Broadly speaking, these treaty provisions aim to protect an innovator who submits undisclosed data in support of an application for approval to market a drug containing a new chemical entity. The treaty provisions accomplish this by preventing others from using the innovator's data in support of their own applications for drug approval. This encourages the development of new drugs: *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618, at paragraph 117.

[36] As mentioned in paragraph 16, above, Teva emphasizes that the treaty provisions require consideration of whether the drug contains a new chemical entity, whether the drug submission contains undisclosed data necessary to determine safety and efficacy, and whether the data involved considerable effort. That may be true, but that does not shed direct light on the meaning of "previously approved" in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations.

[37] Of more relevance to the meaning of "previously approved" is the repeated mention in these treaty provisions of the concept of marketing approval or, as Teva puts it, market authorization. Article 1711, paragraphs 5 and 6 of the North American Free Trade Agreement obligate Canada to protect data necessary for "approving the marketing" of pharmaceutical products for at least five years from when Canada granted "approval to the person that produced the data for approval to market its product." Article 39, paragraph 3 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* similarly refers to data required "as a condition of approving the marketing of pharmaceutical" products. In Canada, market approval under the Regulations means the issuance of a notice of compliance and a drug information number.

libre-échange nord-américain, précité, et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, précité.

[35] D'une manière générale, ces dispositions visent à protéger un innovateur qui soumet des données non encore divulguées à l'appui d'une demande d'approbation de vente d'une drogue renfermant une nouvelle substance chimique. Cet objectif est réalisé en empêchant d'autres fabricants d'utiliser les données de l'innovateur à l'appui de leurs propres demandes d'approbation de médicaments, ce qui favorise le développement de drogues nouvelles : *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618, au paragraphe 117.

[36] Comme il a été mentionné précédemment, au paragraphe 16, Teva souligne que les dispositions pertinentes des traités exigent que l'on se demande si le médicament renferme une nouvelle substance chimique, si la présentation de drogue nouvelle comporte des données non divulguées nécessaires pour établir l'innocuité et l'efficacité et si l'établissement de ces données a demandé un effort considérable. Il se peut que ce soit le cas, mais cela n'aide pas à comprendre ce qu'on entend par « déjà approuvé » au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement.

[37] À cet égard, le fait que les dispositions des traités renvoient à plusieurs reprises à la notion d'approbation de la commercialisation ou, comme Teva le dit, à l'« autorisation de vente » est plus révélateur. En vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain, le Canada a l'obligation de protéger les données nécessaires à l'appui d'une demande d'« approbation de la commercialisation » de produits pharmaceutiques pendant une période d'au moins cinq années à partir du moment où le Canada a donné « son autorisation à la personne ayant produit les données destinées à faire approuver la commercialisation de son produit ». De la même manière, le paragraphe 3 de l'article 39 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* renvoie aux données auxquelles les pays membres « subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ». Au Canada,

[38] Given that the definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations was intended to implement these treaty provisions, “previously approved” in subsection C.08.004.1(1) must mean a previous marketing approval, i.e., the previous issuance of a notice of compliance and a drug information number. If someone has previously received a notice of compliance and a drug identification number for a particular drug, providing that person with data protection would go beyond the scope of the treaty provisions. Accordingly, the definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1) does not include drugs that have been “previously approved”.

[39] Accepting Teva’s interpretation—interpreting “previously approved” in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations to include authorizations granted under the Special Access Program—would undercut the treaty provisions. The following scenario illustrates this. Suppose that a company submits undisclosed data to the Minister for a first-time approval of a drug containing a new chemical entity. Immediately after the submission, the Minister starts to grant authorizations for the emergency use of the drug under the Special Access Programme. Under Teva’s interpretation, a certain number of authorizations would make the drug “previously approved”, stripping the drug of its status as an “innovative drug”, and allowing others to rely on the data submitted for their own applications for drug approval. Under this scenario, if Teva’s interpretation is correct, the treaty protections would be undercut almost immediately.

l’approbation de la commercialisation sous le régime du Règlement se traduit par la délivrance d’un avis de conformité et l’attribution d’une identification numérique de drogue.

[38] Compte tenu du fait que la définition du terme « drogue innovante » énoncée au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement a pour objet de mettre en œuvre les dispositions susmentionnées, les mots « déjà approuvé » au paragraphe C.08.004.1(1) doivent se rapporter à une approbation antérieure de commercialisation, à savoir la délivrance d’un avis de conformité et l’attribution d’une identification numérique de drogue. Si une personne a déjà reçu un avis de conformité et une identification numérique pour une drogue particulière, assurer la protection des données de cette personne excéderait les exigences des dispositions susmentionnées. Par conséquent, la définition de « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1) ne vise pas une drogue qui comprend un ingrédient médicinal « déjà approuvé ».

[39] En acceptant l’interprétation de Teva, à savoir que le terme « déjà approuvé » figurant au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement vise notamment les autorisations accordées en vertu du Programme d’accès spécial, on contrecarrerait l’effet des dispositions pertinentes des traités. En voici un exemple. Supposons qu’une entreprise soumet des données non encore divulguées au ministre en vue d’obtenir pour la première fois l’approbation d’un médicament contenant une nouvelle substance chimique, et qu’immédiatement après le ministre commence à accorder des autorisations d’utilisation urgente du médicament en vertu du Programme d’accès spécial. Selon l’interprétation de Teva, une fois accordées un certain nombre d’autorisations, le médicament serait considéré comme « déjà approuvé », ce qui aurait pour effet de le dépouiller de son statut de « drogue innovante » et de permettre aux autres fabricants de s’appuyer sur les données soumises pour étayer leurs propres demandes d’approbation de médicament. Suivant ce scénario, si l’interprétation de Teva est exacte, les protections offertes par les traités seraient presque immédiatement contrecarrées.

[40] Another scenario is where the Minister starts to grant authorizations for the emergency use of the drug under the Special Access Programme before the manufacturer makes a submission. Under this scenario, if Teva's interpretation is correct, the treaty protections might never apply.

[41] These scenarios show that Teva's interpretation cannot be correct. Section C.08.004.1 of the Regulations is aimed at implementing the treaty provisions, not undercutting them.

[42] Therefore, I conclude that drugs for which previous authorizations under the Special Access Programme have been granted are not "previously approved" within the meaning of subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. Although many authorizations had been granted for Eloxatin under the Special Access Programme, Eloxatin had not previously received a notice of compliance or a drug information number. It follows that in these circumstances the Minister was correct in deciding that Eloxatin was an "innovative drug" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations and that it should remain on the register of innovative drugs under subsection C.08.004.1(9) of the Regulations.

### C. The cross-appeal: Sanofi-Aventis' preliminary objections

[43] As mentioned at the outset of these reasons, Sanofi-Aventis advanced some preliminary objections to Teva's application for judicial review in the Federal Court. Sanofi-Aventis submitted that Teva lacked standing to bring its application for judicial review. It also submitted that the Minister's decision was not a fresh decision, but rather was just a repeat of its original decision, made some three years earlier, to list Eloxatin on the register of innovative drugs. The Federal Court dismissed these objections.

[40] Selon un autre exemple, le ministre pourrait commencer à accorder des autorisations d'utilisation urgente du médicament en vertu du Programme d'accès spécial avant que le fabricant ne présente de demande. Dans ce cas, si l'interprétation de Teva est exacte, les protections prévues par les traités pourraient ne jamais s'appliquer.

[41] Ces exemples démontrent que l'interprétation de Teva ne peut être correcte. L'article C.08.004.1 du Règlement vise à mettre en œuvre les dispositions des traités, et non à les contrecarrer.

[42] Par conséquent, je conclus que les médicaments antérieurement approuvés en vertu du Programme d'accès spécial ne comprennent pas un ingrédient médicamenteux « déjà approuvé » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Bien que plusieurs autorisations aient été accordées pour l'Eloxatine en vertu du Programme d'accès spécial, ce médicament n'a auparavant fait l'objet d'aucun avis de conformité et d'aucune identification numérique. Il s'ensuit que, eu égard aux circonstances, c'est à bon droit que le ministre a décidé que l'Eloxatine était une « drogue innovante » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement et que ce médicament devait demeurer inscrit au registre des drogues innovantes suivant le paragraphe C.08.004.1(9) du Règlement.

### C. Appel incident : objections préliminaires de Sanofi-Aventis

[43] Comme il a été mentionné au début des présents motifs, Sanofi-Aventis a présenté des objections préliminaires à l'encontre de la demande de contrôle judiciaire que Teva a présentée devant la Cour fédérale. Sanofi-Aventis a soutenu que Teva n'avait pas qualité pour agir pour présenter la demande de contrôle judiciaire. Elle a également soutenu que le ministre n'avait pas pris une nouvelle décision, mais simplement confirmé sa décision initiale, prise il y a environ trois ans, d'inscrire l'Eloxatine au registre des drogues innovantes. La Cour fédérale a rejeté ces objections.

[44] In this Court, Sanofi-Aventis advances the same objections. It has chosen to do so in the form of a cross-appeal.

[45] But a cross-appeal does not lie in this case. The Federal Court's order does not adversely affect Sanofi-Aventis. The Federal Court's order gave Sanofi-Aventis exactly what it wanted—a dismissal of Teva's application for judicial review, with costs. See generally *Kligman v. M.N.R.*, 2004 FCA 152, [2004] 4 F.C.R. 477.

[46] In reality, Sanofi-Aventis' cross-appeal is directed against the Federal Court's reasons for dismissing the preliminary objections. A cross-appeal lies against judgments and orders, not reasons: *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, 2004 FCA 352, [2005] 2 F.C.R. 195; *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], paragraph 341(1)(b).

[47] Even though Sanofi-Aventis has chosen the wrong mechanism for asserting its preliminary objections in this Court and even though I would dismiss Teva's appeal on its merits, nevertheless I will address the preliminary objections. We have had the benefit of full and helpful submissions on them and preliminary objections such as these may be asserted in similar cases.

[48] Sanofi-Aventis' first preliminary objection is that Teva is not a person "directly affected by the matter in which relief is sought" under subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].

[49] To consider this, the operation of the Regulations must be considered. When Eloxatin was placed on the register of innovative drugs, there were two main effects. First, Sanofi-Aventis, as the manufacturer of the drug, received an eight-year monopoly for Eloxatin. Second, for the first six years of the monopoly, Teva and all other generic manufacturers were prohibited from filing an abbreviated new drug submission relating to Eloxatin. This stopped them from seeking authorization

[44] Devant notre Cour, Sanofi-Aventis fait valoir les mêmes objections. Elle a choisi de le faire sous forme d'appel incident.

[45] Toutefois, l'appel incident est irrecevable en l'espèce. La décision rendue par la Cour fédérale ne cause aucun préjudice à Sanofi-Aventis. Cette décision lui accorde exactement ce qu'elle voulait — le rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée par Teva, avec dépens. Voir de façon générale l'arrêt *Kligman c. M.R.N.*, 2004 CAF 152, [2004] 4 R.C.F. 477.

[46] En réalité, l'appel incident de Sanofi-Aventis vise les motifs invoqués par la Cour fédérale pour rejeter les objections préliminaires. Un appel incident est formé à l'encontre d'un jugement ou d'une ordonnance, et non à l'encontre des motifs : *Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CAF 352, [2005] 2 R.C.F. 195, *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], alinéa 341(1)(b).

[47] Bien que Sanofi-Aventis n'ait pas choisi le bon mécanisme pour faire valoir ses objections préliminaires devant notre Cour et bien que je sois d'avis de rejeter l'appel de Teva sur le fond, je vais néanmoins examiner ces objections préliminaires. Nous avons eu l'avantage de prendre connaissance d'observations complètes et utiles les concernant et des objections préliminaires de cette nature pourraient être avancées dans des affaires semblables.

[48] Comme première objection préliminaire, Sanofi-Aventis soutient que Teva n'est pas « directement touché[e] par l'objet de la demande » en vertu du paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)].

[49] Pour trancher cette question, il faut examiner la façon dont s'applique le Règlement. L'inscription de l'Eloxatine au registre des drogues innovantes a eu deux principaux effets. Premièrement, Sanofi-Aventis, en tant que fabricant du médicament, a obtenu un monopole de huit ans. Deuxièmement, pendant les six premières années de l'existence du monopole, il était interdit à Teva et à tous les autres fabricants de médicaments génériques de déposer une présentation abrégée de drogue nouvelle

to market their generic Eloxatin. (See generally subsections C.08.004.1(3) [as enacted by SOR/2006-241, s. 1] and (4) [as enacted *idem*] of the Regulations.)

[50] In both the Federal Court and in this Court, Sanofi-Aventis conceded that Teva would be a person “directly affected” by the Minister’s refusal to delist Eloxatin if Teva had filed an abbreviated new drug submission for its generic drug. That is a fair concession. Those who file an abbreviated drug submission and have it rejected because of the listing of a drug on the register of innovative drugs are directly affected by that listing. They suffer an impact on their legal rights and they are prejudicially affected in a practical sense. They have direct standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*: *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraph 58; *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.).

[51] However, Sanofi-Aventis maintains its objection to Teva’s direct standing on two grounds.

[52] First, Sanofi-Aventis submits that there is no evidence that Teva filed an abbreviated new drug submission for its generic drug. On this, Sanofi-Aventis is wrong. There was evidence before the Federal Court to that effect: see pages 180–181 of the appeal book. Based on that evidence, the Federal Court found at paragraph 18 of its reasons that Teva did attempt to enter the market by filing an abbreviated drug submission.

[53] Second, Sanofi-Aventis submits that Teva needed to have direct standing at the time it brought its application for judicial review. At that time, however, it lacked standing. At that time, it had not attempted to file an abbreviated new drug submission.

visant l’Eloxatine, ce qui les a empêchés de demander l’autorisation de commercialiser leur version générique de l’Eloxatine. (Voir de façon générale les paragraphes C.08.004.1(3) [édicte par DORS/2006-241, art. 1] et (4) [édicte, *idem*] du Règlement.)

[50] Tant devant la Cour fédérale que devant notre Cour, Sanofi-Aventis a reconnu que Teva serait « directement touché[e] » par le refus du ministre de retirer l’Eloxatine du registre si Teva avait déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle pour son médicament générique. C’est à juste titre qu’elle fait cette concession. Ceux qui déposent une présentation abrégée de drogue nouvelle et essuient un refus du fait qu’un médicament est inscrit au registre des drogues innovantes sont directement touchés par son inscription. L’inscription a des incidences sur leurs droits et ils en subissent les contre-coups sur le plan pratique. Ils ont donc l’intérêt direct pour agir en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales : Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, au paragraphe 58; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.).

[51] Cependant, Sanofi-Aventis maintient son objection concernant la qualité directe pour agir de Teva pour deux raisons.

[52] Premièrement, Sanofi-Aventis soutient que rien n’indique que Teva ait déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle pour son médicament générique. Sur ce point, Sanofi-Aventis a tort. Des éléments de preuve en ce sens ont été produits devant la Cour fédérale : voir les pages 180 et 181 du dossier d’appel. En tenant compte de cette preuve, la Cour fédérale a constaté au paragraphe 18 de ses motifs que Teva avait effectivement tenté d’accéder au marché en déposant une présentation abrégée de drogue nouvelle.

[53] Deuxièmement, Sanofi-Aventis soutient que Teva devait avoir la qualité directe pour agir au moment où elle a présenté sa demande de contrôle judiciaire. Or, au moment où elle a présenté sa demande, elle n’avait pas qualité pour agir car, à ce moment-là, elle n’avait pas tenté de déposer une présentation abrégée de drogue nouvelle.

[54] The Federal Court dismissed this ground of objection and so do I. The direct standing requirement is found in subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* and, like all statutory provisions, it falls to be interpreted in accordance with its plain words, other words of the statute, and the purposes of the provision and the statute: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[55] Here, the purposes of the *Federal Courts Act* significantly bear upon this matter. Among other things, the Act is aimed at achieving justice, fairness, practicality, order, efficiency, and the minimization of cost, delay and waste in matters governed by the Act. The Act achieves these purposes by imposing various requirements, of which the requirement of direct standing is one. Those requirements must be interpreted and applied with a view to achieving the purposes of the Act—not with a view to laying traps for the unwary or providing fodder for the mischievous.

[56] I adopt the Federal Court’s conclusion at paragraph 18 of its reasons that accepting Sanofi-Aventis’ submission would “do nothing to improve delivery of justice” and would serve “no good purpose”. In the face of a dismissal, Teva would simply restart its application, this time with direct standing. If necessary, it would seek an extension of time to do so and would likely get it. Then everyone would file the same evidence and, perhaps years later, would make the same submissions. All that will have been accomplished is pointless cost, delay and waste.

[57] Sanofi-Aventis raises one last preliminary objection. It notes that in 2007, the Minister had added Eloxatin to the register of innovative drugs. In 2010, in rejecting Teva’s request to remove it, the Minister simply made the same decision. Sanofi-Aventis states that the Minister did not make a fresh “decision” within the meaning of subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*.

[54] La Cour fédérale a rejeté ce motif d’objection et je le rejette également. L’exigence relative à la qualité directe pour agir est énoncée au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et, comme toutes les autres dispositions légales, il faut l’interpréter suivant le sens ordinaire des mots qui s’harmonise avec les autres dispositions de la loi et avec l’objet de la disposition et de la loi : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

[55] En l’espèce, les objets de la *Loi sur les Cours fédérales* revêtent une importance considérable. Cette loi poursuit notamment des objectifs de justice, d’équité, d’utilité, d’ordre, d’efficacité et de réduction au minimum des frais, des retards et du gaspillage dans les matières qu’elle régit. Elle réalise ses objets en imposant des exigences diverses, notamment celle de la qualité directe pour agir. Ces exigences doivent être interprétées et appliquées de manière à favoriser la réalisation des objets, et non de manière à constituer un piège dans lequel il est facile de tomber ou une arme pour les personnes malveillantes.

[56] Je fais mienne la conclusion de la Cour fédérale au paragraphe 18 de ses motifs selon laquelle accepter l’argument de Sanofi-Aventis « ne permettrait pas de mieux rendre justice » et ne servirait aucune « raison légitime ». Devant un refus, Teva devrait simplement présenter à nouveau la demande, cette fois-ci en ayant qualité directe pour agir. Le cas échéant, elle demanderait une prorogation de délai, qu’elle obtiendrait sans doute. Par la suite, les parties déposeraient la même preuve et, peut-être des années plus tard, présenteraient les mêmes arguments. Tout cela ne ferait que donner lieu à des frais et des retards inutiles et du gaspillage.

[57] Sanofi-Aventis soulève une dernière objection préliminaire. Elle souligne qu’en 2007, le ministre avait ajouté l’Eloxatine au registre des drogues innovantes. En 2010, lorsqu’il a rejeté la demande de Teva de retirer ce médicament du registre, le ministre a simplement rendu la même décision. Sanofi-Aventis affirme que le ministre n’a donc pas rendu une nouvelle « décision » au sens du paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[58] I disagree. The Minister is obligated to “maintain” the register of innovative drugs: subsection C.08.004.1(9) of the Regulations. This includes the power to add or delete information to or from the register, as necessary: see *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1997] 3 F.C. 752 (T.D.), decided in the context of the register maintained under subsection 3(2) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-103. The Minister’s decision refusing Teva’s request was a decision concerning the maintenance of the register and was a fresh exercise of discretion. Accordingly, the Minister’s decision was a “decision” susceptible to judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*. The presence or absence of entries on the list may also be reviewable as a “matter” under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*: *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 606, at paragraph 24. However, it is unnecessary in this case to consider that further.

D. Proposed disposition

[59] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs. I would dismiss the cross-appeal with costs to the appellant and the respondent Minister. I thank all counsel for their helpful and excellent submissions.

BLAIS C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[58] Je ne suis pas d’accord. Selon le paragraphe C.08.004.1(9) du Règlement, le ministre « tient » un registre des drogues innovantes. À cette fin, il a le pouvoir d’ajouter et de supprimer des données au besoin : voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] 3 C.F. 752 (1<sup>re</sup> inst.), décision rendue à l’égard du registre visé au paragraphe 3(2) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133. La décision du ministre de rejeter la demande de Teva concernait la tenue du registre et nécessitait qu’il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, la décision du ministre était une « décision » susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La présence ou l’absence d’inscriptions au registre peut également constituer un « objet » susceptible de contrôle en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 606, au paragraphe 24. Toutefois, il n’y a pas lieu en l’espèce d’examiner davantage cette question.

D. Décision proposée

[59] Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais l’appel avec dépens. Je rejeterais l’appel incident avec dépens en faveur de l’appelante et du ministre intimé. Je remercie tous les avocats pour leurs excellentes et fort utiles observations.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d’accord.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d’accord.



IMM-1715-11  
2012 FC 362

IMM-1715-11  
2012 CF 362

**Panchalingam Nagalingam** (*Applicant*)

**Panchalingam Nagalingam** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Russell J.—Toronto, October 25, 2011; Ottawa, March 27, 2012.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 25 octobre 2011; Ottawa, 27 mars 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial review in which applicant seeking: order declaring deportation order (first deportation order) issued by Immigration Division of Immigration and Refugee Board (ID) null, void; writ of prohibition preventing respondent from removing applicant from Canada — Applicant, Convention refugee, Canadian permanent resident — Applicant accumulating criminal convictions in Canada; found inadmissible to Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a) — Removed from Canada but returning thereto — Applicant notified of second impending removal on basis of first deportation order but removal stayed until proceedings resolved — Whether first deportation order continuing to empower respondent to remove applicant from Canada; whether prohibition appropriate remedy in present case — Authority to remove flowing from Act, s. 48, which section not specifying duration of authorization to remove — Looking at scheme of Act, Regulations as whole, word “enforceable” in s. 48 meaning “executable only once” — Reasoning behind cases relied on by applicant suggesting that force of removal order not perpetual; implying that once removal order executed, force thereof spent — As for appropriate remedy, while ID cannot grant prohibition against own orders, not meaning that prohibition not available in appropriate case — However, relief applicant requesting in present case too broad — Most appropriate remedy herein constituting Federal Court declaration that respondent not empowered to remove applicant from Canada under first deportation order, order of prohibition preventing respondent from use thereof to remove applicant — Therefore, first deportation order executed, force already spent; respondent prohibited from use thereof to remove applicant from Canada — Application allowed in part.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire par lequel le demandeur sollicite une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure d’expulsion (première mesure d’expulsion) prononcée contre lui par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, ainsi qu’un bref de prohibition interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada — Le demandeur, réfugié au sens de la Convention, est résident permanent du Canada — Le demandeur a accumulé les condamnations pénales au Canada; il a été interdit de territoire canadien sous le régime de l’art. 37(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur a été expulsé du Canada, mais il y est revenu — Le demandeur a été avisé des seconds arrangements de renvoi imminent en vertu de la première mesure d’expulsion, mais le renvoi a été suspendu jusqu’à l’issue des procédures — Il s’agissait de savoir si la première mesure d’expulsion autorisait encore le défendeur à renvoyer le demandeur du Canada et si la prohibition était une réparation adéquate en l’espèce — L’art. 48 de la Loi confère le pouvoir de renvoi, mais il est muet sur la durée du pouvoir en question — D’après l’économie d’ensemble de la Loi et du Règlement, le terme « exécutoire » de l’art. 48 signifie « ne pouvant être exécutée qu’une seule fois » — Le raisonnement sous-jacent à la jurisprudence sur laquelle s’appuie le demandeur donne à penser que l’effet d’une mesure de renvoi n’est pas perpétuel et semble poser implicitement qu’une fois la mesure de renvoi exécutée, son effet est épuisé — En ce qui a trait à la réparation adéquate, même si la SI n’est pas habilitée à rendre des ordonnances de prohibition contre ses propres mesures, il ne faut pas en conclure que la prohibition n’est pas une mesure de réparation possible dans les cas qui s’y prêtent — Cependant, la réparation sollicitée par le demandeur en l’espèce a une portée trop large — La*

This was an application for judicial review in which the applicant sought an order declaring a deportation order (first deportation order) issued by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (ID) null and void. The applicant was also seeking a writ of prohibition preventing the respondent from removing him from Canada. The applicant, Sri Lankan, was living in Canada under house arrest. After entering Canada, he was recognized as a Convention refugee and became a permanent resident. While in Canada, the applicant accumulated criminal convictions. He was found inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for involvement in organized criminal activity. Subsequently, a danger opinion (first danger opinion) was issued against the applicant in order to return him to Sri Lanka as a Convention refugee. The applicant was removed from Canada. The judicial review of the first danger opinion was dismissed but on appeal it was quashed by the Federal Court of Appeal. The applicant later returned to Canada, was detained and then released to house arrest. A second danger opinion was then issued against him for which the applicant sought judicial review. The applicant was then served with a notice of removal arrangements and told that he would be removed on the basis of the first deportation order. A few days later, the applicant filed the present application for judicial review. The removal was administratively deferred but the applicant was then found to be inadmissible for a second time and was issued a second deportation order. The applicant's removal was stayed pending the outcome of his application for judicial review of the first deportation order and second danger opinion. The applicant argued that, because he had already been removed to Sri Lanka pursuant to the first deportation order, the force of that order was now spent so that any further removal required a new deportation order. The respondent on the other hand argued that the force of the first deportation order was not spent.

The issues were whether the first deportation order continued to empower the respondent to remove him from Canada and whether prohibition was an appropriate remedy.

*réparation la plus appropriée ici est une conclusion déclaratoire de la Cour fédérale selon laquelle la première mesure d'expulsion n'autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et une ordonnance de prohibition interdisant au défendeur d'utiliser ladite mesure à cette fin — Par conséquent, la première mesure d'expulsion a été exécutée et son effet s'en trouve épuisé; elle n'autorisait pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur — Demande accueillie en partie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire par laquelle le demandeur sollicitait une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure d'expulsion (première mesure d'expulsion) prononcée contre lui par la Section de l'immigration (SI) à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Le demandeur sollicitait également un bref de prohibition interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada. Le demandeur, citoyen du Sri Lanka, était assigné à résidence au Canada. Après être entré au Canada, il a été reconnu comme réfugié au sens de la Convention, et il est devenu résident permanent. Tandis qu'il était au Canada, le demandeur a accumulé les condamnations pénales. Il a été interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée sous le régime de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Par la suite, un avis de danger (premier avis de danger) a été émis à l'encontre du demandeur, en vue de le renvoyer au Sri Lanka à titre de réfugié au sens de la Convention. Le demandeur a été expulsé du Canada. La demande de contrôle judiciaire du premier avis de danger a été rejetée, mais, en appel, la Cour d'appel fédérale a annulé cet avis de danger. Par la suite, le demandeur est entré de nouveau au Canada, où il a été détenu et assigné à résidence. Un deuxième avis de danger a été émis à l'encontre du demandeur, qui a alors sollicité un contrôle judiciaire à l'égard de cet avis. Le demandeur s'est vu signifier un avis d'arrangements de renvoi, et il a été informé qu'il serait renvoyé en vertu de la première mesure d'expulsion. Quelques jours plus tard, le demandeur a déposé la présente demande de contrôle judiciaire. Le renvoi a été ajourné par décision administrative, mais le demandeur a alors fait l'objet d'une interdiction de territoire pour une deuxième fois, et une deuxième mesure d'expulsion a été émise. Il a été prononcé un sursis à l'exécution du renvoi du demandeur en attendant l'issue de sa demande de contrôle judiciaire de la première mesure d'expulsion et du deuxième avis de danger. Le demandeur soutenait que, parce qu'il avait été renvoyé vers le Sri Lanka en vertu de la première mesure d'expulsion, l'effet de cette mesure était maintenant épuisé, de sorte qu'un autre renvoi nécessitait l'obtention d'une autre mesure d'expulsion. Le défendeur soutenait, quant à lui, que l'effet de la première mesure d'expulsion n'était pas épuisé.

Il s'agissait de savoir si la première mesure d'expulsion autorisait encore le défendeur à renvoyer le demandeur du Canada et si la prohibition était une réparation adéquate.

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

The first deportation order was valid when it was issued and the applicant was legitimately removed from Canada pursuant thereto. It had to be determined whether the first deportation order authorized only a single removal or whether it defined the applicant's status and rendered him subject to removal at any time until that order was lifted or modified. The authority to remove flows from subsection 48(2) of the Act. This section does not speak about the duration of the authorization to remove so it would seem that, unless there is a limitation somewhere else in the Act or the Regulations, the duration of the order would be indefinite, a situation which would not fit with the scheme of the Act. Looking at the scheme of the Act and Regulations as a whole, "enforceable" in section 48 must mean "executable only once". Interpreting removal orders in this way solves the duration issue and resolves the potential tension between the obligation to remove and the discretion to authorize return. While the cases relied on by the applicant did not directly establish his point, the reasoning behind them suggested that the force of a removal order is not perpetual. By implication, at least, it would seem that once a removal order has been executed, then its force is spent.

As for the appropriate remedy, while the ID cannot grant prohibition against its own orders, this does not mean that prohibition is not available in the appropriate case. Nonetheless, the relief the applicant requested was too broad. To declare the first order wholly void would be to grant the applicant more than is necessary to vindicate his rights as established in this case. The applicant's request for an order prohibiting the respondent from removing him from Canada was also too broad. The most appropriate remedy here was a declaration from the Federal Court that the respondent is not empowered to remove the applicant from Canada under the first order and an order of prohibition preventing the respondent from using that order to remove the applicant. Therefore, the first deportation order, although valid when made, was executed and its force was spent. It could not now be used as the basis of any future deportation of the applicant and the respondent was prohibited from using it to remove the applicant from Canada.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

La première mesure d'expulsion était valide au moment où elle a été prononcée, et le demandeur a été légitimement renvoyé du Canada en vertu de cette mesure. Il s'agissait de déterminer si la première mesure d'expulsion autorisait un seul renvoi ou si elle définissait le statut du demandeur et permettait de le renvoyer tant qu'elle n'était pas levée ou modifiée. C'est le paragraphe 48(2) de la Loi qui confère le pouvoir de renvoi. Or, ce paragraphe est muet sur la durée du pouvoir en question, si bien qu'on pourrait penser que, sauf disposition contraire de la Loi ou du Règlement, la mesure de renvoi est de durée indéfinie, interprétation qui ne cadre pas avec l'esprit de la Loi. D'après l'économie d'ensemble de la Loi et du Règlement, le terme « exécutoire » de l'article 48 doit signifier « ne pouvant être exécutée qu'une seule fois ». En interprétant les mesures de renvoi de cette façon, on résout le problème de la durée et l'on évite la contradiction potentielle entre l'obligation de renvoyer et le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le retour. Bien que les arrêts invoqués par le demandeur n'aient pas établi directement la thèse du demandeur, le raisonnement qui leur est sous-jacent donne à penser que l'effet d'une mesure de renvoi n'est pas perpétuel. La jurisprudence semble donc poser, au moins implicitement, qu'une fois la mesure de renvoi exécutée, son effet est épuisé.

En ce qui concerne la réparation adéquate, bien que la SI ne soit pas habilitée à rendre des ordonnances de prohibition contre ses propres mesures, il ne faut pas en conclure que la prohibition n'est pas une réparation possible dans les cas qui s'y prêtent. Toutefois, la réparation sollicitée par le demandeur avait une portée trop large. Déclarer la première mesure entièrement nulle reviendrait à accorder au demandeur plus qu'il n'est nécessaire pour assurer le respect de ses droits tels qu'établis dans la présente instance. La demande par laquelle le demandeur sollicitait une ordonnance interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada était également de portée trop large. La réparation la plus appropriée, ici, était une conclusion déclaratoire de la Cour fédérale, selon laquelle la première mesure d'expulsion n'autorisait pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et une ordonnance de prohibition interdisant au défendeur d'utiliser ladite mesure à cette fin. Par conséquent, bien que la première mesure d'expulsion ait été valide au moment de sa prononciation, elle a été exécutée, et son effet s'en trouve épuisé. Cette mesure n'autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur, et la Cour lui interdisait de l'utiliser à cette fin.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

#### 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].

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).  
*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 44(1), 54.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78).  
*Immigration Act (The)*, S.C. 1952, c. 42.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 37(1)(a), 40(1), 44(1), 45(d), 48, 72(1), 115.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 228(1)(c)(ii).  
*Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 15 (as am. by S.C. 1973-74, c. 27, s. 6).

*Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, art. 15 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 27, art. 6).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).  
*Loi sur l'immigration*, S.C. 1952, ch. 42.  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 44(1), 54.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)(d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 37(1)(a), 40(1), 44(1), 45(d), 48, 72(1), 115.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 228(1)(c)(ii).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435.

##### CONSIDERED:

*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52, 292 D.L.R. (4th) 463, 70 Imm. L.R. (3d) 54, revg 2007 FC 229, [2008] 1 F.C.R. 87, 310 F.T.R. 34, 60 Imm. L.R. (3d) 276; *Nagalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310, 405 F.T.R. 62, 7 Imm. L.R. (4th) 62; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36, (1997), 142 D.L.R. (4th) 237, 207 N.R. 1 (C.A.); *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, (1991), 85 D.L.R. (4th) 88, [1992] 1 W.W.R. 193; *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 14 F.T.R. 28, 3 Imm. L.R. (2d) 316 (F.C.T.D.); *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1985), 62 N.R. 73 (F.C.A.); *Huang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 CanLII 75580 (I.R.B.); *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 185, (1998), 157 F.T.R. 161, 47 Imm. L.R. (2d) 257 (T.D.); *Saprai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 3 F.T.R. 215 (F.C.T.D.); *Vickers v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 408, 228 F.T.R. 155; *Psychologist "Y" v. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273; *Kalombo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 460, [2003] 4 F.C. 810, 231 F.T.R. 267, 28 Imm. L.R. (3d) 40; *Argueles*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52, infirmant 2007 CF 229, [2008] 1 R.C.F. 87; *Nagalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 176; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.); *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Mercier c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 739 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Huang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CanLII 75580 (C.I.S.R.); *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 185 (1<sup>re</sup> inst.); *Saprai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 273 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Vickers c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 408; *Psychologist "Y" v. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273; *Kalombo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 460, [2003] 4 C.F. 810; *Argueles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1477; *Wajaras c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200; *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8471 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107; *Ramkissoon c. Le ministre de la*

*v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1477, 263 F.T.R. 30; *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200; *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8471, 153 F.T.R. 289, 49 Imm. L.R. (2d) 187 (F.C.T.D.); *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 461, [2007] 1 F.C.R. 107, 40 Admin. L.R. (4th) 159, 290 F.T.R. 161; *Ramkissoon v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 290, (1977), 82 D.L.R. (3d) 406, 20 N.R. 361 (C.A.); *Bhawan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 41 D.L.R. (4th) 382, 14 F.T.R. 230 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, 519 A.R. 1, 339 D.L.R. (4th) 428; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Sadique v. Canada (Minister of Manpower and Immigration)*, [1974] 1 F.C. 719, (1974), 46 D.L.R. (3d) 131 (T.D.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, 208 D.L.R. (4th) 107, 37 Admin. L.R. (3d) 252.

APPLICATION for judicial review in which the applicant sought an order declaring a deportation order issued by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board null and void and a writ of prohibition preventing the respondent from removing him from Canada. Application allowed in part.

## APPEARANCES

*Andrew Brouwer* and *Carole Simone Dahan* for applicant.  
*Michael Butterfield* and *Nadine S. Silverman* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Refugee Law Office*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290 (C.A.); *Bhawan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] A.C.F. n° 573 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sadique c. Canada (Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration)*, [1974] 1 C.F. 719 (1<sup>re</sup> inst.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

DEMANDE de contrôle judiciaire par laquelle le demandeur sollicitait une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure d'expulsion prononcée contre lui par la Section de l'immigration à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ainsi qu'un bref de prohibition interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada. Demande accueillie en partie.

## ONT COMPARU

*Andrew Brouwer* et *Carole Simone Dahan* pour le demandeur.  
*Michael Butterfield* et *Nadine S. Silverman* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Refugee Law Office*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application for judicial review pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) [or the Act]. The applicant seeks an order declaring a deportation order (2003 order) issued by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (ID) and dated 28 May 2003 null and void. The applicant also seeks a writ of prohibition preventing the respondent from removing him from Canada.

## BACKGROUND

[2] The applicant is a citizen of Sri Lanka currently living in Canada under house arrest. He first entered Canada on 31 August 1994. At that time, he claimed refugee status under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. The Convention Refugee Determination Division (CRDD) recognized the applicant as a Convention refugee without a hearing on 2 March 1995. The applicant became a permanent resident of Canada on 13 March 1997.

[3] Between 1999 and 2001, the applicant accumulated four criminal convictions in Canada. On 24 August 2001, the respondent issued a report which alleged the applicant was inadmissible for involvement in organized criminality, based on his membership in AK Kannan—a gang active in Toronto. The applicant was arrested and detained on 18 October 2011 on the basis that he was a danger to the public and would not attend his admissibility hearing. The ID found on 28 May 2003 that the applicant was inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the Act because he was involved in organized criminal activity. On that date, the ID also issued the 2003 order against him.

[4] After the 2003 order was issued, the applicant applied to this Court on 11 June 2003 for leave and judicial review of the ID's admissibility decision. Justice Elizabeth Heneghan dismissed the application for judicial review on 12 October 2004 (see *Nagalingam v.*

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

[1] LE JUGE RUSSELL : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire formée sous le régime du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) [ou la Loi]. Le demandeur sollicite une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure d'expulsion (la mesure de 2003) prononcée contre lui le 28 mai 2003 par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SI), ainsi qu'un bref de prohibition interdisant au défendeur de le renvoyer du Canada.

## LE CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen sri-lankais actuellement assigné à résidence au Canada. Il est entré pour la première fois au Canada le 31 août 1994. Il a alors revendiqué la qualité de réfugié au sens de la Convention sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. La Section du statut de réfugié (la SSR) lui a reconnu cette qualité le 2 mars 1995, sans tenir d'audience. Le demandeur a ensuite obtenu la résidence permanente au Canada le 13 mars 1997.

[3] De 1999 à 2001, le demandeur a accumulé quatre condamnations pénales au Canada. Le 24 août 2001, le défendeur a établi un rapport selon lequel le demandeur était interdit de territoire pour criminalité organisée, au motif de son appartenance à un gang torontois dénommé « AK Kannan ». Le demandeur a été arrêté et mis en détention le 18 octobre 2011 parce que le ministre estimait qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et se soustrairait vraisemblablement à l'enquête sur son interdiction de territoire. La SI a rendu le 28 mai 2003 une décision selon laquelle le demandeur était interdit de territoire canadien pour criminalité organisée sous le régime de l'alinéa 37(1)a) de la Loi, et elle a prononcé contre lui la mesure de 2003 à cette même date.

[4] Le demandeur a déposé peu après, soit le 11 juin 2003, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision de la SI qui l'avait déclaré interdit de territoire. La juge Elizabeth Heneghan a rejeté cette demande de contrôle judiciaire le 12 octobre 2004

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397).

[5] In order to return the applicant to Sri Lanka as a Convention refugee, the Minister of Citizenship and Immigration or his delegate had to issue a danger opinion against him under paragraph 115(2)(b) of the Act. The Minister of Citizenship and Immigration first issued a danger opinion on 4 October 2005 (2005 danger opinion). The applicant applied for judicial review of that danger opinion on 25 October 2005. After the respondent initiated removal proceedings in 2005, the applicant made a motion for a stay of removal. This motion was denied by Justice Eleanor Dawson on 2 December 2005.

[6] The applicant then asked the Ontario Court for an injunction to stop his deportation. During that proceeding, the respondent undertook to return the applicant to Canada if his application for judicial review of the danger opinion was successful. Justice Wilson of the Ontario [Superior] Court of Justice dismissed the application for an injunction on 5 December 2005. The Canada Border Services Agency (CBSA) removed the applicant from Canada on 7 December 2005.

[7] In his judgment, dated 28 February 2007, Justice Michael Kelen dismissed the application for judicial review of the 2005 danger opinion (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 229, [2008] 1 F.C.R. 87). However, he also certified two questions. The applicant pursued an appeal to the Federal Court of Appeal. On 24 April 2008, the Federal Court of Appeal quashed the 2005 danger opinion and remitted the matter to the Minister of Citizenship and Immigration for reconsideration (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52).

[8] Pursuant to his undertaking before the Ontario [Superior] Court of Justice in 2005, the respondent eventually issued the applicant a temporary resident visa (TRV) in February 2009. On 24 February 2009, the applicant returned to Canada. The CBSA detained him on

(voir *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397).

[5] Le demandeur étant un réfugié au sens de la Convention, il fallait que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou un délégué de ce dernier émette un avis de danger à son encontre sous le régime de l'alinéa 115(2)b) de la Loi pour qu'on puisse le renvoyer au Sri Lanka. Le ministre a rendu un premier avis de danger sous ce régime le 4 octobre 2005 (l'avis de danger de 2005). Le demandeur a formé une demande de contrôle judiciaire de cet avis le 25 du même mois. Après la mise en branle de la procédure de son renvoi par le défendeur en 2005, le demandeur a présenté devant notre Cour une requête en sursis à l'exécution dudit renvoi, requête que la juge Eleanor Dawson a rejetée le 2 décembre 2005.

[6] Le demandeur a alors sollicité devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario une injonction contre son expulsion. Au cours de cette instance, le défendeur s'est engagé à lui permettre de revenir au Canada si sa demande de contrôle judiciaire de l'avis de danger était accueillie. La cour ontarienne, par la voix du juge Wilson, a rejeté la requête en injonction le 5 décembre 2005, et l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a exécuté le 7 du même mois la mesure d'expulsion frappant le demandeur.

[7] Par jugement en date du 28 février 2007, le juge Michael Kelen a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'avis de danger de 2005 (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 229, [2008] 1 R.C.F. 87), non sans toutefois certifier deux questions. Le demandeur a contesté cette décision devant la Cour d'appel fédérale, qui, le 24 avril 2008, a annulé l'avis de danger de 2005 et renvoyé l'affaire devant le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour réexamen (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52).

[8] Conformément à l'engagement pris devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario en 2005, le défendeur a en fin de compte délivré au demandeur un visa de résident temporaire en février 2009. C'est ainsi que le demandeur est entré de nouveau dans notre pays le

his arrival in Canada and placed him in immigration detention. He remained in immigration detention until April 2009 when he was released to house arrest.

[9] The Minister of Citizenship and Immigration issued a new danger opinion under paragraph 115(2)(b) of the Act on 23 February 2011 (2011 danger opinion). That opinion was subject to an application for judicial review currently before this Court (IMM-1711-11 [2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310]), which I granted on 8 February 2012.

[10] On 10 March 2011, a CBSA officer personally served the applicant with a notice of removal arrangements (NORA) and told him he would be removed on the basis of the 2003 order. The NORA informed the applicant that he was scheduled for removal between 23 and 26 March 2011. On 15 March 2011, he made the within application for leave and judicial review. The applicant also applied for a stay of removal on 16 March 2011.

[11] The respondent informed the applicant on 17 March 2011 that his removal had been administratively deferred. On the strength of that information, the applicant asked this Court to adjourn his motion for stay of removal *sine die*. The Court granted that adjournment.

[12] On 9 September 2011, a CBSA officer served the applicant with a report under subsection 44(1) of the Act, which said that the officer was of the opinion that he was inadmissible under paragraph 36(2)(a) of the Act. This opinion was based on the applicant's convictions in 2000 and 2001. When he went to the Greater Toronto Enforcement Center (GTEC) for an interview on 16 September 2011, the CBSA served the applicant with a deportation order (2011 order). On 17 September 2011, the applicant was given another NORA. That notice informed him that he was scheduled for removal on 29 or 30 September 2011. The applicant has applied for leave and judicial review of the inadmissibility report (IMM-6450-11), which has not yet been granted or denied. [A decision has since been rendered: *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455.] He also applied for

24 février 2009. L'ASFC l'a arrêté à son arrivée pour ensuite l'interner aux fins de l'immigration, internement qui a duré jusqu'à son assignation à résidence en avril 2009.

[9] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a émis le 23 février 2011 un nouvel avis de danger sous le régime de l'alinéa 115(2)b) de la Loi (l'avis de danger de 2011). Le demandeur a formé contre cet avis une demande de contrôle judiciaire qui est actuellement devant notre Cour (dossier IMM-17-11 [2012 CF 176]) et que j'ai accueillie le 8 février 2012.

[10] Le 10 mars 2011, un agent de l'ASFC a signifié à personne au demandeur un avis d'arrangements de renvoi et l'a informé qu'il serait renvoyé en vertu de la mesure de 2003. Cet avis notifiait au demandeur que son renvoi était prévu pour l'intervalle du 23 au 26 mars 2011. Le demandeur a formé le 15 mars 2011 la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire et a déposé le lendemain une requête en sursis à l'exécution de son renvoi.

[11] Le défendeur a avisé le demandeur le 17 mars 2011 que son renvoi était ajourné par décision administrative. Sur la foi de cette information, le demandeur a prié notre Cour d'ajourner *sine die* sa requête en sursis à l'exécution de son renvoi, ajournement qu'elle lui a accordé.

[12] Le 9 septembre 2011, un agent de l'ASFC a signifié au demandeur un rapport circonstancié établi sous le régime du paragraphe 44(1) de la Loi, où il déclarait l'estimer interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(2)a) de la même Loi. Cet avis se fondait sur les déclarations de culpabilité dont le demandeur avait fait l'objet en 2000 et 2001. Le demandeur s'étant présenté pour un entretien au Centre d'exécution de la loi du Grand Toronto (CELGT) le 16 septembre 2011, l'ASFC lui a signifié sur place une mesure d'expulsion (la mesure de 2011). Le lendemain, le demandeur a reçu signification d'un autre avis d'arrangements de renvoi, qui l'informait que son renvoi était prévu pour le 29 ou le 30 septembre 2011. Le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant le rapport circonstancié susdit (dossier IMM-6450-11), laquelle n'a pas encore fait l'objet d'une décision. [Une décision a depuis lors été



leave and judicial review of the 2011 order, but discontinued that application on 7 December 2011 (IMM-6451-11).

[13] The applicant asked this Court, on 21 September 2011, that his 16 March 2011 motion for stay of removal be set down for a hearing on 26 September 2011. On 26 September 2011, I stayed the applicant's removal pending the outcome of his applications for judicial review of the 2003 order and the 2011 danger opinion.

#### ISSUES

[14] The applicant raises the following issues in this proceeding:

- a. Whether the 2003 order continues to empower the respondent to remove him from Canada;
- b. Whether prohibition is an appropriate remedy.

#### STANDARD OF REVIEW

[15] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[16] Also in *Dunsmuir* (above), the Supreme Court of Canada held at paragraph 59 that true questions of *vires* are subject to the correctness standard. The Supreme Court of Canada has recently affirmed this holding in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 26, and *Alberta (Information*

rendue : *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455.] Il a aussi formé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la mesure de 2011, mais il s'en est désisté le 7 décembre 2011 (dossier IMM-6451-11).

[13] Le 21 septembre 2011, le demandeur a prié notre Cour d'enrôler pour le 26 du même mois la requête en sursis à l'exécution de son renvoi qu'il avait déposée le 16 mars 2011. Le 26 septembre 2011, j'ai prononcé un sursis à l'exécution du renvoi du demandeur en attendant l'issue de ses demandes de contrôle judiciaire de la mesure de 2003 et de l'avis de danger de 2011.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] Le demandeur met ici en litige les questions suivantes :

- a. La mesure de 2003 autorise-t-elle encore le défendeur à le renvoyer du Canada?
- b. La prohibition est-elle une réparation adéquate?

#### LA NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[15] La Cour suprême du Canada a posé en principe dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer dans chaque cas une analyse exhaustive pour déterminer la norme de contrôle qui convient. Lorsque la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante la norme de contrôle applicable à la question dont elle est saisie, la cour de révision peut l'adopter sans autre examen. C'est seulement lorsque sa recherche dans la jurisprudence se révèle infructueuse qu'elle doit entreprendre l'analyse des quatre facteurs qui définissent la norme de contrôle appropriée.

[16] Dans le même arrêt (*Dunsmuir*, précité), la Cour suprême du Canada affirme que les véritables questions de compétence relèvent de la norme de la décision correcte. Elle a récemment réaffirmé cette conclusion de principe au paragraphe 26 de l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, et au

*and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30. The Court in this case is called on to determine if the Minister has the authority to remove the applicant from Canada. This is a true question of *vires*, so the correctness standard applies.

[17] At paragraph 50 in *Dunsmuir*, the Supreme Court of Canada held that:

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

[18] This Court's jurisdiction to grant a writ of prohibition is found at paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. In *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36, the Federal Court of Appeal held at paragraph 25 that:

One of the objectives of judicial review of the decisions of administrative bodies is to prevent those bodies from doing acts that they do not have the power to do, and one method of doing this that is recognized in the *Federal Court Act* is to obtain a writ of prohibition (see paragraphs 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.2(3)(b) [as enacted *idem*, s. 5] of the Act). [Footnote omitted.]

[19] Further, it is well established that prerogative writs like prohibition are discretionary. See *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 40, and *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, above, at paragraph 22. If I conclude that the respondent does not have the jurisdiction to remove the applicant under the 2003 order, then prohibition is an appropriate, but discretionary remedy.

paragraphe 30 de l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654. Dans la présente instance, notre Cour doit décider si le ministre est autorisé à renvoyer le demandeur du Canada. C'est là une véritable question de compétence, de sorte que la norme de la décision correcte est ici d'application.

[17] La Cour suprême du Canada donne les directives suivantes au paragraphe 50 de l'arrêt *Dunsmuir* :

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

[18] C'est l'alinéa 18(1)a [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], qui confère à notre Cour la compétence pour décerner des brefs de prohibition. La Cour d'appel fédérale formule à ce sujet l'observation suivante au paragraphe 25 de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 :

L'un des objectifs du contrôle judiciaire des décisions de l'administration est de prévenir que soient posés des actes que l'administration n'a pas le pouvoir de poser, et un moyen reconnu par la *Loi sur la Cour fédérale* pour ce faire est l'obtention d'un bref de prohibition (voir les alinéas 18(1)a) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14] et 18.2(3)b) [édicte, *idem*, art. 5] de la Loi). [Note en bas de page omise.]

[19] En outre, il est de droit constant que les brefs de prérogative tels que le bref de prohibition relèvent d'un pouvoir discrétionnaire. Voir le paragraphe 40 de l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, et le paragraphe 22 de l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, précité. Si je conclus que le défendeur n'a pas compétence pour renvoyer le demandeur en vertu de la mesure de 2003, la prohibition est une réparation adéquate, mais qu'il est laissé à ma discrétion de prononcer ou non.

## STATUTORY PROVISIONS

## LES DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[20] The following provisions of the IRPA are applicable in these proceedings:

[20] Les dispositions suivantes de la LIPR sont applicables à la présente instance :

36. ...

36. [...]

Criminality

(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for

(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :

Criminalité

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;

...

[...]

Organized criminality

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

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

Activités de criminalité organisé

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

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

...

[...]

Decision

45. The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

45. Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes:

Décision

...

[...]

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

...

[...]

Enforceable  
removal  
order

**48.** (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

**48.** (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.

Mesure de  
renvoi

## ARGUMENTS

### The Applicant

[21] The applicant concedes that the 2003 order was valid when it was issued. However, he argues that the respondent does not have the jurisdiction to remove him from Canada under that order because its legal force was spent when the CBSA removed him on 7 December 2005.

#### The 2003 Order is Spent

[22] The applicant says that, when the CBSA enforced the 2003 order, its entire legal force was exhausted. That order gave a single direction to the CBSA to remove the applicant, which was done, so its mandate has been fulfilled. To deport him again, the respondent must obtain another deportation order from the ID.

[23] The applicant also says that this interpretation ensures that there is no redundancy in the Act. To hold that the 2003 order is not spent and remains in force would render subparagraph 228(1)(c)(ii) of the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] redundant. That subparagraph requires the ID to issue a deportation order where a foreign national has re-entered Canada without authorization. The applicant says that, if a deportation order is not spent by its execution, there is no need for a new deportation order under subparagraph 228(1)(c)(ii) when a previously deported foreign national re-enters Canada; that foreign national could simply be deported under the first deportation order.

[24] In *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, the Supreme Court of Canada held at page 408 that:

## LES PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

### Le demandeur

[21] Le demandeur reconnaît que la mesure de 2003 était valide au moment où elle a été prononcée. Cependant, il soutient que le défendeur n'a pas compétence pour le renvoyer du Canada en vertu de cette mesure, au motif que l'effet juridique en a été épuisé lorsque l'ASFC l'a exécutée le 7 décembre 2005.

#### L'effet de la mesure de 2003 est épuisé

[22] Le demandeur affirme que lorsque l'ASFC a exécuté la mesure de 2003, son effet juridique s'en est trouvé entièrement épuisé. Cette mesure ordonnait ponctuellement à l'ASFC de le renvoyer, ce que celle-ci a fait, remplissant ainsi son mandat. Pour l'expulser de nouveau, le défendeur doit obtenir de la SI une autre mesure d'expulsion.

[23] Le demandeur fait également valoir que cette interprétation permet d'éviter toute redondance dans la réglementation. Conclure que la mesure de 2003 n'a pas épuisé son effet et reste en vigueur, explique-t-il, reviendrait à rendre superflu le sous-alinéa 228(1)(c)(ii) du Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227]. Ce sous-alinéa oblige la SI à prononcer une mesure d'expulsion contre l'étranger qui est rentré au Canada sans autorisation. Si l'exécution de la mesure d'expulsion n'en épuisait pas l'effet, raisonne le demandeur, il ne serait pas nécessaire d'en prendre une autre sous le régime du sous-alinéa 228(1)(c)(ii) contre l'étranger antérieurement expulsé qui rentre au Canada : il suffirait de l'expulser de nouveau en vertu de la mesure déjà prononcée.

[24] La Cour suprême du Canada formule la règle suivante aux pages 408 et 409 de l'arrêt *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388 :

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

[25] The applicant also says that the jurisprudence of this Court, the Federal Court of Appeal, and the Immigration Appeal Division of the IRB [Immigration and Refugee Board] supports his position. See *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 14 F.T.R. 28 (F.C.T.D.); *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1985), 62 N.R. 73 (F.C.A.); *Huang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 CanLII 75580 (I.R.B.); *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 185 (T.D.); and *Saprai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 3 F.T.R. 215 (F.C.T.D.).

#### The Respondent

[26] The respondent argues that the 2003 order is still in effect, so he still has the authority to remove the applicant. The applicant has conceded in his memorandum that the 2003 order is valid. There is no ground for the judicial review the applicant seeks because he has conceded this point.

#### The Circumstances Surrounding the Applicant’s Re-entry are Unusual

[27] The applicant returned to Canada on a TRV after the respondent gave an undertaking to the Ontario [Superior] Court of Justice to assist the applicant to return to Canada if the 2005 danger opinion was overturned on judicial review. Had it not been for this undertaking, the respondent would not have allowed the applicant to come back to Canada. The 2003 order remains in force because these circumstances are unusual.

#### Nature of Prohibition

[28] The respondent says that there is no basis for this application because the applicant is not seeking review

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

[25] Le demandeur ajoute que la jurisprudence de notre Cour, de la Cour d’appel fédérale et de la Section d’appel de l’immigration à la CISR [Commission de l’immigration et du statut de réfugié] abonde dans son sens. Voir *Mercier c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 739 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Mercier c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] A.C.F. n° 535 (C.A.) (QL); *Huang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CanLII 75580 (C.I.S.R.); *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 185 (1<sup>re</sup> inst.); et *Saprai c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 273 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

#### Le défendeur

[26] Le défendeur soutient que la mesure de 2003 est encore en vigueur, de sorte qu’il garde le pouvoir de renvoyer le demandeur. Celui-ci ayant reconnu la validité de cette mesure dans son exposé des faits et du droit, le contrôle judiciaire qu’il demande se trouve dépourvu de motif.

#### Les circonstances de la rentrée du demandeur au Canada sont inhabituelles

[27] Le demandeur est rentré au Canada en vertu d’un visa de résident temporaire après que le défendeur se soit engagé devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario à l’aider à y revenir dans le cas où l’avis de danger de 2005 serait annulé en contrôle judiciaire. N’eût été cet engagement, le défendeur n’aurait pas permis au demandeur de revenir au Canada. La mesure de 2003 reste en vigueur parce que ces circonstances sont inhabituelles.

#### La nature de la prohibition

[28] Le défendeur fait valoir que la présente demande est dénuée de fondement au motif que le demandeur

of the 2003 order. Although this Court has the jurisdiction to grant prerogative writs, it cannot grant any relief that is not within the jurisdiction of the body being reviewed. In *Vickers v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 408, 228 F.T.R. 155, Justice Luc Martineau said at paragraph 11 that:

In accordance with the ruling in *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189, at 224, a court hearing an application for judicial review cannot exercise more powers than the federal board, commission or other tribunal could have exercised.

[29] Though the ID has the authority to grant deportation orders, it does not have the ability to grant the relief that the applicant seeks, so this Court also does not have that authority. The respondent refers to *Psychologist “Y” v. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273 (*Psychologist Y*), at paragraph 21 where the Nova Scotia Court of Appeal held that:

Prohibition is a drastic remedy. It is to be used only when a tribunal has no authority to undertake (or to continue with) the matter before it. Unless a lack of jurisdiction or a denial of natural justice is clear on the record, prohibition is also a discretionary remedy. As Sara Blake says in her text, *Administrative Law in Canada*, 3<sup>rd</sup> ed. (Butterworths, 2001) at 200, it may be refused if the existence of jurisdiction is debatable or turns on findings of fact that have yet to be made. It must be clear and beyond doubt, she writes, that the tribunal lacks authority to proceed. Or as 11 Halsbury’s Laws of England (3<sup>rd</sup> ed., 1955) p. 115 puts it, prohibition cannot be claimed as of right unless the defect of jurisdiction is clear.

[30] Following *Sadique v. Canada (Minister of Manpower and Immigration)*, [1974] 1 F.C. 719 (T.D.), the respondent says that prohibition cannot be substituted for a stay or an injunction.

ne sollicite pas le contrôle de la mesure de 2003. Il est vrai que notre Cour a compétence pour décerner des brevets de prérogative, mais elle ne peut prononcer aucune réparation qui n’entrerait pas dans la compétence de l’organisme dont elle contrôle la décision. Le juge Luc Martineau formule à ce propos l’observation suivante au paragraphe 11 de la décision *Vickers c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 408 :

Conformément à ce qui a été décidé dans l’arrêt *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189, p. 224, la Cour disposant d’une demande de contrôle judiciaire ne peut exercer plus que les pouvoirs que l’office fédéral aurait pu exercer.

[29] La SI a le pouvoir de prendre des mesures d’expulsion, mais pas celui de prononcer la réparation que le demandeur sollicite, de sorte que notre Cour n’a pas non plus ce pouvoir. Le défendeur cite à l’appui de son argumentation le paragraphe 21 de l’arrêt *Psychologist “Y” v. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273 (*Psychologist Y*), où la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] La prohibition est une mesure de réparation radicale. Il ne faut l’utiliser que dans le cas où le tribunal administratif n’a pas le pouvoir d’entreprendre (ou de poursuivre) l’examen de l’affaire portée devant lui. En outre, sauf si le dossier révèle à l’évidence un défaut de compétence ou un déni de justice naturelle, la prohibition est une mesure de réparation discrétionnaire. Comme Sara Blake l’explique à la page 200 de son ouvrage *Administrative Law in Canada*, Butterworths, 2001, 3<sup>e</sup> édition, il est possible de refuser de prononcer la prohibition lorsque l’existence de la compétence est discutable ou dépend de conclusions de fait qu’il reste à établir. « Il doit être évident et ne faire aucun doute, écrit-elle, que le tribunal administratif n’a pas le pouvoir d’instruire l’affaire. » Autrement dit, pour reprendre les termes de 11 *Halsbury’s Laws of England*, 1955, 3<sup>e</sup> édition, page 115, on ne peut revendiquer la prohibition comme un droit que si le défaut de compétence est manifeste.

[30] S’appuyant sur la décision *Sadique c. Canada (Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration)*, [1974] 1 C.F. 719 (1<sup>re</sup> inst.), le défendeur fait valoir qu’on ne peut substituer la prohibition à un sursis ou à une injonction.

## Deportation and Enforcement are Separate

[31] The respondent also says that the enforcement of a deportation order cannot affect the validity of that order. He relies on *Kalombo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 460, [2003] 4 F.C. 810, where Justice Martineau said at paragraph 27 that:

... the issuance and validity of removal orders do not depend upon the intention to execute those orders. The issuance of a removal order and its enforceability or execution are two distinct concepts that are not interchangeable. Removal orders arise from the operation of law and are not premised on intent.

[32] The respondent also relies on *Argueles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1477, 263 F.T.R. 30, where Justice Martineau provided the following guidance at paragraph 23:

In the case at bar, it is worth noting here that the Act does not make the validity of the removal order subject to its enforcement or enforceability. The Act clearly separates the two proceedings (*Kalombo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.J. No. 615 (F.C.T.D.) (QL); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), at pages 708-9). When the panel has made a removal order, the question of when and where the person concerned will be removed is entirely a matter for the Minister (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 74). At this stage, therefore, it cannot be assumed that the deportation order will be carried out by the Minister.

[33] The respondent also points to *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200, and says that the 2003 order remains in force even though it was enforced in 2005 because the enforcement and issue of deportation orders are separate processes.

2011 Danger Opinion was Issued Because of the 2003 Order

[34] The respondent notes that the delegate issued the February 2011 danger opinion because of the order;

La prise d'une mesure d'expulsion et son exécution sont des opérations distinctes

[31] Le défendeur soutient également que l'exécution d'une mesure d'expulsion ne peut influencer sur sa validité. Il invoque à ce propos le paragraphe 27 de la décision *Kalombo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 460, [2003] 4 C.F. 810, où le juge Martineau fait observer ce qui suit :

[...] la prise et la validité d'une mesure de renvoi ne dépend pas de l'intention de procéder à son exécution. La prise d'une mesure de renvoi et son caractère exécutoire ou son exécution sont deux concepts distincts qui ne sont pas interchangeables. C'est la loi qui déclenche la mesure de renvoi et celle-ci n'est pas tributaire de l'intention.

[32] Le défendeur invoque également la décision *Argueles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1477, au paragraphe 23 dans laquelle le juge Martineau propose les explications suivantes :

En l'espèce, il est important de souligner ici que la Loi ne subordonne pas la validité de la mesure de renvoi à son exécution ou à son caractère exécutoire. La Loi sépare nettement les deux processus (*Kalombo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 615 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), aux pp. 708-9). Lorsque le tribunal a pris une mesure de renvoi, la question de savoir quand et où la personne visée sera renvoyée relève entièrement du ministre (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 74). On ne peut donc présumer, à ce stade, que la mesure d'expulsion sera exécutée par le Ministre.

[33] Le défendeur, attirant aussi l'attention de la Cour sur la décision *Wajaras c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200, soutient que la mesure de 2003 reste en vigueur bien qu'elle ait été exécutée en 2005 parce que l'exécution et la prise d'une mesure d'expulsion forment deux opérations distinctes.

L'avis de danger de 2011 a été émis à cause de la mesure de 2003

[34] Le défendeur rappelle que le délégué du ministre a émis l'avis de danger de février 2011 à cause de la

the order is only enforceable against the applicant—as a convention refugee—once there has been a danger opinion issued under paragraph 115(2)(b) of the IRPA as an exception to the principle of non-refoulement. The respondent says that the applicant understands that he remains subject to removal based on the order.

#### Delay

[35] The respondent further argues that the applicant cannot object to the 2003 order in these proceedings because he has had several opportunities to object but has not availed himself of any of them. The applicant could have raised the validity of the 2003 order when he was detained on his return to Canada in February 2009, or at his detention review hearings in February and April 2009. The respondent says that the ID specifically raised the enforceability of the 2003 order at the applicant's detention review hearing in April 2009 when the member said:

He is detained pending his removal, he is subject still of the removal order that was issued in 2003. It was understood that in essence his legal situation would be essentially the same as it was of the 4<sup>th</sup> of December, 2005, the day before he was removed from Canada the 1<sup>st</sup> time except that at that time the 115(2)(b) was in existence and was used to support his removal.

[36] The applicant cannot now object to the 2003 order because he did not take this earlier opportunity to do so and has not objected to it during the two years since he returned to Canada.

#### Seeking a Fresh Order Would be an Abuse of Process

[37] The respondent further says that the applicant has no status in Canada while he says at the same time that the respondent must seek a fresh deportation order. The respondent argues that seeking a new deportation

mesure de 2003; le demandeur ayant qualité de réfugié au sens de la Convention, cette mesure n'est exécutoire contre lui qu'une fois émis sous le régime de l'alinéa 115(2)(b) de la LIPR un avis de danger portant dérogation au principe du non-refoulement. Selon le défendeur, le demandeur a convenu tacitement qu'il reste sujet au renvoi en vertu de ladite mesure.

#### Le retard à agir

[35] Le défendeur soutient également qu'il n'est pas permis au demandeur de former opposition à la mesure de 2003 dans la présente instance parce qu'il a déjà eu plusieurs occasions de le faire mais n'en a saisi aucune. Le demandeur aurait pu soulever la question de la validité de la mesure de 2003 lorsqu'il a été mis en détention à son retour au Canada en février 2009, ou encore aux audiences de contrôle des motifs de sa détention tenues en février et en avril 2009. Le défendeur fait valoir que la SI a explicitement soulevé la question du caractère exécutoire de la mesure de 2003 à l'audience de contrôle des motifs de la détention du demandeur tenue en avril 2009, lorsque le commissaire a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est détenu en attendant son renvoi, il est encore sous le coup de la mesure de renvoi prononcée en 2003. Il était entendu que sa situation juridique serait essentiellement la même qu'au 4 décembre 2005, c'est-à-dire à la veille de son premier renvoi du Canada, sauf qu'à ce moment, l'avis émis sous le régime de l'alinéa 115(2)(b) était applicable et a été utilisé pour justifier son renvoi.

[36] Il n'est pas permis au demandeur de former aujourd'hui opposition à la mesure de 2003, étant donné qu'il n'a pas tiré parti de cette possibilité antérieure de le faire, ni d'aucune autre pendant les deux années écoulées depuis son retour au Canada.

#### Ce serait un abus de procédure que de demander une nouvelle mesure

[37] Le défendeur fait en outre valoir que le demandeur affirme la nécessité de solliciter contre lui une nouvelle mesure d'expulsion alors qu'il n'a pas de statut au Canada. Selon le défendeur, ce serait un abus de



order would be an abuse of process because, the applicant having conceded the validity of the 2003 order in his memorandum, the issuance of a deportation order is now *res judicata*. There is no legal reason to remit the matter to the ID to conduct a new admissibility hearing in order to issue a new removal order where an enforceable order is in place. As Justice Jean-Eudes Dubé said in *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8471, 153 F.T.R. 289 (F.C.T.D.), at paragraph 12:

Consequently, I must find that, generally, *res judicata* has an application in public law. Otherwise, applicants could re-apply *ad infinitum* and *ad nauseam* with the same application, an abuse of the process of administrative tribunals.

[38] The respondent says that there are public policy reasons which support the application of the principle of *res judicata* in the context of immigration law and that seeking a fresh deportation order is inappropriate in this case.

#### The Applicant's Reply

[39] The applicant replies that the respondent has mischaracterized his position on the validity of the 2003 order. The applicant says that he has not conceded that the 2003 order is valid, only that it was valid when it was issued. He maintains his argument that the 2003 order no longer has any force because it was spent when he was removed on 7 December 2005. He also says that the respondent mischaracterizes the *lis* in these proceedings as a review of the 2003 order; the applicant seeks a declaration that the 2003 order is spent, not a review of its original issuance.

[40] The applicant also points out that there is no authority for the respondent's argument that the unusual circumstances of his return to Canada overcome the lack of statutory jurisdiction. The respondent has not rebutted his argument that the correct interpretation of the Act

procédure que de demander une nouvelle mesure d'expulsion parce que, le demandeur ayant admis la validité de la mesure de 2003 dans son exposé des faits et du droit, la prise d'une mesure d'expulsion relève maintenant de la chose jugée. Il n'y a aucun motif juridique de renvoyer l'affaire devant la SI pour qu'elle tienne une autre enquête afin de prononcer une nouvelle mesure de renvoi alors qu'il existe déjà une mesure exécutoire. Le défendeur cite à ce sujet le paragraphe 12 de la décision *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8471 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où l'on peut lire ce qui suit sous la plume du juge Jean-Eudes Dubé :

En conséquence, je dois conclure qu'en général, le principe de *res judicata* s'applique en droit public. Autrement, les demandeurs pourraient présenter de nouveau la même demande *ad infinitum* et *ad nauseam*, ce qui constituerait un recours abusif aux tribunaux administratifs.

[38] Le défendeur met en avant qu'il existe des motifs d'intérêt public qui légitiment l'application du principe de la chose jugée en droit de l'immigration et qu'il ne serait pas justifié dans la présente espèce de demander une nouvelle mesure d'expulsion.

#### La réplique du demandeur

[39] Le demandeur répond que le défendeur a dénaturé sa position sur la validité de la mesure de 2003. Ce qu'il a reconnu, explique-t-il, ce n'est pas que la mesure de 2003 soit valide, mais seulement qu'elle l'était au moment de sa prononciation. Il maintient son argument selon lequel cette mesure n'est plus en vigueur, ayant épuisé son effet lorsqu'il a été renvoyé le 7 décembre 2005. Il ajoute que le défendeur se trompe en définissant la question en litige dans la présente instance comme étant le contrôle de la mesure de 2003 : le demandeur prie la Cour de déclarer que l'effet de cette mesure est épuisé, et non de la contrôler telle qu'elle était au moment où elle a été prise.

[40] Le demandeur fait aussi remarquer l'absence de fondement juridique de la thèse du défendeur selon laquelle le caractère inhabituel des circonstances de son retour au Canada remédierait au défaut de compétence légale. Le défendeur n'a pas réfuté son argument selon

leads to a finding that the 2003 order is spent. The respondent also has not distinguished the jurisprudence upon which the applicant relies.

[41] The applicant further says that the respondent's argument based on the nature of the relief sought is a further mischaracterization of the matter in dispute. Though it may be that the ID is not empowered to review its own orders, this application is not against the ID but against the respondent and the CBSA. What is at issue is not the power to review the order but the continuing force of the order to authorize the respondent to remove the applicant. *Psychologist Y*, above, does not assist the respondent. That case stands for the proposition that prohibition is an appropriate remedy where there is a lack of jurisdiction, which is what the applicant says is the case with respect to the 2003 order. The respondent lacks jurisdiction to remove the applicant because the 2003 order is spent, so prohibition is appropriate.

[42] The applicant agrees with the respondent that the enforcement and issuance of deportation orders are separate processes. However, the respondent's submissions on this point are irrelevant because the applicant is not arguing that the 2003 order was invalid when it was issued. Enforcement does not alter the original validity of the order, but it does expend the order's force such that the respondent no longer has the jurisdiction to remove the applicant.

[43] The respondent's statement that the 2011 danger opinion was issued pursuant to the 2003 order is simply irrelevant. Also, the respondent's statement that the applicant is without status is incorrect; he is still a Convention refugee.

[44] Further, the respondent's submissions on delay are not supported by the evidence. The applicant put the respondent on notice of his position regarding the continuing force of the order as early as 30 May 2008. On

lequel l'interprétation correcte de la Loi amène à conclure que l'effet de la mesure de 2003 est épuisé. En outre, le défendeur n'a pas établi qu'il y avait lieu de distinguer la présente espèce des précédents invoqués par le demandeur.

[41] Selon le demandeur, l'argument du défendeur fondé sur la nature de la réparation demandée constitue une manière de plus de présenter sous un faux jour la question en litige. Il se peut que la SI ne soit pas habilitée à contrôler ses propres mesures; cependant, la présente demande n'est pas dirigée contre la SI, mais contre le défendeur et l'ASFC. La question ici mise en litige n'est pas le pouvoir de contrôler la mesure en cause, mais le point de savoir si celle-ci a encore l'effet nécessaire pour autoriser le défendeur à renvoyer le demandeur. L'arrêt *Psychologist Y*, précité, n'aide en rien le défendeur. Cet arrêt pose en principe que la prohibition est une réparation adéquate s'il y a défaut de compétence, ce qui, selon le demandeur, est précisément le cas pour ce qui concerne la mesure de 2003 : le défendeur n'a pas compétence pour renvoyer le demandeur, au motif que l'effet de cette mesure est épuisé; la prohibition peut donc être légitimement prononcée.

[42] Le demandeur pense comme le défendeur que l'exécution et la prise d'une mesure d'expulsion constituent des opérations distinctes. Cependant, les conclusions du défendeur sur ce point sont dénuées de pertinence, puisque le demandeur ne soutient pas que la mesure de 2003 était entachée de nullité au moment où elle a été prononcée. L'exécution n'a pas altéré la validité originelle de la mesure, mais elle en a bel et bien épuisé l'effet, de sorte que le défendeur n'a plus compétence pour renvoyer le demandeur.

[43] L'argument du défendeur selon lequel l'avis de danger de 2011 a été émis sur le fondement de la mesure de 2003 est tout simplement dépourvu de pertinence. De même, son assertion voulant que le demandeur soit sans statut au Canada est erronée : le demandeur reste en effet un réfugié au sens de la Convention.

[44] Qui plus est, les conclusions du défendeur sur le retard à agir sont contredites par la preuve. Le demandeur a avisé le défendeur de sa position touchant l'épuisement de l'effet de la mesure en question dès le

that day, the applicant wrote a letter to Bridget O’Leary, a lawyer in the Immigration Section of the Department of Justice, in which he said:

Be advised that I dispute your contention that the Deportation Order remains in effect. The Deportation Order if [sic] May 2003 was executed when Mr. Nagalingam was deported in 2005. There is therefore no Deportation Order in effect at this time.

[45] The respondent has not taken any steps to resolve this issue, so he cannot say that delay bars the applicant from seeking relief in this Court.

[46] Though there may be difficulty in getting the ID to hear a new application for a deportation order, this is not relevant to whether the 2003 order still gives the respondent jurisdiction to remove him. If there are public policy arguments which support the application of *res judicata* in the immigration context, the respondent can presumably marshal similar public policy arguments in support of a new order.

[47] Finally, the applicant notes that, while there has been no excess of jurisdiction to date, the whole point of his application is to seek a declaration regarding jurisdiction and an order of prohibition to prevent an excess of jurisdiction.

#### The Respondent’s Further Memorandum

##### The Deportation Order Remains Enforceable

[48] The respondent further says he would be without a means to remove the applicant if his argument that he cannot be deported without a fresh deportation order is correct, even though he remains inadmissible and is not challenging the issuance of the 2003 order. The admissibility process has been completed in this case and was upheld on judicial review. To force the Minister to repeat this process would be a waste of time and money. The respondent also says that the issue of admissibility is *res judicata* and that there is no legislative

30 mai 2008, par une lettre adressée à M<sup>e</sup> Bridget O’Leary, avocate à la Section de l’immigration au ministère de la Justice, où il écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] Veuillez prendre acte que je conteste votre assertion selon laquelle la mesure d’expulsion de mai 2003 resterait en vigueur. Cette mesure a été exécutée au moment de l’expulsion de M. Nagalingam en 2005. Il n’y a donc pas actuellement de mesure de renvoi en vigueur.

[45] Le défendeur n’ayant rien fait pour régler cette question, il ne peut soutenir qu’un supposé retard à agir du demandeur interdirait à celui-ci de solliciter réparation devant la Cour.

[46] S’il est vrai qu’il pourrait se révéler difficile de convaincre la SI d’examiner une nouvelle demande de mesure d’expulsion, cette question n’est pas pertinente pour le point de savoir si la mesure de 2003 confère encore compétence au défendeur pour renvoyer le demandeur. S’il y a des motifs d’intérêt public qui justifient l’application du principe de la chose jugée dans le contexte de l’immigration, le défendeur peut vraisemblablement invoquer des motifs de même nature à l’appui de la prise d’une nouvelle mesure.

[47] Enfin, fait observer le demandeur, il est vrai qu’il n’y a pas eu jusqu’à maintenant d’excès de compétence, mais sa demande a justement pour objet de prévenir un tel excès en sollicitant une ordonnance déclaratoire sur la compétence et une ordonnance de prohibition.

#### Le mémoire complémentaire du défendeur

##### La mesure d’expulsion reste exécutoire

[48] Le défendeur fait valoir dans son mémoire complémentaire que, si l’on suppose exacte l’affirmation du demandeur voulant qu’une nouvelle mesure soit nécessaire pour l’expulser, il n’a aucun moyen de renvoyer ledit demandeur, même si ce dernier reste interdit de territoire et ne conteste pas la prise de la mesure de 2003. La procédure relative à l’interdiction de territoire du demandeur est achevée et elle a été confirmée en contrôle judiciaire. Obliger le ministre à répéter cette procédure serait une perte de temps et un gaspillage de

authority for the applicant's assertion that the order is no longer enforceable.

The Applicant Accepted the Respondent's Authority to Remove Him

[49] The respondent points out that the applicant was detained on his return from Sri Lanka on the understanding that he remains inadmissible and is subject to removal. Though the applicant raised objections to enforceability in correspondence with the Minister as early as 30 May 2008, in the letter to counsel at the Department of Justice and in letters dated 25 June 2008 and 2 February 2009, these objections were prior to the applicant's return to Canada. The respondent says that the applicant did not raise any objections to enforceability of the 2003 order at his immigration detention reviews, which suggests that he accepted the enforceability of the 2003 order. Had the 2003 order not been enforceable, the immigration detention proceedings would have been without basis, so the applicant should have objected at that time.

[50] The respondent points out that the ID repeated the understanding of all parties that the applicant remained subject to the 2003 order at the applicant's third detention review. All parties, including the applicant, understood that his legal situation would be the same as it was on 6 December 2005, the day before he was removed to Sri Lanka. The applicant did not object to this statement. Further, the applicant did not raise the enforceability of the 2003 order in his submissions to the Minister's delegate assigned to formulate the 2011 danger opinion. That danger opinion was premised on the respondent's ability to remove him under the 2003 order, so the respondent asks why the applicant did not challenge the order at that time.

[51] The applicant has acquiesced in the terms and conditions attached to his release that he negotiated with the Minister. In the two years that he has been out of

ressources. Le défendeur ajoute que l'interdiction de territoire relève de la chose jugée et que l'affirmation du demandeur selon laquelle la mesure considérée n'est plus exécutoire n'a pas de fondement législatif.

Le demandeur a reconnu que le défendeur avait le pouvoir de le renvoyer

[49] Le défendeur fait observer que lorsque le demandeur a été mis en détention à son retour du Sri Lanka, il était entendu qu'il restait interdit de territoire et sujet au renvoi. Il est vrai que le demandeur a contesté le caractère exécutoire de la mesure en question auprès du ministre, dès le 30 mai 2008 d'abord, dans sa lettre à l'avocate du ministère de la Justice, puis dans des lettres datées du 25 juin 2008 et du 2 février 2009, mais ces objections ont été formulées avant son retour au Canada. Le défendeur rappelle que le demandeur n'a pas contesté le caractère exécutoire de la mesure de 2003 aux audiences de contrôle des motifs de sa détention, ce qui laisse supposer qu'il reconnaissait ce caractère exécutoire. Si la mesure de 2003 n'avait pas été exécutoire, lesdites audiences auraient été sans objet, de sorte que le demandeur aurait dû y exprimer son opposition.

[50] Le défendeur rappelle aussi que la SI a répété à la troisième audience de contrôle des motifs de la détention du demandeur le principe sur lequel s'entendaient tous les intéressés, à savoir que le demandeur restait sous le coup de la mesure de 2003. Tous les intéressés, y compris le demandeur, prenaient pour acquis que la situation juridique de ce dernier serait la même qu'au 6 décembre 2005, date de son renvoi vers le Sri Lanka. Le demandeur n'a pas élevé d'objection contre cette affirmation. Qui plus est, le demandeur n'a pas soulevé la question du caractère exécutoire de la mesure de 2003 dans les observations qu'il a présentées au délégué du ministre chargé d'établir l'avis de danger de 2011. Cet avis se fondait sur l'aptitude du défendeur à le renvoyer en vertu de la mesure de 2003; on ne comprend donc pas pourquoi le demandeur n'a pas contesté celle-ci à ce moment.

[51] Le demandeur a consenti, après négociation avec le ministre, aux conditions auxquelles ce dernier subordonnait sa mise en liberté. Bien qu'il en ait eu plusieurs

immigration detention, the applicant has not raised the issue of the order, though he has had several opportunities to do so. This means that he has given up his right to object under the common-law doctrine of waiver. The respondent relies on *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 461, [2007] 1 F.C.R. 107, where Justice Richard Mosley wrote at paragraph 213 that:

The principle of common-law waiver is described by Justice MacGuigan in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1986] 2 S.C.R. v (*Atomic Energy*). Justice MacGuigan stated that at common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection. Justice MacGuigan noted [at page 113]:

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 ... impliedly ... waived its right to object. [Emphasis in original.]

[52] It is reasonable to believe that the applicant would have objected to the basis for his detention when he was brought back to Canada. He was aware of the issue, as shown by his correspondence with the Minister in 2008 and early 2009, so he cannot now raise the issue. The applicant's silence is equivalent to acquiescence.

## ANALYSIS

### General

[53] Neither side has been able to identify a specific statutory provision or legal authority that decides the issue before me.

fois l'occasion, il n'a soulevé la question de la mesure de 2003 à aucun moment des deux années écoulées depuis la fin de sa détention aux fins de l'immigration. Il s'ensuit qu'il a abandonné son droit de former opposition en vertu du principe de common law de la renonciation. Le défendeur invoque à ce propos la décision *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107, au paragraphe 213 de laquelle on peut lire les observations suivantes du juge Richard Mosley :

Le principe de common law relatif à la renonciation est décrit par le juge MacGuigan dans l'*Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1986] 2 R.C.S. v. (*Énergie atomique*). Le juge MacGuigan a déclaré qu'en common law, même une renonciation implicite à une objection devant un arbitre dans les premières étapes suffit à invalider une objection ultérieure. Le juge MacGuigan a noté ce qui suit [à la page 113] :

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 [...] implicitement renoncé à son droit de s'opposer. [Souligné dans l'original.]

[52] Il est raisonnable de penser que le demandeur aurait dû contester le fondement de sa détention au moment de son retour au Canada. Il était alors conscient du problème, comme le montrent les lettres qu'il a adressées au ministre en 2008 et au début de 2009, si bien qu'il ne peut plus maintenant soulever cette question. Le silence du demandeur valait consentement.

## ANALYSE

### Généralités

[53] Aucune des parties n'a pu citer de dispositions légales ni de faits de jurisprudence qui trancheraient explicitement la question dont je suis saisi.

[54] There is no dispute between the parties that the 2003 order was valid when it was issued, and that the applicant was legitimately removed from Canada pursuant to that order. The disagreement is over the current status of the 2003 order and its impact for any future removal of the applicant. The applicant takes the position that because he was removed to Sri Lanka in 2005 pursuant to the 2003 order, the force of that order is now spent so that any further removal requires the Minister to obtain a new deportation order. On the other hand, the respondent says that, even though the applicant was removed in 2005, the force of the 2003 order is not spent. On this reading of the situation, once the issue for which the applicant has returned to Canada has been resolved, he can be removed again under the 2003 order.

[55] It seems to me that the issue of whether or not the Minister has a continuing jurisdiction to remove the applicant pursuant to the 2003 order depends upon the nature and purpose of this kind of deportation order and the role it is intended to play in our immigration system. To simplify the issue somewhat, does the 2003 order authorize only a single removal, or does it define the applicant's status and render him subject to removal at any time until that order is either lifted or modified? If it is the former, then it seems to me that there is some force to the applicant's argument that the authority of the 2003 order is now spent, because what it authorized has taken place. If, however, the 2003 order defines the applicant's status and renders him subject to removal at any time when no other impediment to removal exists, then it seems to me that the authority of the 2003 order is not spent and the respondent still has the jurisdiction to remove the applicant under that order.

[56] If the respondent is correct and a removal order continues to empower and require him to remove subjects of removal orders from Canada, then it follows that, if a person previously subject to a removal order returns, the respondent is also obligated to remove that person on their return. At the same time, the Minister of Citizenship and Immigration is permitted to authorize subjects of removal orders to return to Canada. Although they have authorization to return, people formerly subject to removal orders would be in danger of removal. It

[54] Il n'est pas contesté que la mesure de 2003 était valide au moment où elle a été prononcée et que le demandeur a été légitimement renvoyé du Canada en vertu de cette mesure. Le différend a pour objet l'état actuel de la mesure de 2003 et le point de savoir si elle peut autoriser un nouveau renvoi du demandeur. Celui-ci soutient que, parce qu'il a été renvoyé vers le Sri Lanka en 2005 en vertu de la mesure de 2003, l'effet de cette mesure est maintenant épuisé, de sorte que le ministre ne peut le renvoyer de nouveau sans obtenir une autre mesure d'expulsion. Le défendeur affirme quant à lui que, malgré l'exécution du renvoi du demandeur en 2005, l'effet de la mesure de 2003 n'est pas épuisé. Si l'on suit cette interprétation du défendeur, le demandeur, une fois réglée la question qui a déterminé son retour au Canada, pourra être renvoyé de nouveau en vertu de la mesure de 2003.

[55] Il me paraît que le point de savoir si le ministre conserve ou non compétence pour renvoyer le demandeur en vertu de la mesure de 2003 dépend de la nature et de l'objet des mesures d'expulsion de ce genre, ainsi que du rôle qu'elles sont conçues pour jouer dans notre système d'immigration. Autrement dit, pour simplifier un peu les choses, la mesure de 2003 autorise-t-elle un seul renvoi, ou définit-elle le statut du demandeur et permet-elle de le renvoyer tant qu'elle n'est pas levée ou modifiée? Dans le premier cas, l'argument du demandeur selon lequel l'effet de la mesure de 2003 est maintenant épuisé me paraît présenter une certaine valeur, puisque l'acte qu'autorisait cette mesure a été accompli. Mais si la mesure de 2003 définit le statut du demandeur et autorise à le renvoyer n'importe quand sauf autre empêchement, il me semble que son effet n'est pas épuisé et que le défendeur garde compétence pour renvoyer le demandeur en sa vertu.

[56] Si le défendeur a raison et qu'une mesure de renvoi déjà exécutée continue de l'autoriser et de l'obliger à renvoyer la personne qui en fait l'objet, il s'ensuit qu'il est tenu de la renvoyer de nouveau dès son retour au Canada dans le cas où elle y reviendrait après son renvoi. Dans le même temps, il est permis au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'autoriser le retour au Canada de personnes ayant fait l'objet d'une mesure de renvoi, lesquelles, bien qu'autorisées à revenir, risqueraient dans cette hypothèse un nouveau renvoi.

simply does not make sense to me that one Minister can authorize a person to return while another is concurrently obligated to remove that person from Canada.

[57] One could interpret an authorization to return to Canada as including an implicit stay of deportation. However, this approach does not deal with the potential redundancy the applicant has identified in his submissions. Under subparagraph 228(1)(c)(ii) of the Regulations, the Immigration Division (ID) is required to issue a deportation order where a person has returned to Canada without authorization. If the respondent is correct and a removal permits a second removal and subsequent removals, it is redundant to require the issuance of a second deportation order under subparagraph 228(1)(c)(ii). As the Supreme Court of Canada noted, at page 408, in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388 [cited above]:

It is a principle of statutory interpretation that every word of a statute must be given meaning. “A construction which would leave without effect any part of the language of a statute will normally be rejected”....

[58] The authority to remove flows from subsection 48(2) [of the Act]. This section does not speak about the duration of the authorization to remove, so it would seem that, unless there is a limitation somewhere else in the Act or the Regulations, the duration of the order would be indefinite. I do not think that this fits with the scheme of the Act.

[59] Looking at the scheme of the Act and Regulations as a whole, I think “enforceable” in section 48 must mean “executable only once”. Interpreting removal orders in this way solves the duration issue and resolves the potential tension between the obligation to remove and the discretion to authorize return. If the force of the order to authorize removal is spent by a single removal, the Minister is free to authorize return without having to stay removal prior to return. Further, a single-removal order eliminates the administrative hurdle for subjects of departure and exclusion orders.

Il me paraît tout simplement illogique qu’un ministre puisse autoriser une personne à rentrer au Canada alors qu’un autre ministre est simultanément obligé de l’en renvoyer.

[57] On pourrait songer à interpréter l’autorisation de revenir au Canada comme comportant un sursis implicite à l’expulsion. Cependant, cette manière de voir ne règle pas le problème de la redondance potentielle que le demandeur a relevée dans ses conclusions. Selon le sous-alinéa 228(1)c)(ii) du Règlement, la SI est tenue de prendre une mesure d’expulsion contre l’étranger qui revient au Canada sans autorisation. Si le défendeur avait raison d’affirmer qu’une mesure de renvoi autorise plusieurs renvois, il serait superflu de prescrire la prise d’une deuxième mesure d’expulsion sous le régime du sous-alinéa 228(1)c)(ii). Ainsi que la Cour suprême du Canada l’explique à la page 408 de l’arrêt *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388 [précité] :

C’est un principe d’interprétation législative qu’il faut donner un sens à chaque terme d’une loi : [TRADUCTION] « Une interprétation qui laisserait sans effet une partie des termes employés dans une loi sera normalement rejetée » [...]

[58] C’est le paragraphe 48(2) de la Loi qui confère le pouvoir de renvoi. Or ce paragraphe est muet sur la durée du pouvoir en question, si bien qu’on pourrait penser que, sauf disposition contraire de la Loi ou du Règlement, la mesure de renvoi est de durée indéfinie. Mais je ne crois pas que cette interprétation cadre avec l’esprit de la Loi.

[59] D’après l’économie d’ensemble de la Loi et du Règlement, je pense que le terme « exécutoire » de l’article 48 doit signifier « ne pouvant être exécutée qu’une seule fois ». En interprétant les mesures de renvoi de cette façon, on résout le problème de la durée et l’on évite la contradiction potentielle entre l’obligation de renvoyer et le pouvoir discrétionnaire d’autoriser le retour. Si l’effet de la mesure de renvoi est épuisé par une seule exécution, le ministre est libre d’autoriser le retour sans devoir obtenir au préalable un sursis à l’exécution du renvoi. En outre, l’hypothèse selon laquelle la mesure de renvoi ne peut être exécutée qu’une fois permet d’éviter les difficultés administratives que poserait le cas

contraire pour ce qui concerne les personnes faisant l'objet de mesures d'interdiction de séjour ou d'exclusion.

## Jurisprudence

### The Applicant

[60] The applicant has argued that the deportation order which was used to remove him from Canada in 2005 is no longer in force, so it cannot empower the Minister to remove him from Canada. He says that the cases he has cited at paragraph 9 of his memorandum show that, once a deportation order is executed, it ceases to have any force or effect. He relies on *Ramkissoon v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 290 (C.A.); *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1985), 62 N.R. 73 (F.C.A.) [cited above]; *Saprai*, above; *Bhawan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 41 D.L.R. (4th) 382 (F.C.T.D.); *Raza*, above; and *Huang*, above.

[61] In *Ramkissoon v. Canada (Minister of Manpower and Immigration)*, [1978] 2 F.C. 290 (C.A.) [cited above], the appellant was ordered deported on 14 February 1974, to Trinidad, because he had been convicted of a criminal act. He left Canada and returned on 13 March 1976 without notifying the Minister. The appellant appealed this first deportation order to the Immigration Appeal Board (IAB); the appeal was heard on 17 November 1975, before he returned to Canada. The appellant was ordered deported a second time because he returned to Canada without either the Minister's consent or a successful appeal after a deportation order had been made against him.

[62] The issue before the Federal Court of Appeal was whether the appellant's departure from Canada had executed his deportation order such that the IAB no longer had jurisdiction to consider an appeal of that deportation order. The Federal Court of Appeal held that

## La jurisprudence

### Le demandeur

[60] Le demandeur soutient que la mesure d'expulsion en vertu de laquelle on l'a renvoyé du Canada en 2005 n'est plus en vigueur, de sorte qu'elle ne peut autoriser le ministre à l'en renvoyer de nouveau. Il fait valoir que les précédents qu'il cite au paragraphe 9 de son exposé des faits et du droit montrent que, une fois exécutée, la mesure d'expulsion perd son effet. Il invoque ainsi les arrêts *Ramkissoon c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290 (C.A.); *Mercier c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] A.C.F. n° 535 (C.A.) (QL) [précité]; les décisions *Saprai*, précitée; *Bhawan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] A.C.F. n° 573 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Raza*, précitée; et *Huang*, également précitée.

[61] Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt *Ramkissoon c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290 (C.A.) [précité], on avait prononcé le 14 février 1974 l'expulsion de l'appelant vers Trinité au motif qu'il avait été déclaré coupable d'une infraction criminelle. Il a quitté le Canada de sa propre initiative et y est revenu le 13 mars 1976, sans en aviser le ministre. Il a recouru contre cette première mesure d'expulsion devant la Commission d'appel de l'immigration (la CAI), qui a instruit son recours le 17 novembre 1975, avant son retour au Canada. On a ensuite prononcé une seconde mesure d'expulsion contre l'appelant au motif que, après avoir fait l'objet d'une première mesure de cette nature, il était revenu au Canada sans s'être assuré le consentement du ministre ni avoir obtenu gain de cause en un recours contre cette première mesure.

[62] La question portée devant la Cour d'appel fédérale était le point de savoir si le départ volontaire de l'appelant du Canada valait exécution de sa mesure d'expulsion, de sorte que la CAI n'avait plus compétence pour entendre un recours contre cette mesure.



the definition of “removal” in *The Immigration Act* of 1952, S.C. 1952, c. 42 (1952 Act) was broad enough to include a voluntary departure. More importantly for the present case, the Federal Court of Appeal held that the execution of the deportation order deprived the appellant of any status to appeal that order.

[63] It seems to me that the applicant is attempting to use this case to show that, because the IAB no longer had jurisdiction to entertain an appeal of the order in *Ramkissoon*, the deportation order must have been spent of all its legal force by its execution. Ramkissoon argued that he had not executed the order against him, so the IAB had jurisdiction to hear his appeal; having not been executed, he argued that the order was not spent and his right of appeal still flowed from the order. The Federal Court of Appeal held [at page 294] that:

... the legal effect of the applicant’s voluntarily leaving Canada was that he was thereby deprived of the any status entitling him to appeal against the first deportation order under the equitable section 15 jurisdiction of the Board.

[64] The Federal Court of Appeal held that, under section 15 [as am. by S.C. 1973-74, c. 27, s. 6] of the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, the IAB had jurisdiction to quash or stay a deportation order which continued to be in force and had not yet been executed. The Federal Court of Appeal said [at page 294]:

Nowhere in section 15 is the Board clothed with jurisdiction to take any action in cases where the deportation order has been executed. All the powers conferred on the Board under section 15 relate to possible action before the execution of the deportation order. [Emphasis in original.]

[65] I agree with the applicant that *Ramkissoon* suggests that, when the act contemplated by the removal order is done, the force of the order is spent. If this were not so and the order were still in force, the IAB would have had jurisdiction to hear Ramkissoon’s appeal.

La Cour d’appel fédérale a affirmé que la définition du terme « transport » (*removal*) de la *Loi sur l’immigration* de 1952, S.C. 1952, ch. 42 (la Loi de 1952), était assez large pour inclure un départ volontaire. Chose plus importante aux fins de la présente instance, elle a aussi conclu que l’exécution de la mesure d’expulsion privait l’appelant de toute qualité pour recourir contre cette mesure.

[63] Je crois comprendre que le demandeur essaie d’utiliser cet arrêt pour démontrer que, comme la CAI n’avait plus compétence pour entendre un recours contre la mesure d’expulsion en cause, l’exécution de celle-ci devait l’avoir dépouillée entièrement de son effet juridique. Ramkissoon a soutenu qu’il n’avait pas exécuté la mesure dont il était frappé, si bien que la CAI avait compétence pour instruire son recours; la mesure n’ayant pas été exécutée, raisonnait-il, son effet n’était pas épuisé et il en découlait toujours pour lui un droit de recours. La Cour d’appel fédérale a tiré la conclusion suivante [à la page 294] :

[...] son départ volontaire du Canada a eu comme effet juridique de le priver de son droit d’interjeter appel contre la première ordonnance d’expulsion en vertu de la compétence d’équité de la Commission prévue à l’article 15.

[64] La Cour d’appel fédérale a également conclu que, en vertu de l’article 15 [mod. par S.C. 1973-74, ch. 27, art. 6] de la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, la CAI avait compétence pour prononcer l’annulation, ou un sursis à l’exécution, d’une mesure d’expulsion qui restait en vigueur et n’avait pas encore été exécutée. Elle ajoutait ce qui suit [à la page 294] :

Nulle part dans les dispositions de l’article 15 il n’est accordé à la Commission le pouvoir de prendre des mesures lorsque l’ordonnance d’expulsion a été exécutée. Tous les pouvoirs accordés à la Commission en vertu de l’article 15 se rapportent à des mesures possibles avant l’exécution de l’ordonnance d’expulsion. [Souligné dans l’original.]

[65] L’arrêt *Ramkissoon*, je suis d’accord avec le demandeur, semble indiquer que, une fois accompli l’acte visé par la mesure de renvoi, l’effet de cette dernière est épuisé. Dans le cas contraire, la CAI aurait eu compétence pour entendre le recours de Ramkissoon.

By executing the removal order against him, Ramkissoon expended the force of the order and deprived himself of the right to an appeal which flowed from an unexecuted order.

[66] In *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1985), 62 N.R. 73 (F.C.A.) [cited above], Mercier applied for a writ of *mandamus* to compel the respondent to hold an inquiry under the 1976 *Immigration Act* [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52], R.S.C., 1985, c. I-2, in which Mercier could claim refugee status. He also applied for an injunction preventing the respondent from deporting him, but withdrew this request at the trial level. Under the 1976 *Immigration Act*, a person against whom a removal order was executed, but who returned to Canada, could only raise a claim for refugee status during an inquiry. Mercier argued that, by voluntarily removing himself, he had carried out the deportation order and so was entitled to an inquiry where he could raise a refugee claim.

[67] Mercier argued that, having executed the deportation order, its force was spent. The Federal Court of Appeal refused to address this issue because it was raised for the first time on appeal and depended on an allegation of fact that was not before the Trial Division. Hence, I cannot say that this case supports the applicant's position before me.

[68] In *Mercier v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 14 F.T.R. 28 (F.C.T.D.) [cited above], the applicant (the same Mercier as above) had been ordered deported on 17 November 1982 because of his criminal activities. While this deportation order was in force, the applicant went to his native Haiti and then returned to Canada. He made a similar argument in this case to the one he had made before the Federal Court of Appeal (see *Mercier*, above), to the effect that he had executed the order against him voluntarily so he was entitled to a new hearing under subsection 44(1) of the 1976 *Immigration Act*.

En exécutant la mesure de renvoi qui le frappait, Ramkissoon en a épuisé l'effet et s'est privé du droit de recours découlant d'une mesure non exécutée.

[66] Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt *Mercier c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] A.C.F. n° 535 (C.A.) (QL) [précité], l'appelant avait sollicité un bref de *mandamus* obligeant l'intimé à tenir, sous le régime de la *Loi sur l'immigration* de 1976 [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52], L.R.C. (1985), ch. I-2, une enquête où il pourrait revendiquer le statut de réfugié. Il avait aussi demandé une injonction interdisant à l'intimé de l'expulser, mais avait retiré cette requête à l'instruction. Sous le régime de la *Loi sur l'immigration* de 1976, la personne qui rentrait au Canada après qu'une mesure de renvoi eut été exécutée contre elle ne pouvait revendiquer le statut de réfugié que dans le cadre d'une enquête. Mercier soutenait que, en quittant le Canada de sa propre initiative, il avait exécuté la mesure d'expulsion qui le frappait et avait donc droit à une enquête où il pourrait revendiquer la qualité de réfugié.

[67] Comme il avait exécuté la mesure d'expulsion, raisonnait Mercier, son effet était épuisé. La Cour d'appel fédérale a refusé d'examiner cette question au motif qu'elle était soulevée pour la première fois en appel et dépendait d'une allégation de fait qui n'avait pas été formulée devant la Section de première instance. Par conséquent, je ne puis dire que cet arrêt étaye la thèse que le demandeur défend devant moi.

[68] Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision *Mercier c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 739 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) [précitée], une mesure d'expulsion avait été prononcée contre le demandeur (le même Mercier que ci-dessus) le 17 novembre 1982 au motif de ses activités criminelles. Pendant que cette mesure était en vigueur, il était parti séjourner dans son pays d'origine (Haïti), puis était revenu au Canada. Il a avancé dans cette instance un moyen semblable à celui qu'il avait fait valoir devant la Cour d'appel fédérale (voir *Mercier*, précité), arguant qu'il avait exécuté de sa propre initiative la mesure dont

[69] Justice Joyal held that Mercier had not sought or received leave before he left for Haiti under section 54 of the 1976 *Immigration Act*, so his departure had not executed the order against him. The order remained in effect. Because the order had not been executed, it remained in force and precluded him from seeking refugee status again.

[70] Justice Joyal also said, however, that counsel's argument that, having been executed, the order was no longer valid, "has a certain logic to it." While the order in *Mercier* was in force, the applicant had been able to pursue appeals before the IAB. Ultimately, Justice Joyal held that Mercier had not executed the order, so it remained in effect.

[71] In *Saprai*, above, the applicant was ordered deported in 1977, under the 1952 *Immigration Act*. Though the deportation order was issued under the 1952 *Act*, the transitional provisions in the 1976 *Immigration Act* converted the order into a deportation order under that statute, so the enforcement provisions of the 1976 *Immigration Act* applied to the order. *Saprai* had been advised that he would be removed to New Delhi on 24 February 1986. He argued that he had executed the deportation order himself when he left Canada on 6 March 1986.

[72] *Saprai* sought an injunction restraining the respondent from removing him, on the grounds that he had voluntarily executed the order against himself and expended its force. The Court held that, without permission to depart, he could not have executed the order against himself. In that context, an unexecuted removal order empowered the respondent to remove *Saprai* from Canada, so the respondent could not be enjoined from detaining and removing *Saprai*.

[73] This case clearly establishes that an unexecuted removal order remains in force; by implication, it also

il était frappé et qu'il avait par conséquent droit à une nouvelle enquête sous le régime du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* de 1976.

[69] Le juge Joyal a conclu que Mercier n'avait pas obtenu ni demandé l'autorisation prévue à l'article 54 de la *Loi sur l'immigration* de 1976 avant de partir pour Haïti, de sorte que son départ ne valait pas exécution de la mesure qui le frappait. Celle-ci, n'ayant pas été exécutée, restait en vigueur et lui interdisait de revendiquer de nouveau le statut de réfugié.

[70] Le juge Joyal a aussi fait observer que l'argument de l'avocat selon lequel la mesure, ayant été exécutée, n'était plus valide, avait « une certaine logique ». Tant que la mesure en cause dans l'affaire *Mercier* restait en vigueur, il était permis au demandeur de recourir devant la CAI. Le juge Joyal a conclu en fin de compte que Mercier n'avait pas exécuté la mesure et qu'elle restait donc en vigueur.

[71] Le demandeur dans la décision *Saprai*, précitée, avait été frappé d'une mesure d'expulsion en 1977, sous le régime de la *Loi sur l'immigration* de 1952. Mais bien que cette mesure d'expulsion ait été prononcée en vertu de la Loi de 1952, les dispositions transitoires de la *Loi sur l'immigration* de 1976 la faisaient passer sous le nouveau régime, de sorte qu'elle relevait des dispositions d'exécution de cette dernière loi. *Saprai* avait été avisé le 24 février 1986 qu'il serait renvoyé vers New Delhi. Il soutenait qu'il avait exécuté lui-même la mesure d'expulsion en quittant le Canada de sa propre initiative le 6 mars de la même année.

[72] *Saprai* demandait une injonction interdisant au défendeur de le renvoyer, au motif qu'il avait exécuté de sa propre initiative la mesure qui le frappait et en avait ainsi épuisé l'effet. La Cour a conclu que, comme il n'avait pas obtenu l'autorisation de partir, il ne pouvait avoir exécuté cette mesure. La mesure de renvoi, n'ayant pas été exécutée, autorisait le défendeur à renvoyer *Saprai* du Canada, de sorte qu'il était impossible d'interdire audit défendeur de le mettre en détention et de le renvoyer.

[73] Cette décision établit sans ambiguïté qu'une mesure de renvoi non exécutée reste en vigueur; elle

seems to suggest that the force of a deportation is spent once it has been executed.

[74] *Bhawan*, above, presents a similar fact situation to the cases already reviewed: an applicant subject to a deportation order voluntarily departed Canada, then returned and claimed that his departure had executed the deportation order. Here, though, the applicant argued that, because he had executed the deportation order, the Minister could not deport him without issuing a fresh order. The Court did not comment on the necessity of a second deportation order to remove the applicant. Rather, it followed *Mercier*, which held that a voluntary departure, to execute a deportation order, required the permission of the Minister. As in *Mercier*, *Bhawan* had not sought the Minister's permission before leaving so he had not executed the deportation order. Since it had not been executed, the order remained in force.

[75] In *Raza*, above, the applicant challenged the determination of an immigration officer who had found that, because he had not received the permission of the Minister before leaving Canada, he had not executed the deportation order against himself. The Court in *Raza* relied on *Mercier* and *Ramkissoon* and found that *Raza* had not executed the deportation order because he did not have the Minister's permission to leave. Hence, the deportation order remained in force and *Raza* was precluded from claiming refugee status.

[76] In *Huang*, above, the appellants appealed an exclusion order made by a member of the Immigration Division (ID) against them on the basis that they were inadmissible under subsection 40(1) of the Act for misrepresentation. The appellants relied primarily on H&C [humanitarian and compassionate] grounds for their appeal, but the issue of execution of the exclusion order came up. It came to light at the hearing that the appellants had gone to China for a month, then returned to Canada. Prior to their departure, they had appealed the exclusion order against them. The IAB found that the appellants had not intended to give up their rights to appeal. It also found that, because the appeal had not been finally determined, the exclusion orders were

semble aussi indiquer implicitement que l'effet d'une telle mesure est épuisé une fois qu'elle a été exécutée.

[74] On retrouve dans la décision *Bhawan*, précitée, une situation de fait semblable à celles des affaires examinées plus haut : un demandeur faisant l'objet d'une mesure d'expulsion quitte le Canada de sa propre initiative, puis y revient et soutient que, en partant ainsi, il a exécuté cette mesure. En l'occurrence, toutefois, le demandeur affirmait que, comme il avait exécuté la mesure d'expulsion, le ministre ne pouvait l'expulser sans en prendre une autre. La Cour est restée muette sur la nécessité d'une deuxième mesure d'expulsion pour renvoyer le demandeur. Elle a plutôt suivi la décision *Mercier*, selon laquelle le départ volontaire ne vaut exécution d'une mesure d'expulsion que s'il est autorisé par le ministre. Pas plus que le demandeur dans la décision *Mercier*, *Bhawan* n'avait demandé l'autorisation du ministre avant de partir, de sorte qu'il ne pouvait être dit avoir exécuté la mesure d'expulsion. Celle-ci, n'ayant pas été exécutée, restait en vigueur.

[75] Dans la décision *Raza*, précitée, le demandeur contestait la décision d'un agent d'immigration selon laquelle il n'avait pas exécuté la mesure d'expulsion dont il faisait l'objet au motif qu'il était parti sans avoir reçu l'autorisation du ministre. La Cour, se fondant sur la décision *Mercier* et l'arrêt *Ramkissoon*, a confirmé cette décision de l'agent d'immigration. Par conséquent, la mesure d'expulsion restait en vigueur, et il était interdit au demandeur de revendiquer le statut de réfugié.

[76] Les appelants dans la décision *Huang*, précitée, contestaient une mesure d'exclusion prise contre eux par un commissaire de la SI au motif qu'ils étaient interdits de territoire pour fausses déclarations sous le régime du paragraphe 40(1) de la Loi. Ils fondaient leur recours principalement sur des motifs d'ordre humanitaire, mais la question de l'exécution de la mesure d'exclusion s'est aussi posée. Il est apparu à l'audience qu'ils étaient partis en Chine pour y séjourner un mois et ensuite revenir au Canada. C'est avant leur départ qu'ils avaient formé le recours contre la mesure d'exclusion les frappant. La CAI a conclu que les appelants n'avaient pas eu l'intention de renoncer à leur droit de recours. Elle a aussi conclu que, comme le recours n'avait pas donné

not in force when they had left Canada. Therefore, they could not have executed the exclusion orders and lost their right of appeal to the IAD.

[77] The applicability of *Huang* to the instant case is not entirely clear. At all relevant times in *Huang*, the exclusion order was not in force by virtue of the appeal to the IAD. Since the appellants were ultimately successful, the exclusion order never came into force against them, so the effect of execution on the orders' validity did not arise.

[78] From the cases above it seems that where an unexecuted removal order is in force the respondent remains empowered to remove subjects and, to the extent that rights of appeal flow from an enforceable removal order, those rights remain only so long as the order remains in force. Further, *Ramkissoon* establishes that, where rights of appeal depend on an enforceable removal order, those rights are lost once the removal order is executed. The applicant says that these cases demonstrate that an executed removal order is no longer valid. In my opinion, although the cases do not directly establish the applicant's point, the reasoning behind them suggests that the force of a removal order is not perpetual. By implication at least it would seem that once a removal order has been executed then its force is spent.

#### The Respondent

[79] The respondent relies on *Kalombo*, above, for the proposition that the issuance and enforcement of deportation orders are separate process. He says that, since they are separate processes, the execution of the 2003 order did not affect the continuing force of that order to allow him to remove the applicant.

[80] The applicant in *Kalombo* was a Convention refugee from the Democratic Republic of the Congo (DRC)

lieu à une décision finale au moment de leur départ du Canada, les mesures d'exclusion n'étaient pas alors en vigueur. Par conséquent, ils ne pouvaient avoir exécuté ces mesures et avoir perdu leur droit de recours devant la SAI.

[77] On ne voit pas très bien en quoi la décision *Huang* s'appliquerait à la présente instance. La mesure d'exclusion n'a été en vigueur à aucun moment de cette affaire, du fait du recours exercé devant la SAI. Et comme les appelants ont en fin de compte obtenu gain de cause, cette mesure n'a jamais pris effet contre eux, si bien que la question de l'incidence de l'exécution sur la validité de ladite mesure ne s'est pas posée.

[78] Il semble qu'on puisse déduire des affaires examinées plus haut que, tant qu'une mesure de renvoi non exécutée reste en vigueur, le défendeur conserve le pouvoir de renvoyer la personne qui en fait l'objet, et que tout droit de recours découlant d'une mesure de renvoi exécutoire ne subsiste qu'aussi longtemps que dure l'effet de celle-ci. En outre, l'arrêt *Ramkissoon* pose en principe que, dans le cas où le droit de recours dépend d'une mesure de renvoi exécutoire, ce droit est perdu une fois que ladite mesure est exécutée. Le demandeur soutient que cette jurisprudence démontre qu'une mesure de renvoi exécutée n'est plus valide. À mon avis, bien que ces décisions n'établissent pas directement la thèse du demandeur, le raisonnement qui leur est sous-jacent donne à penser que l'effet d'une mesure de renvoi n'est pas perpétuel. La jurisprudence semble donc poser au moins implicitement que, la mesure de renvoi une fois exécutée, son effet est épuisé.

#### Le défendeur

[79] Le défendeur rappelle la conclusion de principe de la décision *Kalombo*, précitée, selon laquelle la prise et l'exécution d'une mesure d'expulsion forment deux opérations distinctes. Comme il s'agit là de deux opérations distinctes, raisonne-t-il, l'exécution de la mesure de 2003 n'a pas influé sur son effet, si bien que cette mesure autorise toujours le renvoi du demandeur.

[80] Le demandeur dans la décision *Kalombo* était un réfugié au sens de la Convention originaire de la

who was convicted of a number of criminal offences and directed to an inquiry under paragraph 27(1)(d) of the 1976 *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], as amended by S.C. 1992, c. 47, section 78. After that inquiry, the ID issued a removal order against him and he appealed to the IAD. Before the IAD, Kalombo argued that the order was invalid and should be stayed because the respondent had a moratorium in place on removals to the DRC.

[81] Following the appeal, the IAD found that the deportation order against Kalombo was valid and held that the decision on whether or not to execute a removal order was within the respondent's discretion. Although the respondent did not wish to execute the removal order, this did not change the fact that the deportation order was valid at law. On judicial review, Kalombo again challenged the validity of the deportation order against him. He argued again that the Minister did not intend to remove him, so the removal order was invalid.

[82] Justice Martineau disagreed with the applicant's position and found that the order arose out of the operation of law. He found [at paragraph 24] that "the Act does not make the removal order contingent upon its execution or enforceability." Justice Martineau also noted that the issue of where an individual will be removed is a matter for the respondent to decide. See *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

[83] As I read this case, it does not say that the execution of a removal order has no effect on the continuing legal force of that order. In *Kalombo*, the applicant had not yet been removed from Canada, so the question of whether a completed removal impacts the continuing authority to remove was not decided by the Court.

[84] I also think that *Kalombo* deals with the impact of administrative arrangements to remove, including the respondent's intent to remove the subject on the validity of the order. That is, *Kalombo* stands for the proposition that a removal order is valid even though the respondent

République démocratique du Congo (la RDC), déclaré coupable de plusieurs infractions criminelles et sur qui on avait recommandé la tenue d'une enquête sous le régime de l'alinéa 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration* de 1976 [L.R.C. (1985), ch. I-2], modifiée par L.C. 1992, ch. 47, article 78. Après cette enquête, la SI a prononcé contre lui une mesure de renvoi, qu'il a contestée devant la SAI. Kalombo a soutenu devant celle-ci que cette mesure était invalide et qu'il devait être sursis à son exécution, au motif que le ministre avait institué un moratoire sur les renvois vers la RDC.

[81] À l'issue du recours, la SAI a conclu que la mesure d'expulsion frappant Kalombo était valide et que la décision de l'exécuter ou non relevait du pouvoir discrétionnaire du ministre. Que ce dernier ne souhaitait pas exécuter la mesure ne changeait rien au fait de sa validité en droit. En contrôle judiciaire, Kalombo a de nouveau contesté la validité de la mesure d'expulsion prononcée contre lui, arguant encore une fois que celle-ci était invalide puisque le ministre n'avait pas l'intention de le renvoyer.

[82] Le juge Martineau a rejeté la thèse du demandeur et conclu que la mesure d'expulsion découlait de l'application de la loi. « [L]a Loi ne subordonne pas la validité de la mesure de renvoi à son exécution ou à son caractère exécutoire », a-t-il fait observer [au paragraphe 24], avant d'ajouter que le point de savoir vers quel pays l'intéressé sera renvoyé relève de la décision du ministre. Voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

[83] Selon mon interprétation, cette décision ne dit pas que l'exécution d'une mesure de renvoi n'ait pas d'incidence sur la continuation de son effet juridique. Comme le demandeur de la décision *Kalombo* n'avait pas encore été renvoyé du Canada, la Cour n'a pas tranché la question de savoir si l'exécution d'une mesure de renvoi influe sur la subsistance du pouvoir de renvoyer l'intéressé.

[84] Je pense en outre que la décision *Kalombo* a pour objet l'effet des dispositions administratives préalables au renvoi, notamment de l'intention du défendeur d'exécuter ou non celui-ci, sur la validité de la mesure. C'est-à-dire que la décision *Kalombo* pose en principe

does not intend to enforce it. What this case does not deal with, in my view, is whether performing the removal, the act mandated by the order, expends the respondent's authority to remove the subject from Canada under that order.

[85] *Argueles*, above, is another case which considered the impact of administrative arrangements on the validity of removal orders. *Argueles* applied for judicial review of a deportation order issued against him by the ID because he was inadmissible under paragraph 36(1)(a) of the IRPA. Under that order, *Argueles* was to be removed to his native Cuba, where he feared persecution for political activities. On judicial review, *Argueles* argued that the deportation order was issued against him contrary to his 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]] rights and that section 36 of the IRPA was unconstitutional because it violated the Charter. In his reasons [at paragraph 23], Justice Martineau refers to *Kalombo*, above, for the proposition that:

When the panel has made a removal order, the question of when and where the person concerned will be removed is entirely a matter for the Minister....

[86] Justice Martineau then went on to discuss the procedures in place for evaluating the risk faced by subjects of a removal order prior to their removal and the availability of H&C relief from the order. He concluded that the judicial review application should be dismissed because the order did not violate the applicant's Charter rights.

[87] As with *Kalombo*, I read *Argueles* as dealing with the impact of pre-removal administrative procedures on the enforceability of removal orders. As Justice Martineau said in *Argueles* [at paragraph 22], "I consider that the application for judicial review [of the order] is premature." The applicant's challenge was premature because the proper place to assert his Charter rights was in an application for review of the choice of the place to

que la mesure de renvoi est valide même si le défendeur n'a pas l'intention de l'exécuter. Mais cette décision, à mon sens, reste muette sur le point de savoir si l'exécution du renvoi, de l'acte prescrit par la mesure, épuise le pouvoir du défendeur de renvoyer l'intéressé du Canada dans le cadre de cette mesure.

[85] *Argueles*, précitée, est une autre décision où l'on a examiné l'effet des dispositions administratives sur la validité des mesures de renvoi. *Argueles* demandait le contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prononcée contre lui par la SI au motif de son interdiction de territoire sous le régime de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR. Cette mesure prévoyait son renvoi vers Cuba, son pays natal, où il craignait d'être persécuté en raison de ses activités politiques. En contrôle judiciaire, *Argueles* a soutenu que la mesure d'expulsion le frappant avait été prononcée en violation des droits que lui garantissait 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), Appendix II, n° 44]] et que l'article 36 de la LIPR était inconstitutionnel au motif qu'il enfreignait ladite Charte. Dans ses motifs [au paragraphe 23], le juge Martineau cite la décision *Kalombo*, précitée, à l'appui du principe suivant :

Lorsque le tribunal a pris une mesure de renvoi, la question de savoir quand et où la personne visée sera renvoyée relève entièrement du ministre [...]

[86] Le juge Martineau a ensuite examiné les procédures prévues pour l'évaluation avant le renvoi des risques auxquels serait exposée la personne frappée d'une telle mesure, ainsi que la possibilité de dispense y afférente pour motifs d'ordre humanitaire. Il a en fin de compte rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que la mesure considérée ne violait pas les droits garantis par la Charte au demandeur.

[87] Comme *Kalombo*, la décision *Argueles* me paraît avoir pour objet l'effet des procédures administratives préalables au renvoi sur le caractère exécutoire des mesures de renvoi. Rappelons à ce sujet la conclusion formulée par le juge Martineau dans la décision *Argueles* [au paragraphe 22] : « je suis d'avis que la présente demande de contrôle judiciaire [de la mesure d'expulsion] est prématurée ». La contestation du demandeur

which he was to be deported, not in a challenge to the validity of the order itself. Although a deportation to risk might violate the applicant's Charter rights, the decision to deport him did not. Also, as in *Kalombo*, the removal order had not yet been executed against the applicant, so the Court did not have to deal with whether the act of removal expends the legal force of an order to empower the respondent to remove the subject.

[88] In *Wajaras*, above, Wajaras was a citizen of Sudan and a Convention refugee in Canada. After living in Canada, he committed several crimes which resulted in both an admissibility hearing and a danger opinion. While the admissibility process was underway, a Minister's delegate determined that Wajaras was not a danger to the Canadian public. The ID then found that he was inadmissible to Canada on the grounds of serious criminality and issued a deportation order against him. Wajaras asked for judicial review of the deportation order, arguing that it was an abuse of process for the respondent to seek a deportation order through the admissibility process even though he was precluded from removing the applicant under the principle of non-refoulement. Wajaras noted that, because of the deportation order, he had lost his permanent resident status in Canada.

[89] Justice Barnes found that it was not an abuse of process for the respondent to seek a deportation order against Wajaras, even though that order could not be enforced. Most importantly for the instant case, Justice Barnes relied on *Argueles* and *Kalombo*, above and found that, at paragraph 13 of *Wajaras*, above:

The decision in *Kalombo* was applied in *Argueles* for the point that the validity of a removal order is not subject to its enforceability (see para. 23). Similarly, the validity of the removal order obtained against Mr. Wajaras is not dependant upon whether it

était prématurée parce que le cadre qui convenait pour faire valoir les droits garantis par la Charte était une demande de contrôle du choix du pays vers lequel il devait être expulsé, et non de la validité de la mesure même. Il se pouvait que l'expulsion du demandeur vers un pays où il courait des risques viole les droits que lui garantissait la Charte, mais il n'en allait pas ainsi pour la décision de l'expulser. Qui plus est, comme dans la décision *Kalombo*, la mesure de renvoi frappant le demandeur n'avait pas encore été exécutée, si bien que la Cour n'a pas eu à trancher la question de savoir si l'exécution d'une telle mesure épuise l'effet juridique par lequel elle autorise le ministre à renvoyer l'intéressé.

[88] Le demandeur dans la décision *Wajaras*, précitée, était citoyen soudanais et avait qualité de réfugié au sens de la Convention dans notre pays. Après avoir vécu un certain temps au Canada, il avait commis plusieurs crimes qui avaient entraîné la tenue d'une enquête et l'émission d'un avis de danger. Pendant la procédure relative à l'interdiction de territoire, un délégué du ministre avait conclu qu'il ne constituait pas un danger pour le public au Canada. La SI avait ensuite prononcé son interdiction de territoire canadien pour grande criminalité et pris contre lui une mesure d'expulsion. Wajaras a demandé le contrôle judiciaire de cette mesure d'expulsion, soutenant que c'était un abus de procédure de la part du défendeur que d'essayer d'obtenir une telle mesure dans le cadre de la procédure relative à l'interdiction de territoire alors que le principe du non-refoulement lui interdisait de le renvoyer. Wajaras attirait l'attention sur le fait que la mesure d'expulsion lui avait fait perdre sa qualité de résident permanent au Canada.

[89] Le juge Barnes a conclu que le défendeur n'avait pas commis d'abus de procédure en demandant une mesure d'expulsion contre Wajaras, même si cette mesure ne pouvait être exécutée. Chose plus importante pour ce qui concerne la présente instance, le juge Barnes, se fondant sur les décisions *Argueles* et *Kalombo*, précitées, a formulé la conclusion suivante au paragraphe 13 de ses motifs (*Wajaras*, précitée) :

La décision *Kalombo* a été suivie dans la décision *Argueles* où la Cour a convenu que la validité d'une mesure de renvoi n'est pas subordonnée à son caractère exécutoire (voir le paragraphe 23). De façon semblable, la validité de la mesure de



can now or ever be executed. The Applicant effectively seeks to connect the two issues by suggesting that the inadmissibility process ought to have been halted by the Minister as soon as it was found that Mr. Wajaras was not a danger to the Canadian public. There is no legal basis for such an argument and the Board was right to reject it.

[90] As with *Kalombo* and *Argueles*, it is my view that *Wajaras* deals with the connection between the validity of a removal order and another, separate, administrative process. In *Wajaras*, this was clearly a distinct step which had to be completed before the applicant could be removed. The danger opinion the delegate was required to make was a separate process with its own set of procedural entitlements. *Wajaras* shows that the Court has been concerned to prevent processes which are ancillary to the purpose of a removal order from affecting the validity of the order.

[91] In *Wajaras*, the act the applicant attempted to use to challenge validity was not required by the removal order. What made the danger finding necessary was the principle of non-refoulement. In a similar way, the respondent's moratorium on removals to the DRC in *Kalombo* also arose out of the principle of non-refoulement. In *Argueles*, the protection granted by the Charter stood in the way of removal. The common thread of these cases, it seems to me, is that the requirements separate from the act contemplated by the order do not affect the underlying validity of the order.

[92] Taken together, I think that *Argueles*, *Kalombo*, and *Wajaras* show that there is an important distinction between pre-removal administrative processes and removal itself. Although the processes leading up to removal are necessary and important and may impact a subject's rights, they are ancillary to the validity of the removal order. Removal is the act authorized and mandated by the order, while pre-removal administrative processes are only necessary by implication; they are required to carry out the act, but they are not the act authorized and mandated by a removal order.

renvoi prise contre M. Wajaras n'est pas subordonnée à la question de savoir si la mesure pourra un jour être exécutée. En plaçant que le ministre aurait dû mettre fin à la procédure relative à l'interdiction de territoire dès qu'il avait conclu que M. Wajaras ne constituait pas un danger pour le public au Canada, M. Wajaras tente en fait de lier les deux questions. Il n'existe aucun fondement juridique pour un tel argument et la Commission était justifiée de le rejeter.

[90] Tout comme les décisions *Kalombo* et *Argueles*, la décision *Wajaras* me paraît concerner le rapport entre la validité de la mesure de renvoi et une procédure différente, de caractère administratif. Il s'agissait manifestement dans la décision *Wajaras* d'une opération distincte qu'il fallait accomplir avant de pouvoir renvoyer le demandeur. L'avis de danger que le délégué était chargé d'établir relevait d'une procédure à part, assortie de droits procéduraux déterminés. La décision *Wajaras* témoigne du souci de la Cour d'empêcher les procédures accessoires à l'objet de la mesure de renvoi d'influer sur la validité de cette mesure.

[91] Dans la décision *Wajaras*, l'acte sur lequel le demandeur se fondait pour contester la validité de la mesure de renvoi ne dépendait pas de cette dernière. Ce qui rendait nécessaire la conclusion sur le danger était le principe du non-refoulement. De même, le moratoire institué par le défendeur sur les renvois vers la RDC dans l'affaire *Kalombo* découlait aussi du principe du non-refoulement. Dans la décision *Argueles*, c'était la protection garantie par la Charte qui faisait obstacle au renvoi. Le dénominateur commun de ces décisions, à mon sens, est le principe que les conditions distinctes de l'acte visé par la mesure n'ont pas d'effet sur la validité sous-jacente de celle-ci.

[92] Considérées ensemble, les décisions *Argueles*, *Kalombo* et *Wajaras* me paraissent établir l'existence d'une importante distinction entre les procédures administratives préalables au renvoi et le renvoi lui-même. S'il est vrai que les opérations qui mènent au renvoi sont nécessaires et importantes et peuvent mettre en jeu les droits de l'intéressé, elles sont subordonnées à la validité de la mesure de renvoi. Le renvoi est l'acte autorisé et prescrit par la mesure, tandis que les procédures administratives préalables au renvoi ne sont nécessaires que par voie de conséquence; elles sont requises pour l'accomplissement de l'acte autorisé et

[93] Looking to the case at hand, I do not find the respondent's argument based upon *Kalombo*, *Argueles*, and *Wajaras*, to be persuasive. As noted, these cases all deal with pre-removal administrative arrangements.

[94] The respondent's position is that, even though he has removed the applicant once under the 2003 order, he can still use the same order to remove the applicant in the future. As I read *Kalombo*, *Argueles*, and *Wajaras*, however, they do not show that executing the specific act contemplated by a removal order (i.e. removal) cannot affect its validity.

#### Remedy

[95] Assuming that my above comments are correct and the 2003 order no longer empowers the respondent to remove the applicant from Canada, this raises the question of the appropriate remedy in this case. In his application for leave and judicial review, the applicant asks for:

An order declaring the removal order of May 28, 2003, to be null and void and prohibiting the [Respondent] from removing the Applicant from Canada.

[96] The respondent has argued, following *Vickers*, above, that prohibition is an inappropriate remedy because the ID cannot grant prohibition. In *Vickers*, at paragraph 11, Justice Martineau held that:

In accordance with the ruling in *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189, at 224, a court hearing an application for judicial review cannot exercise more powers than the federal board, commission or other tribunal could have exercised. In the case at bar, the vice-chairman of the Board could have granted or denied leave to appeal under subsection 83(2) of the Plan. Accordingly, the Court here cannot grant the plaintiff a disability pension and can only reverse the Board's decision and refer the matter back for re-determination.

prescrit par la mesure de renvoi, mais elles ne sont pas cet acte.

[93] Dans la présente espèce, l'argument du défendeur fondé sur les décisions *Kalombo*, *Argueles* et *Wajaras* ne me semble pas probant. Comme je le disais plus haut, ces décisions portent toutes sur des dispositions administratives préalables au renvoi.

[94] Le défendeur soutient que, même s'il a renvoyé le demandeur une fois en vertu de la mesure de 2003, cette même mesure l'autorise à le renvoyer de nouveau. Or, selon mon interprétation, les décisions *Kalombo*, *Argueles* et *Wajaras* n'établissent pas que l'exécution de l'acte visé par la mesure de renvoi (c'est-à-dire le renvoi) soit sans incidence sur la validité de cette mesure.

#### La réparation

[95] Si les observations qui précèdent sont exactes et que la mesure de 2003 n'autorise plus le défendeur à renvoyer le demandeur du Canada, la question se pose de savoir quelle est la réparation qu'il convient de prononcer dans la présente instance. Dans sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, le demandeur sollicite :

[TRADUCTION] une ordonnance déclarant nulle et de nul effet la mesure de renvoi du 28 mai 2003 et interdisant [au défendeur] de renvoyer le demandeur du Canada.

[96] Le défendeur soutient, se fondant sur la décision *Vickers*, précitée, que la prohibition ne serait pas une réparation légitime au motif que la SI ne peut rendre d'ordonnances de cette nature. On lit ce qui suit au paragraphe 11 de la décision *Vickers*, sous la plume du juge Martineau :

Conformément à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189, p. 224, la Cour disposant d'une demande de contrôle judiciaire ne peut exercer plus que les pouvoirs que l'office fédéral aurait pu exercer. En l'occurrence, le vice-président de la Commission pouvait soit accorder, soit refuser la permission d'en appeler en vertu du paragraphe 83(2) du Régime. Donc, la Cour en l'espèce ne peut accorder la pension d'invalidité à la demanderesse et ne peut qu'infirmar la décision de la Commission et renvoyer le dossier pour un nouvel examen.

[97] While it may be that the ID cannot grant prohibition against its own orders, this does not mean in my view that prohibition is not available in the appropriate case. As the respondent has noted:

Prohibition is a drastic remedy. It is to be used only when a tribunal has no authority to undertake (or to continue with) the matter before it. Unless a lack of jurisdiction or a denial of natural justice is clear on the record, prohibition is also a discretionary remedy.

[98] If the Court were to accept the respondent's argument, this would leave the applicant without any means of challenging an improper exercise of the authority granted to the respondent concerning removal orders. In my view, this cannot be the case.

[99] With that said, however, I think the relief the applicant has requested is too broad. What the applicant challenges here is not the validity of the removal order but its present authority to effect his removal a second time. To declare the 2003 order wholly void would be to grant the applicant more than is necessary to vindicate his rights as established in this case.

[100] The validity of the 2003 order is not contested; the applicant has admitted its validity in his arguments. The relief the Court grants should accord with facts before it, including the validity of the 2003 order.

[101] The applicant also asks the Court for an order "prohibiting the [respondent] from removing him from Canada". This too, I think, is too broad.

[102] What I think is the most appropriate remedy here is a declaration from this Court that the respondent is not empowered to remove the applicant from Canada under the 2003 order and an order of prohibition preventing the respondent from using that order to remove

[97] Il se peut que la SI ne soit pas habilitée à rendre d'ordonnances de prohibition contre ses propres mesures, mais il ne faut pas en conclure selon moi que la prohibition n'est pas une réparation possible dans les cas qui s'y prêtent. Rappelons le passage cité à ce propos par le défendeur :

[TRADUCTION] La prohibition est une mesure de réparation radicale. Il ne faut l'utiliser que dans le cas où le tribunal administratif n'a pas le pouvoir d'entreprendre (ou de poursuivre) l'examen de l'affaire portée devant lui. En outre, sauf si le dossier révèle à l'évidence un défaut de compétence ou un déni de justice naturelle, la prohibition est une mesure de réparation discrétionnaire.

[98] Si la Cour acceptait l'argument du défendeur, le demandeur se trouverait privé de tout moyen de contester l'exercice illégitime du pouvoir conféré audit défendeur relativement aux mesures de renvoi. À mon sens, il ne peut en être ainsi.

[99] Cela dit, pourtant, j'estime que la réparation sollicitée par le demandeur a une portée trop large. Ce que le demandeur conteste ici, ce n'est pas la validité de la mesure de renvoi, mais le fait qu'elle autoriserait aujourd'hui le défendeur à le renvoyer une seconde fois. Déclarer la mesure de 2003 entièrement nulle reviendrait à accorder au demandeur plus qu'il n'est nécessaire pour assurer le respect de ses droits tels qu'établis dans la présente instance.

[100] La validité de la mesure de 2003 n'est pas contestée : le demandeur l'a admise dans ses conclusions. La réparation que la Cour prononcera devrait s'accorder avec les faits de l'espèce, y compris la validité de la mesure de 2003.

[101] Le demandeur prie aussi la Cour de prononcer une ordonnance « interdisant [au défendeur] de [le] renvoyer [...] du Canada ». Cette mesure de réparation me paraît aussi de portée trop large.

[102] La réparation qui me semble ici la plus appropriée est une conclusion déclaratoire de notre Cour selon laquelle la mesure de 2003 n'autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada et une ordonnance de prohibition lui interdisant d'utiliser ladite

the applicant. In *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, the Supreme Court of Canada held at paragraph 46 that:

A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

[103] In this application, the Court's jurisdiction over the issue is found in subsection 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which says that:

Extraordi-  
nary  
remedies,  
federal  
tribunals

**18.** (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

#### Waiver and Consent

[104] The respondent has argued in his submissions that the circumstances surrounding the applicant's return to Canada in 2009 were unusual in a way that impacts the continuing validity of the 2003 order. He also says that the parties were all operating under the understanding that the applicant would be in the same position after his return as he was immediately prior to his removal in 2005. The respondent says that the parties agreed that the 2005 removal would have no effect on the continuing enforceability of the 2003 order. Further, the respondent argues that, because the applicant has not objected to the validity of the 2003 order before (at his detention reviews, for example), he is precluded from raising the 2003 order's validity now.

mesure à cette fin. Je rappelle à ce propos la conclusion de principe formulée par la Cour suprême du Canada au paragraphe 46 de l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 :

Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l'objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C'est le cas en l'espèce.

[103] La compétence de notre Cour sur la question en litige dans la présente instance lui est conférée par le paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ainsi libellé :

**18.** (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour:

Recours  
extraordina-  
ires : offices  
fédéraux

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

#### La renonciation et le consentement

[104] Le défendeur soutient dans ses conclusions que les circonstances du retour du demandeur au Canada en 2009 présentent un caractère inhabituel qui influe sur le point de savoir si la mesure de 2003 reste valide. Il ajoute qu'il était entendu entre tous les intéressés que le demandeur serait après son retour dans la même situation que celle où il était immédiatement avant son renvoi en 2005. Les parties avaient convenu, explique le défendeur, que le renvoi de 2005 n'aurait pas d'effet sur la subsistance du caractère exécutoire de la mesure de 2003. Le défendeur affirme en outre que, comme le demandeur n'a pas contesté la validité de la mesure de 2003 auparavant (par exemple aux audiences de contrôle

[105] The common thread that runs through all of these arguments is the notion that the respondent's authority to remove the applicant can somehow be extended by consent of the parties or a waiver of the right to object. The respondent's authority to remove anyone from Canada is delegated to him by the Act and Regulations. It does not seem to me that the respondent's authority to remove someone in accordance with the Act and the Regulations can be enlarged by the consent of the parties.

[106] Further, it does not make sense to me that the subject of a deportation order can somehow empower a second removal simply by not raising the issue at the earliest opportunity. This would mean that, although the IRPA authorizes only a single removal, the lack of a timely objection somehow enlarges the respondent's powers beyond what are granted under the Act. In my view, whether or not an applicant objects to the respondent's authority cannot change the scope of that authority.

[107] Also, I am not convinced that, when he was returned to Canada in 2009, the applicant believed that the 2003 order could still be used to deport him. The applicant filed the within application on 14 March 2011, only four days after he was notified on 10 March 2011 that the CBSA intended to remove him on the strength of the 2003 order.

[108] The respondent has also said that the applicant should have objected to the validity of the 2003 order in the context of the 2011 danger opinion. However, as discussed below, the danger opinion and admissibility processes are separate; the validity of the 2003 order had no bearing on the propriety of the section 115 process, so it was not reasonable to expect the applicant to raise the 2003 order's validity in that context. In my view, there cannot have been waiver of the right to object to the 2003 order in those proceedings.

des motifs de sa détention), il ne lui est pas permis de mettre maintenant cette validité en discussion.

[105] Tous ces arguments se fondent sur le postulat implicite que le pouvoir du défendeur de renvoyer le demandeur pourrait d'une quelconque manière être élargi par le consentement des parties ou une renonciation au droit de former opposition. Or le pouvoir qu'a le défendeur de renvoyer qui que ce soit du Canada lui est conféré par la Loi et le Règlement, et il ne me semble pas que ce pouvoir, ainsi conféré, puisse être étendu par voie de consentement des parties.

[106] De plus, je vois mal comment la personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion pourrait d'une manière ou d'une autre légitimer un deuxième renvoi en s'abstenant simplement de soulever la question dès que possible. Il s'ensuivrait que, bien que la LIPR n'autorise qu'un seul renvoi, l'absence d'opposition formée en temps opportun élargirait on ne sait trop comment les pouvoirs que la Loi confère au défendeur. Or, à mon avis, le point de savoir si l'intéressé conteste ou non le pouvoir du défendeur ne peut changer la portée de ce pouvoir.

[107] En outre, je ne suis pas convaincu que le demandeur, à son retour au Canada en 2009, croyait que la mesure de 2003 pouvait encore être invoquée pour l'expulser. Le demandeur a déposé la présente demande le 14 mars 2011, soit quatre jours seulement après avoir reçu avis (le 10 du même mois) que l'ASFC prévoyait de le renvoyer en vertu de la mesure de 2003.

[108] Le défendeur a aussi mis en avant que le demandeur aurait dû contester la validité de la mesure de 2003 dans le contexte de l'avis de danger de 2011. Or, comme il est expliqué plus loin, l'avis de danger et l'interdiction de territoire s'inscrivent dans le cadre de deux procédures distinctes; la validité de la mesure de 2003 n'avait aucun rapport avec la légitimité de la procédure prévue à l'article 115, de sorte qu'il n'était pas raisonnable d'attendre du demandeur qu'il soulève la question de ladite validité dans ce contexte. À mon sens, il ne peut y avoir eu dans la présente espèce de renonciation au droit de former opposition à la mesure de 2003.

### The Danger Opinion

[109] The respondent has also argued that the 2011 danger opinion was sought on the basis of the 2003 order and that, without an inadmissibility finding, there is no requirement to seek a danger opinion. It may be that the Minister of Citizenship and Immigration was motivated to seek the 2011 danger opinion because he thought that the 2003 order was in force. However, I do not think there is any legal basis to this argument. As noted above, the jurisprudence the respondent has cited establishes that the administrative processes surrounding removal and the validity of the underlying removal order are separate.

[110] The current case is similar to *Wajaras*, above, where Justice Barnes held that it was not an abuse of process for the Minister of Citizenship and Immigration to seek a deportation order through the admissibility process, even though a Minister's delegate had found *Wajaras* was not a danger to the public. Justice Barnes found that the two processes were separate and rejected the argument that the admissibility processes should be halted as soon as the delegate found that *Wajaras* was not a danger to the public. In a similar way, the underlying validity of the 2003 order cannot and does not depend on where the applicant is in the section 115 process.

### Abuse of Process

[111] The respondent also argues that holding the 2003 order invalid and forcing him to seek a new deportation order is an abuse of process. On the facts and for reasons given above, this argument has no merit in my view.

The Applicant has Conceded the 2003 Order's Validity

### L'avis de danger

[109] Le défendeur fait également valoir qu'il a demandé l'avis de danger de 2011 sur le fondement de la mesure de 2003 et que, en l'absence d'une conclusion d'interdiction de territoire, il n'y a pas lieu de demander un avis de danger. Il se peut que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ait demandé l'avis de danger de 2011 parce qu'il estimait que la mesure de 2003 restait en vigueur. Cependant, je ne vois aucun fondement juridique à cet argument. Comme je le faisais remarquer plus haut, la jurisprudence citée par le défendeur établit que les procédures administratives préalables au renvoi et la validité de la mesure de renvoi sous-jacente forment deux questions distinctes.

[110] La présente espèce est analogue à l'affaire examinée dans la décision *Wajaras*, précitée, où le juge Barnes a conclu que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'avait pas commis d'abus de procédure en demandant une mesure d'expulsion dans le cadre de la procédure relative à l'interdiction de territoire, même si un délégué de ce ministre avait constaté que *Wajaras* ne constituait pas un danger pour le public. Le juge Barnes a conclu que les deux procédures étaient distinctes et a rejeté l'argument selon lequel il aurait fallu mettre fin à la procédure relative à l'interdiction de territoire dès que le délégué avait constaté que *Wajaras* ne constituait pas un danger pour le public. De même, la validité fondamentale de la mesure de 2003 ne dépend pas ni ne peut dépendre du point de savoir où en est le demandeur dans la procédure prévue à l'article 115.

### L'abus de procédure

[111] Le défendeur affirme également que le fait de déclarer la mesure de 2003 invalide et de l'obliger à demander une nouvelle mesure d'expulsion constituerait un abus de procédure. Vu les faits et les motifs exposés plus haut, il ne me paraît pas fondé en ce moyen.

Le demandeur a reconnu la validité de la mesure de 2003

[112] The respondent also says that the applicant has conceded that the 2003 order is valid. This argument is not persuasive on the facts; the applicant has only conceded that, when it was issued, the 2003 order was valid. What is at issue in this application is whether the 2003 order continues to be valid and authorizes the respondent to remove the applicant. Also, even if the applicant had conceded that the 2003 order was valid, I do not see how the respondent's authority to remove the applicant can be enlarged by consent.

#### A New Order is a Waste of Time and Money

[113] The respondent also argues that forcing him to seek a new order is a waste of the ID's resources. Whether or not this is the case, I do not see how it can perpetuate the respondent's authority to remove the applicant under a deportation order whose force is spent.

#### No Means of Removal

[114] Finally, the respondent argues that, because the admissibility finding from 2003 remains in place and has been upheld on judicial review, holding that the 2003 order is spent will leave him without a means to remove the applicant because the ID cannot re-declare him inadmissible. It seems somewhat contradictory to me for the respondent to argue that seeking a new order is a waste of time and money and then to argue that the respondent has no means of removing the applicant. In any event, the situation before the Court arose because of the respondent's undertaking to the Ontario [Superior] Court of Justice in 2005 to return the applicant to Canada. A strategic choice was made to deal with the applicant in a particular way. If the consequences of that choice are not what the respondent expected, I do not think the Court can base its views of the present status of the 2003 order upon that fact. The respondent has to be taken to have known the law when the choice was made.

[112] Le défendeur allègue aussi que le demandeur a admis la validité de la mesure de 2003. Cet argument n'est pas convaincant en fait : le demandeur a seulement admis que la mesure de 2003 était valide au moment où elle a été prononcée. La question en litige dans la présente instance est le point de savoir si la mesure de 2003 reste valide et continue d'autoriser le défendeur à renvoyer le demandeur. En outre, même si le demandeur a reconnu la validité de la mesure de 2003, je ne vois pas comment le pouvoir du défendeur de renvoyer le demandeur pourrait être élargi par voie de consentement.

La demande d'une nouvelle mesure serait une perte de temps et d'argent

[113] Le défendeur avance également que l'obliger à demander une nouvelle mesure entraînerait un gaspillage des ressources de la SI. Que tel soit ou non le cas, je ne vois pas comment ce fait pourrait perpétuer le pouvoir du défendeur de renvoyer le demandeur dans le cadre d'une mesure d'expulsion dont l'effet est épuisé.

#### L'absence de moyens de renvoi

[114] Enfin, le défendeur soutient que, comme la conclusion d'interdiction de territoire prononcée en 2003 reste valable et a été confirmée en contrôle judiciaire, la Cour, en décidant que l'effet de la mesure de 2003 est épuisé, le laisserait sans moyens de renvoyer le demandeur, la SI ne pouvant le déclarer de nouveau interdit de territoire. Il me paraît quelque peu contradictoire de la part du défendeur de faire valoir d'une part que la demande d'une nouvelle mesure constituerait une perte de temps et un gaspillage de ressources, et d'alléguer d'autre part qu'il ne lui resterait plus de moyens de renvoyer le demandeur. Quoi qu'il en soit, la situation soumise à l'examen de la Cour a pour cause l'engagement pris par le défendeur devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario en 2005 de permettre le retour du demandeur au Canada. Le défendeur a fait le choix stratégique de régler le cas du demandeur d'une manière déterminée. Je ne pense pas que la Cour puisse fonder son appréciation de l'état actuel de la mesure de 2003 sur le fait que les conséquences de ce choix ne sont pas celles

que prévoyait le défendeur. Il faut postuler que ce dernier connaissait la loi au moment où il a arrêté ce choix.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed in part. The Court declares the 2003 order dated 28 May 2003, although valid when made, has now been executed and its force is spent. Hence, it cannot now be used as the basis of any future deportation of the applicant and the Court prohibits the respondent from using the 2003 order to remove the applicant from Canada.

2. There is no question for certification.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE COMME SUIT :

1. La demande de contrôle judiciaire est partiellement accueillie. La Cour déclare que la mesure d'expulsion en date du 28 mai 2003, bien qu'elle était valide au moment de sa prononciation, a maintenant été exécutée, et que son effet s'en trouve épuisé. En conséquence, cette mesure n'autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et la Cour lui interdit de l'utiliser à cette fin.

2. Il n'y a pas de question à certifier.



IMM-6450-11  
2012 FC 1411

IMM-6450-11  
2012 CF 1411

**Panchalingam Nagalingam** (*Applicant*)

**Panchalingam Nagalingam** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Boivin J.—Toronto, October 2; Ottawa, December 3, 2012.

Cour fédérale, juge Boivin—Toronto, 2 octobre; Ottawa, 3 décembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of immigration officer's decision to issue Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) report stating applicant inadmissible on grounds of criminality under Act, s. 36(2)(a) — Applicant Convention refugee, permanent resident convicted of various criminal offences — Ordered deported following issuance of s. 44 report — Whether officer erring in law, breaching duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and compassionate (H&C) considerations, to give applicant opportunity to make submissions prior to issuing report — More restrictive approach to officer, Minister's delegate's discretion in considering mitigating or H&C factors at Act, s. 44 level is to be favoured — Officer's decision herein consistent with case law on the matter — Procedural fairness not breached — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, dans lequel il a écrit que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'art. 36(2)a) de la Loi — Le demandeur est un réfugié au sens de la Convention et un résident permanent déclaré coupable de diverses infractions — Une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui à la suite de la délivrance du rapport visé à l'art. 44 — La question était de savoir si l'agent a commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale en ne tenant pas compte des considérations humanitaires et en ne donnant pas au demandeur l'occasion de présenter des arguments avant d'établir le rapport — On doit favoriser une approche plus restrictive en ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'art. 44 — En l'espèce, la décision de l'agent était conforme à la jurisprudence sur la question — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision to issue a report, pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, stating that there were reasonable grounds to believe that the applicant was inadmissible on grounds of criminality under paragraph 36(2)(a) of the Act.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans lequel il a écrit qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'alinéa 36(2)a) de la Loi.

The applicant, Sri Lankan, was found to be a Convention refugee and later became a permanent resident. He was subsequently convicted of various criminal offences. The officer issued the above-mentioned report and, following a proceeding under subsection 44(2) of the Act, the applicant was ordered deported.

Le demandeur, originaire du Sri Lanka, a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention, puis est devenu résident permanent. Il a par la suite été déclaré coupable de diverses infractions. L'agent a établi le rapport susmentionné, et à la suite d'une enquête menée en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi, le demandeur a fait l'objet d'une mesure d'expulsion.

At issue was whether the officer erred in law and breached the duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and compassionate (H&C) considerations and/or by failing to give the applicant an opportunity to make submissions prior to issuing the report and directing the applicant to inquiry.

*Held*, the application should be dismissed.

Most of the case law examined favours the position that very little discretion is awarded to officers or the Minister's delegates to consider factors other than the factual basis of the inadmissibility finding. Indeed, a more restrictive approach to the discretion that an officer or a Minister's delegate has in considering mitigating or H&C factors at the section 44 level is to be favoured. The fact that the Minister's delegate would not consider H&C factors during this interview is consistent with the majority of the case law on this issue, including the Federal Court of Appeal's decisions. Therefore, there was no breach in procedural fairness warranting intervention herein.

Il s'agissait de déterminer si l'agent a commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale parce qu'il a passé outre aux considérations humanitaires et/ou parce qu'il n'a pas donné au demandeur l'occasion de présenter des arguments sur la question avant d'établir le rapport et de convoquer le demandeur à une enquête.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La plupart des précédents examinés appuient la position selon laquelle les agents d'immigration ou les représentants du ministre n'ont guère la possibilité de prendre en compte des facteurs autres que les faits à l'origine de l'interdiction de territoire. De fait, la jurisprudence favorise une approche plus restrictive pour ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'article 44. La décision du représentant du ministre de ne pas prendre en compte les questions d'ordre humanitaire durant l'entrevue est conforme à la jurisprudence dominante sur la question, ainsi qu'aux arrêts de la Cour d'appel fédérale. Il n'y a donc eu aucun manquement à l'équité procédurale pouvant justifier une intervention en l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 37(1)(a), 44, 64(1), 72, 115(2)(b).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 228.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409; *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233; *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, aff'd 2009 FCA 73; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397; *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52; *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310; *Nagalingam v. Canada (Public Safety*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 37(1)a), 44, 64(1), 72, 115(2)b).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 228.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409; *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469; *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397; *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52; *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 176; *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et*

*and Emergency Preparedness*), 2012 FC 362, [2013] 4 F.C.R. 415; *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 94396 (I.R.B.); *Monge Monge v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 809, [2010] 3 F.C.R. 291; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision to issue a report, pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, stating that there were reasonable grounds to believe that the applicant was inadmissible on grounds of criminality under paragraph 36(2)(a) of the Act. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Andrew J. Brouwer* for applicant.  
*Michael Butterfield* and *Nadine S. Silverman* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Refugee Law Office*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] BOIVIN J.: This is an application for judicial review pursuant to section 72 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) of a decision by the immigration officer (the officer), pursuant to subsection 44(1) of the Act, that determined that there were reasonable grounds to believe that Mr. Panchalingam Nagalingam (the applicant) is inadmissible under paragraph 36(2)(a) of the Act.

*Protection civile*), 2012 CF 362, [2013] 4 R.C.F. 415; *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 94396 (C.I.S.R.); *Monge Monge c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 809, [2010] 3 R.C.F. 291; *Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Wajaras c. Canada (Ministre Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans lequel il a écrit qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'alinéa 36(2)a) de la Loi. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Andrew J. Brouwer* pour le demandeur.  
*Michael Butterfield* et *Nadine S. Silverman* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Refugee Law Office*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BOIVIN : Le demandeur sollicite, en application de l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), le contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration (l'agent), prise en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi, qui a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que m. Panchalingam Nagalingam (le demandeur) est interdit de territoire aux termes de l'alinéa 36(2)a) de la Loi.

### Factual Background

[2] The applicant is a citizen of Sri Lanka and a Tamil. He arrived in Canada in August 1994. On March 2, 1995, he was found to be a Convention refugee and he became a permanent resident on March 13, 1997.

[3] Between 1999 and 2001, the applicant was convicted of assault, failure to comply with a recognizance and mischief. Subsequently, the applicant was found to be inadmissible on grounds of organized criminality under paragraph 37(1)(a) of the Act because of his membership in the AK Kannan Tamil gang. A deportation order was issued against him on May 28, 2003, by virtue of which he also lost his permanent resident status. The Federal Court dismissed his application for judicial review of the decision on his inadmissibility (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397).

[4] Because the applicant had been found to be a Convention refugee, the Minister issued a danger opinion under paragraph 115(2)(b) of the Act on October 4, 2005 and it was determined that the applicant should not be allowed to remain in Canada based on the nature and severity of the acts he committed. The applicant sought judicial review and applied for a stay to this Court, but the stay was dismissed. The applicant then sought an injunction from the Ontario Superior Court of Justice which dismissed his application, relying partly on the assurance of the Minister that he would be allowed to return should his judicial review of the danger opinion be allowed.

[5] The applicant was removed from Canada on December 5, 2005. On April 24, 2008, the Federal Court of Appeal allowed the judicial review of the danger opinion and it was remitted back for redetermination (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52). The applicant made a request to the Minister to allow him to return to Canada. While awaiting return to Canada, the

### Le contexte

[2] Le demandeur est un Tamoul originaire du Sri Lanka. Il est arrivé au Canada en août 1994. Le 2 mars 1995, il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention et il est devenu résident permanent le 13 mars 1997.

[3] Entre 1999 et 2001, le demandeur a été déclaré coupable de voies de fait, de non-respect des conditions d'un engagement et de méfait. Il a plus tard été frappé d'une interdiction de territoire pour criminalité organisée, en vertu de l'alinéa 37(1)a) de la Loi, à cause de son appartenance au gang tamoul AK Kannan. Une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui le 28 mai 2003, mesure qui lui faisait aussi perdre son statut de résident permanent. La Cour fédérale a rejeté sa demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre de la décision le frappant d'une interdiction de territoire (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397).

[4] Comme le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention, le ministre a rendu le 4 octobre 2005 un avis de danger en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la Loi, et il fut décidé que le demandeur ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada eu égard à la nature et à la gravité des actes qu'il avait commis. Le demandeur a introduit une procédure de contrôle judiciaire et prié la Cour d'ordonner un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi, mais sa requête en sursis à l'exécution a été rejetée. Il a alors tenté d'obtenir une injonction de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui a rejeté sa demande, invoquant notamment l'assurance du ministre qu'il serait autorisé à revenir pour le cas où sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'avis de danger serait accueillie.

[5] Le demandeur a été renvoyé du Canada le 5 décembre 2005. Le 24 avril 2008, la Cour d'appel fédérale a accueilli sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'avis de danger, lequel fut renvoyé au représentant du ministre pour nouvelle décision (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52). Le demandeur a prié le ministre de l'autoriser à revenir au Canada.

applicant was allegedly kidnapped from his home in Colombo and tortured for more than two days.

[6] The applicant returned to Canada on February 24, 2009 on a temporary resident permit. Upon his return, he was initially detained but eventually released on strict terms and conditions.

[7] The Minister had initiated a reconsideration of the paragraph 115(2)(b) danger opinion prior to the applicant's return to the country. When another danger opinion was issued on February 23, 2011, concluding that the applicant should not be allowed to remain in Canada based on the nature and severity of his acts and was to be removed between March 23 and March 26, 2011, the applicant filed two applications for leave and judicial review: one challenging the 2011 danger opinion, and the second seeking a declaration that the 2003 removal order was spent and of no remaining legal force. In the meantime, the applicant filed motions to stay his removal and initiated a petition with the United Nations Committee Against Torture (UNCAT), which granted the interim measures and requested that the removal be deferred. These interim measures were lifted when the Government of Canada successfully argued that the applicant's petition was inadmissible because domestic remedies had not been exhausted—namely, the two judicial review applications.

[8] Justice Russell of the Federal Court heard both applications in October 2011 and allowed the judicial review of the danger opinion for a breach in procedural fairness because the applicant was not allowed to cross-examine a detective who provided evidence (*Nagalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310). Justice Russell also allowed, in part, the judicial review of the 2003 removal order (*Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 362, [2013] 4 F.C.R. 415). Justice Russell held that “the 2003 [deportation] order ... although valid when made, has now been executed and its force is spent. Hence, it cannot now be used as the basis of any future deportation of the applicant and

Alors qu’il attendait son retour au Canada, il aurait été enlevé à son domicile à Colombo, puis torturé durant plus de deux jours.

[6] Le demandeur est revenu au Canada le 24 février 2009 à la faveur d’un permis de séjour temporaire. À son retour, il a d’abord été détenu, puis finalement relâché sous de strictes conditions.

[7] Le ministre avait entrepris, avant le retour du demandeur au pays, le réexamen de l’avis de danger rendu en vertu de l’alinéa 115(2)b). Quand un autre avis de danger fut rendu le 23 février 2011, qui concluait que le demandeur ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada eu égard à la nature et à la gravité de ses actes et qu’il serait renvoyé entre le 23 et le 26 mars 2011, le demandeur a déposé deux demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire : dans la première, il contestait l’avis de danger de 2011 et, dans la deuxième, il sollicitait un jugement déclaratoire disant que l’ordonnance de renvoi de 2003 était consommée et n’avait plus de valeur juridique. Dans l’intervalle, le demandeur a déposé des requêtes en sursis à l’exécution de la mesure de renvoi et présenté une pétition au Comité contre la torture des Nations Unies, lequel a accordé les mesures provisoires et demandé le report du renvoi. Ces mesures provisoires ont été levées après que le gouvernement du Canada a réussi à faire admettre que la pétition du demandeur était irrecevable parce que ses recours internes n’avaient pas été épuisés — à savoir les deux demandes de contrôle judiciaire.

[8] Le juge Russell, de la Cour fédérale, a instruit les deux demandes en octobre 2011 et a fait droit, pour manquement à l’équité procédurale, à la demande de contrôle judiciaire ayant trait à l’avis de danger, le demandeur n’ayant pas été à même de contre-interroger un détective qui avait témoigné (*Nagalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 176). Le juge Russell a aussi fait droit en partie à la demande de contrôle judiciaire portant sur la mesure de renvoi de 2003 (*Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 362, [2013] 4 R.C.F. 415). Selon lui, « la mesure d’expulsion [...] 2003, bien qu’elle [fût] valide au moment de sa prononciation, a maintenant été exécutée, et [...] son effet s’en trouve

the Court prohibits the respondent from using the 2003 order to remove the applicant from Canada.”

[9] On September 9, 2011, the officer issued a subsection 44(1) report stating that the applicant is inadmissible under paragraph 36(2)(a) of the Act for reasons of criminality, on the basis of the failure to comply with a recognizance and mischief under \$5 000 convictions in September 2000 and January 2001. The applicant was served with the report on September 9, 2011, along with a notice to appear for a subsection 44(2) proceeding. The applicant was not interviewed prior to the issuance of the report and direction to inquiry, and was not permitted to make submissions. The interview was initially scheduled for September 13, 2011, but was postponed until September 16, 2011 at the applicant’s request.

[10] The applicant was interviewed by a Minister’s delegate and a new deportation order was issued against him on September 16, 2011 under subsection 44(2) of the Act. His deportation was initially scheduled for September 29–30, 2011. By letter dated September 23, 2011, the UNCAT informed the applicant’s counsel that it had reinstated the interim measures request.

[11] The applicant claims he would have raised several considerations if given the opportunity, namely: his rehabilitation over the past decade; the time elapsed since the last offence and clear criminal record since (over 11 years); his compliance with house arrest; his ongoing efforts to obtain a pardon; his marriage to Nira Rajanayagam and their daughter Alena; the fact that he cares for his elderly parents; his relationship to his family in Canada; the danger he faces in Sri Lanka and his Convention refugee status.

[12] In a decision dated February 21, 2012 [*Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 94396], the IAD [Immigration Appeal Division] determined that it did not have jurisdiction

épuisé. En conséquence, cette mesure n’autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et la Cour lui interdit de l’utiliser à cette fin ».

[9] Le 9 septembre 2011, l’agent a établi en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi un rapport où il écrivait que le demandeur est interdit de territoire aux termes de l’alinéa 36(2)a) de la Loi pour criminalité, puisqu’il avait été reconnu coupable en septembre 2000 et janvier 2001 de non-respect des conditions d’un engagement et de méfait à l’égard d’un bien d’une valeur inférieure à 5 000 \$. Le rapport a été signifié au demandeur le 9 septembre 2011, accompagné d’un avis de convocation à une enquête devant se dérouler en vertu du paragraphe 44(2). Le demandeur n’avait pas bénéficié d’une entrevue avant l’établissement du rapport ni avant la directive prévoyant la tenue d’une enquête, et il n’a pas été autorisé à présenter des conclusions. L’entrevue devait d’abord avoir lieu le 13 septembre 2011, mais elle fut repoussée au 16 septembre 2011 à la requête du demandeur.

[10] Un représentant du ministre s’est entretenu avec le demandeur, et une nouvelle mesure d’expulsion a été prononcée contre celui-ci le 16 septembre 2011 en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi. Son expulsion était prévue au départ les 29 et 30 septembre 2011. Par lettre datée du 23 septembre 2011, le Comité contre la torture des Nations Unies a informé l’avocat du demandeur qu’il rétablissait la demande de mesures provisoires.

[11] Le demandeur prétend qu’il aurait avancé plusieurs arguments si l’occasion lui en avait été donnée, à savoir les suivants : sa réadaptation au cours de la dernière décennie; le temps écoulé depuis la dernière infraction et un casier judiciaire sans tache depuis (une période de 11 ans); l’observation de ses conditions d’assignation à résidence; les démarches qu’il a entreprises pour obtenir un pardon; son mariage avec Nira Rajanayagam, et leur fille Alena; le fait qu’il s’occupe de ses parents âgés; ses relations avec sa famille au Canada; le risque qu’il court au Sri Lanka, enfin son statut de réfugié au sens de la Convention.

[12] Par décision datée du 21 février 2012 [*Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 94396], la SAI [Section d’appel de l’immigration] a conclu qu’elle n’avait pas compétence selon

under subsection 64(1) of the Act to hear the applicant's appeal of the deportation order because he has been found inadmissible on grounds of organized criminality. The IAD's decision is under review in a separate application before this Court (IMM-2411-12).

### The Impugned Decision

[13] The applicant takes issue with the officer's decision to issue the subsection 44(1) report. The report, dated September 9, 2011, indicates that the applicant is a person who is a foreign national who has been authorized to enter Canada and who, in the officer's opinion, is inadmissible pursuant to paragraph 36(2)(a) of the Act for having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment. The report states the following:

MR. PANCHALINGAM NAGALINGAM WAS CONVICTED ON 25 SEPTEMBER 2000 AT TORONTO OF FAIL TO COMPLY CONTRARY TO SUBSECTION 145(3) OF THE *CRIMINAL CODE* OF CANADA AND WHICH IS PUNISHABLE BY IMPRISONMENT FOR A TERM NOT EXCEEDING TWO YEARS. HE WAS SENTENCED TO 5 DAYS JAIL AND 3 DAYS PRE-SENTENCE CUSTODY.

IN ADDITION, MR. PANCHALINGAM NAGALINGAM WAS CONVICTED ON 25 JANUARY 2001 AT TORONTO OF TWO COUNTS MISCHIEF UNDER \$5000 CONTRARY TO SUBSECTION 430(4) OF THE *CRIMINAL CODE* OF CANADA AND WHICH IS PUNISHABLE BY IMPRISONMENT FOR A TERM NOT EXCEEDING TWO YEARS. HE WAS SENTENCED TO 45 DAYS JAIL INTERMITTENT, 2 YEARS PROBATION, AND 16 DAYS PRE-SENTENCE CUSTODY.

### Issue

[14] The applicant submits the following issue: Did the officer err in law and breach the duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and

le paragraphe 64(1) de la Loi pour instruire l'appel du demandeur à l'encontre de la mesure d'expulsion, et cela parce qu'il était frappé d'interdiction de territoire pour criminalité organisée. La décision de la SAI est contestée dans une autre procédure de contrôle judiciaire introduite devant la Cour (IMM-2411-12).

### La décision contestée

[13] Le demandeur conteste la décision de l'agent d'établir le rapport prévu par le paragraphe 44(1). Le rapport, daté du 9 septembre 2011, mentionne que le demandeur est un étranger qui a été autorisé à entrer au Canada et qui, selon l'agent, est interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(2)a) de la Loi pour avoir été déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation. Le rapport renferme ce qui suit :

[TRADUCTION]

M. PANCHALINGAM NAGALINGAM A ÉTÉ DÉCLARÉ COUPABLE LE 25 SEPTEMBRE 2000, À TORONTO, DE NON-RESPECT DES CONDITIONS D'UN ENGAGEMENT, UNE INFRACTION AU PARAGRAPHE 145(3) DU *CODE CRIMINEL* DU CANADA, ET PUNISSABLE D'UN EMPRISONNEMENT MAXIMAL DE DEUX ANS. IL A ÉTÉ CONDAMNÉ À UNE PEINE D'EMPRISONNEMENT DE CINQ JOURS ET À UNE DÉTENTION PRÉVENTIVE DE TROIS JOURS.

M. PANCHALINGAM NAGALINGAM A AUSSI ÉTÉ DÉCLARÉ COUPABLE LE 25 JANVIER 2001, À TORONTO, DE DEUX CHEFS DE MÉFAIT À L'ÉGARD D'UN BIEN D'UNE VALEUR INFÉRIEURE À 5 000 \$, UNE INFRACTION AU PARAGRAPHE 430(4) DU *CODE CRIMINEL* DU CANADA, ET PUNISSABLE D'UN EMPRISONNEMENT MAXIMAL DE DEUX ANS. IL A ÉTÉ CONDAMNÉ À UNE PEINE D'EMPRISONNEMENT DE 45 JOURS, DEVAUT ÊTRE PURGÉE D'UNE MANIÈRE DISCONTINUE, À UNE PÉRIODE DE PROBATION DE DEUX ANS ET À UNE DÉTENTION PRÉVENTIVE DE 16 JOURS.

### La question en litige

[14] Le demandeur soumet le point suivant : L'agent a-t-il commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale parce qu'il a passé outre aux

compassionate considerations and/or by failing to give the applicant an opportunity to make submissions on the issue prior to issuing the report and directing the applicant to inquiry?

considérations humanitaires et/ou parce qu'il n'a pas donné au demandeur l'occasion de présenter des arguments sur la question avant d'établir le rapport et de convoquer le demandeur à une enquête?

### Legislative provisions

[15] The following provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* are relevant to the present case:

### Les dispositions applicables

[15] Les dispositions suivantes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont applicables à la présente affaire :

	PART 1 IMMIGRATION TO CANADA ... DIVISION 4 INADMISSIBILITY ...	PARTIE 1 IMMIGRATION AU CANADA [...] SECTION 4 INTERDICTIONS DE TERRITOIRE [...]	
Serious criminality	<b>36.</b> (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for  ...	<b>36.</b> (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :  [...]	Grande criminalité
Criminality	(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for  (a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;  ...	(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :  a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;  [...]	Criminalité
Application	(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):  (a) an offence that may be prosecuted either summarily or by way of indictment is deemed to be an indictable offence, even if it has been prosecuted summarily;	(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2) :  a) l'infraction punissable par mise en accusation ou par procédure sommaire est assimilée à l'infraction punissable par mise en accusation, indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu;	Application



(b) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on a conviction in respect of which a record suspension has been ordered and has not been revoked or ceased to have effect under the *Criminal Records Act*, or in respect of which there has been a final determination of an acquittal;

...

#### DIVISION 5

##### LOSS OF STATUS AND REMOVAL

###### *Report on Inadmissibility*

Preparation  
of report

**44.** (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Referral or  
removal  
order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

Conditions

(3) An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

[16] Furthermore, the following provision from the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 is also relevant since it establishes that, in the applicant's case, the Minister's delegate does not refer the report to the Immigration Division but instead produces the removal order, in this case a deportation order, him or herself:

b) la déclaration de culpabilité n'emporte pas interdiction de territoire en cas de verdict d'acquiescement rendu en dernier ressort ou en cas de suspension du casier — sauf cas de révocation ou de nullité — au titre de la *Loi sur le casier judiciaire*;

[...]

#### SECTION 5

##### PERTE DE STATUT ET RENVOI

###### *Constat de l'interdiction de territoire*

**44.** (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

Rapport  
d'interdiction  
de territoire

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

Suivi

(3) L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

Conditions

[16] Par ailleurs, la disposition suivante du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, est elle aussi applicable puisqu'elle prévoit que, dans le cas du demandeur, le représentant du ministre ne soumet pas le rapport à la Section de l'immigration, mais prononce plutôt lui-même la mesure de renvoi, en l'occurrence une mesure d'expulsion :

## DIVISION 2

## SECTION 2

## SPECIFIED REMOVAL ORDER

## MESURES DE RENVOI À PRENDRE

Subsection  
44(2) of the  
Act  
— foreign  
nationals

**228.** (1) For the purposes of subsection 44(2) of the Act, and subject to subsections (3) and (4), if a report in respect of a foreign national does not include any grounds of inadmissibility other than those set out in the following circumstances, the report shall not be referred to the Immigration Division and any removal order made shall be

(a) if the foreign national is inadmissible under paragraph 36(1)(a) or (2)(a) of the Act on grounds of serious criminality or criminality, a deportation order;

Standard of review

[17] The issue submitted before this Court concerns a potential breach of procedural fairness. It is therefore reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), at paragraph 16).

Arguments*Applicant's Position*

[18] The applicant argues that the officer erred in law by not considering all relevant circumstances and failing to give him the opportunity to provide submissions on why a subsection 44(1) report should not be written and referred to a Minister's delegate for decision.

[19] The applicant relies heavily on Justice Harrington's summary and analysis of relevant case law and factors as set out in *Monge Monge v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 809, [2010] 3 F.C.R. 291 (*AMM*), at paragraphs 18–31. *AMM* discusses the matters of the discretion available to

Application  
du  
paragraphe  
44(2) de la  
Loi :  
étrangers

**228.** (1) Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), dans le cas où elle ne comporte pas de motif d'interdiction de territoire autre que ceux prévus dans l'une des circonstances ci-après, l'affaire n'est pas déférée à la Section de l'immigration et la mesure de renvoi à prendre est celle indiquée en regard du motif en cause :

a) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour grande criminalité ou criminalité au titre des alinéas 36(1)a) ou (2)a) de la Loi, l'expulsion;

La norme de contrôle

[17] La question soumise à l'examen de la Cour concerne un possible manquement à l'équité procédurale. C'est donc une question qui doit être revue d'après la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), au paragraphe 16).

Les arguments*La position du demandeur*

[18] Le demandeur soutient que l'agent a commis une erreur de droit parce qu'il n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes et qu'il ne lui a pas donné l'occasion d'expliquer pourquoi un rapport selon le paragraphe 44(1) ne devrait pas être établi et soumis à un représentant du ministre pour décision.

[19] Le demandeur s'appuie largement sur la décision *Monge Monge c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 809, [2010] 3 R.C.F. 291 (*AMM*), où le juge Harrington résume et analyse, aux paragraphes 18 à 31, les précédents et les facteurs applicables. Le juge Harrington examine dans

enforcement officers whether to issue (or not) a subsection 44(1) report, the level of procedural fairness required with regards to such reports and what factors need to be considered by enforcement officers when authoring such reports.

[20] The applicant submits that in *AMM*, as well as in many of the cases reviewed in *AMM*, a narrative report had been produced by the officer setting out the circumstances of the case and factors taken into consideration. The applicant concedes that, when such narrative reports were argued to be inadequate in other cases, the Court generally refused to intervene. However, he argues that his case is different because: (i) he was not interviewed in connection with the preparation of the report; (ii) no narrative report was produced; (iii) he is a Convention refugee; (iv) when drafting the report, the Minister believed he was in a position to effect removal immediately because there was no stay in place yet; (v) the Minister was of the opinion that the Immigration Appeal Division (the IAD) had no jurisdiction to hear an appeal where humanitarian and compassionate (H&C) grounds could be raised; (vi) there are numerous relevant consideration in the applicant's case that should have been taken into consideration.

[21] The applicant further submits that refugees are entitled to a higher level of procedural fairness than visitors (citing Justice Décary in *Cha*, above). He argues that, when Justice Mosley held in *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin L.R. (4th) 233 (*Awed*) that this does not mean that refugees are entitled to expect more participation or discretion in the section 44 context than other foreign nationals, he was relying on the fact that refugees can appeal to the IAD where they can raise H&C considerations, a right the applicant may not have in this case.

[22] The applicant submits that the Federal Court jurisprudence on the topic is divergent, and the Federal

cette décision plusieurs aspects : le pouvoir discrétionnaire conféré aux agents d'exécution d'établir (ou non) un rapport selon le paragraphe 44(1), le niveau d'équité procédurale auquel ils sont astreints dans l'établissement de tels rapports, et les facteurs dont ils doivent tenir compte lorsqu'ils signent de tels rapports.

[20] Le demandeur affirme que, dans la décision *AMM*, ainsi que dans bon nombre des précédents qui y sont recensés, un rapport narratif avait été établi par l'agent, énumérant les circonstances du cas et les facteurs pris en compte. Le demandeur admet que, lorsqu'on faisait valoir, dans d'autres cas, que des rapports narratifs de cette nature étaient déficients, la Cour refusait en général d'intervenir. Cependant, il soutient que son cas est différent parce que : i) il n'a pas bénéficié d'une entrevue en marge de la rédaction du rapport; ii) aucun rapport narratif n'a été établi; iii) il est un réfugié au sens de la Convention; iv) au moment de la rédaction du rapport, le ministre croyait être en position de procéder immédiatement à l'exécution de la mesure de renvoi parce qu'il n'existait encore aucun sursis à l'exécution de cette mesure; v) le ministre était d'avis que la Section d'appel de l'immigration (la SAI) n'avait pas compétence pour instruire un appel où des considérations humanitaires pourraient être invoquées; vi) il y a dans le cas de l'appelant de nombreux facteurs pertinents qui auraient dû être pris en compte.

[21] Le demandeur affirme aussi que les réfugiés ont droit à un niveau plus élevé d'équité procédurale que les visiteurs (il cite à l'appui le juge Décary dans l'arrêt *Cha*, précité). Il soutient que, lorsque le juge Mosley écrivait, dans la décision *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469 (*Awed*), que cela ne signifie pas que les réfugiés sont fondés, plus que les autres étrangers, à espérer davantage de droits de participation ou davantage de latitude dans l'application de l'article 44, il s'appuyait sur le fait que les réfugiés peuvent interjeter appel devant la SAI, où ils sont à même d'invoquer des considérations humanitaires, un droit que le demandeur n'a peut-être pas dans la présente affaire.

[22] Le demandeur affirme que la jurisprudence de la Cour fédérale sur le sujet est incertaine et que l'arrêt

Court of Appeal's decision in *Cha*, above, is ambiguous with regards to the existence of discretion.

#### *Respondent's Position*

[23] The respondent submits that the officer's discretion not to issue a subsection 44(1) report when the individual has breached the relevant sections of the Act is limited. He cites *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153 (*Correia*) in support of the idea that the decision to make such reports must be considered in the context of Division 5 of the Act, which has as its purpose the removal of certain persons from Canada. He submits that the officer's inquiry is restricted to relevant facts, and not H&C matters nor the applicant's rehabilitation. The respondent also refers to *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675 (*Richter*), aff'd 2009 FCA 73 to indicate that the discretion not to report is extremely limited and that the purpose of the interview under subsection 44(1) is merely to confirm the factual information that supports the opinion of the officer.

[24] The respondent also relies on *Cha*, above, at paragraphs 33, 35 and 37, where the Federal Court of Appeal held that an officer is expected to prepare a report under subsection 44(1) unless a pardon has been granted or the convictions reversed. Furthermore, it is argued that *Cha* stands for the notion that a reading of sections 36 and 44 of the Act indicates that officers and the Minister's delegates are only on a fact-finding mission and are not to consider particular circumstances—it is not the officer's function to deal with H&C matters or other matters relevant to a pre-removal risk assessment.

[25] The respondent submits that in the case of *AMM*, above, the Court did not answer whether there was a discretion or not on the part of the officer to issue the report. The respondent further submits that even when there was no detailed assessment, the Court did not intervene.

*Cha* de la Cour d'appel fédérale est ambigu sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire.

#### *La position du défendeur*

[23] Le défendeur affirme que l'agent n'a qu'un faible pouvoir discrétionnaire de ne pas établir un rapport aux termes du paragraphe 44(1) dès lors que l'intéressé tombe sous le coup des dispositions applicables de la Loi. Invoquant la décision *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782 (*Correia*), il affirme que la décision d'établir de tels rapports doit être considérée dans le contexte de la section 5 de la Loi, une section dont l'objet est le renvoi de certaines personnes du Canada. Selon le défendeur, l'enquête de l'agent se limite aux faits pertinents, à l'exclusion des questions d'ordre humanitaire ou de la réadaptation du demandeur. Le défendeur se réfère aussi à la décision *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675 (*Richter*), conf. par 2009 CAF 73, pour soutenir que le pouvoir discrétionnaire de l'agent de ne pas établir un rapport est extrêmement restreint et que l'entrevue aux termes du paragraphe 44(1) a simplement pour objet de vérifier les renseignements précis qui appuient l'avis de l'agent.

[24] Le défendeur invoque aussi l'arrêt *Cha*, précité, aux paragraphes 33, 35 et 37, où la Cour d'appel fédérale écrivait que l'agent est en principe tenu d'établir un rapport aux termes du paragraphe 44(1) sauf si un pardon a été accordé ou s'il y a eu verdict d'acquiescement en dernier ressort. Il fait aussi valoir que l'arrêt *Cha* donne l'interprétation suivante des articles 36 et 44 de la Loi : la mission des agents d'immigration et des représentants du ministre ne consiste qu'à rechercher les faits, sans qu'il soit tenu compte de circonstances particulières — il n'appartient pas à l'agent de s'enquérir de questions d'ordre humanitaire ni d'autres aspects pouvant intéresser un examen des risques avant renvoi.

[25] Le défendeur dit que, dans la décision *AMM*, précitée, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'agent était libre ou non d'établir le rapport. Il ajoute que, alors même qu'il n'existait aucun examen détaillé, la Cour n'est pas intervenue.

[26] Finally, the respondent also submits that the applicant can present mitigating factors at the subsection 44(2) stage before the Minister's delegate (citing *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200).

### Analysis

[27] At the outset, the Court recalls the wording of subsection 44(1) of the Act: "An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister" (emphasis added).

[28] The wording indicates that a certain discretion is awarded to the officer. Justice Décary's words in *Cha*, above, at paragraph 19, indicated that the level of discretion an officer has will depend on whether the case deals with foreign nationals or permanent residents, the various possible grounds for inadmissibility (and the varying level of complexity of the underlying facts, depending on the grounds), and whether the Minister's delegate issues the deportation order him or herself or refers it to the Immigration Division instead (*Cha*, above, at paragraph 22).

[29] At the hearing before this Court, the applicant relied heavily on *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3 (*Hernandez*), at paragraph 31, which lends support to the applicant's contention that certain factors should have been considered for the subsection 44(1) report.

[30] In *Hernandez*, above, Justice Snider interpreted the judgment in *Correia*, above, not to mean that immigration officers were precluded from considering anything beyond the conviction itself, but rather that the facts considered must relate to the criminal conviction. Justice Snider concluded by analysing the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and*

[26] Finalement, le défendeur, invoquant la décision *Wajaras c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200, ajoute que le demandeur peut, au stade du renvoi de l'affaire selon le paragraphe 44(2), présenter des circonstances atténuantes au représentant du ministre.

### Analyse

[27] La Cour rappelle d'entrée de jeu le libellé du paragraphe 44(1) de la Loi : « S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre » (non souligné dans l'original).

[28] Le texte du paragraphe 44(1) donne à penser qu'une certaine latitude est accordée à l'agent. Les propos du juge Décary dans l'arrêt *Cha*, précité, au paragraphe 19, montraient que le pouvoir d'appréciation de l'agent variera selon que l'affaire concerne un étranger ou un résident permanent, selon les divers moyens possibles pouvant justifier une interdiction de territoire (et selon le niveau de complexité des faits sous-jacents, compte tenu des moyens invoqués), et selon que le représentant du ministre prononce lui-même la mesure d'expulsion ou défère plutôt l'affaire à la Section de l'immigration (*Cha*, précité, paragraphe 22).

[29] Durant l'audience tenue devant la Cour, le demandeur s'est considérablement appuyé sur la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3 (*Hernandez*), au paragraphe 31, un précédent qui prête appui à son argument selon lequel certains facteurs auraient dû être pris en compte dans le rapport établi selon le paragraphe 44(1).

[30] Dans la décision *Hernandez*, précitée, la juge Snider écrivait que la décision *Correia*, précitée, ne signifiait pas que les agents d'immigration sont empêchés de considérer quoi que ce soit d'autre que la déclaration de culpabilité elle-même, mais plutôt que les faits pris en considération doivent se rapporter à la déclaration de culpabilité. Elle concluait par une analyse des facteurs

*Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, and held that the duty of fairness in such cases was more relaxed, being administrative in nature, and did not always require an oral interview, but that at the very least, the applicant should be given the opportunity to make submissions and know the case against him.

[31] However, the Court notes that the remainder of the jurisprudence that was examined in *AMM*, above, generally favours the respondent's point of view that very little discretion is awarded to officers or the Minister's delegates to consider factors other than the factual basis of the inadmissibility finding. In support for this proposition, the Court recalls the following excerpt from *Cha*, above, at paragraph 37, where Justice Décarý of the Federal Court of Appeal stated that the intent of Parliament is clear and observed the following:

It cannot be, in my view, that Parliament would have in sections 36 and 44 of the Act spent so much effort defining objective circumstances in which persons who commit certain well-defined offences in Canada are to be removed, to then grant the immigration officer or the Minister's delegate the option to keep these persons in Canada for reasons other than those contemplated by the Act and the Regulations. It is not the function of the immigration officer, when deciding whether or not to prepare a report on inadmissibility based on paragraph 36(2)(a) grounds, or the function of the Minister's delegate when he acts on a report, to deal with matters described in sections 25 (H&C considerations) and 112 (pre-removal risk assessment) of the Act. [Citations omitted.]

[32] In the case of *Awed*, above, which concerned a foreign national who was also a Convention refugee, Justice Mosley held the following at paragraph 17 when applying the Federal Court of Appeal's judgment in *Cha*:

I find no support in *Cha* for the applicant's contention that foreign nationals who are also protected persons and who have been convicted of the predicate crimes described in section 36 of the Act, are entitled to a higher degree of procedural fairness or participatory rights with respect to the operation of subsection 44(1) than other foreign nationals or permanent residents.

énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, ajoutant que l'obligation d'équité dans de tels cas était moins stricte, étant de nature administrative, et ne commandait pas toujours une entrevue, mais que, à tout le moins, l'intéressé devrait avoir la possibilité de présenter des observations et de connaître le dossier établi contre lui.

[31] Cependant, la Cour relève que les autres précédents examinés dans la décision *AMM*, précitée, appuient en général la position du défendeur pour qui les agents d'immigration ou les représentants du ministre n'ont guère la possibilité de prendre en compte des facteurs autres que les faits à l'origine de l'interdiction de territoire. Au soutien de cette manière de voir, la Cour reproduit l'extrait suivant de l'arrêt *Cha*, au paragraphe 37, où le juge Décarý, de la Cour d'appel fédérale, écrivait que l'intention du législateur était sans ambiguïté, ajoutant ce qui suit :

Je ne peux concevoir que le législateur ait mis autant de soins pour préciser, aux articles 36 et 44 de la Loi, de manière objective, les cas où les auteurs de certaines infractions bien définies commises au Canada doivent être renvoyés du pays, pour ensuite offrir la possibilité à un agent d'immigration ou à un représentant du ministre de permettre à ces personnes de rester au Canada pour des motifs autres que ceux prévus par la Loi ou le Règlement. Il n'appartient pas à l'agent d'immigration, lorsqu'il décide d'établir ou non un rapport d'interdiction de territoire pour des motifs visés par l'alinéa 36(2)a), ou au représentant du ministre lorsqu'il y donne suite, de se pencher sur des questions visées par les articles 25 (motif d'ordre humanitaire) et 112 (examen des risques avant renvoi) de la Loi. [Références omises.]

[32] Dans la décision *Awed*, précitée, qui concernait un étranger qui était également un réfugié au sens de la Convention, le juge Mosley s'exprimait ainsi, au paragraphe 17, à propos de l'arrêt *Cha* rendu par la Cour d'appel fédérale :

Rien dans l'arrêt *Cha* ne va dans le sens de la thèse du demandeur, qui prétend que, dans le cadre de l'application du paragraphe 44(1), les ressortissants étrangers qui sont aussi des personnes à protéger et qui ont été déclarées coupables de certains crimes énoncés à l'article 36 de la Loi ont droit à des garanties procédurales plus élevées ou ont un droit de défendre leur point de vue plus large que les autres ressortissants étrangers ou que les résidents permanents.

[33] Hence, Justice Mosley viewed the interview under subsection 44(1) simply as a means to confirm the facts underlying the finding of inadmissibility with a minimal content of duty of fairness. Two years later, in *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675 [cited above], Justice Mosley reiterated his conclusions expressed in *Awed*, above. Justice Mosley's decision in *Richter* was appealed and the Federal Court of Appeal confirmed the decision and substantially adopted his reasoning and mentioned that the scope and content of the duty will vary depending on the circumstances of each case (*Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 73 [cited above], at paragraph 10).

[34] The Court is therefore of the view that the jurisprudence favours a more restrictive approach to the discretion that an officer or a Minister's delegate has in considering mitigating or H&C factors at the section 44 level (*Cha*, above; *Awed*, above; *Richter*, above; *Correia*, above).

[35] Based on the jurisprudence noted above and the circumstances of this case, the Court cannot conclude that the duty of fairness in a case like this one requires the officer to allow for submissions prior to the issuance of a subsection 44(1) report, or that the officer should, or even could, consider humanitarian and compassionate grounds. The fact that the Minister's delegate would not consider H&C factors during this interview is consistent with the majority of the jurisprudence on this issue, and consistent with the Federal Court of Appeal's decisions. Therefore, the Court finds no breach in procedural fairness that warrants its intervention.

[36] The application for judicial review will therefore be dismissed.

[37] The applicant proposed the following three alternative ways of formulating a question to be certified:

[33] Le juge Mosley estimait donc qu'une entrevue aux termes du paragraphe 44(1) était simplement un moyen de vérifier les faits à l'origine de l'interdiction de territoire et qu'elle était assortie d'un niveau très faible d'obligation d'équité. Deux années plus tard, dans la décision *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675 [précitée], le juge Mosley réitérait sa position exprimée dans la décision *Awed*, précitée. Appel fut interjeté de sa décision dans l'affaire *Richter*, et la Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision et adopté pour l'essentiel son raisonnement, ajoutant que l'étendue et la teneur de l'obligation d'équité variera en fonction des circonstances de l'espèce (*Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 73 [précité], au paragraphe 10).

[34] La Cour est donc d'avis que la jurisprudence favorise une approche plus restrictive pour ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'article 44 (*Cha*, précité; *Awed*, précitée; *Richter*, précitée; *Correia*, précitée).

[35] Eu égard à la jurisprudence susmentionnée et aux circonstances de la présente affaire, la Cour ne peut conclure que l'obligation d'équité dans un cas comme celui-ci contraint l'agent à recevoir des observations avant d'établir un rapport selon le paragraphe 44(1), et elle ne peut conclure non plus que l'agent devrait, ou même pourrait, considérer des motifs d'ordre humanitaire. Le représentant du ministre n'a pas à prendre en compte des questions d'ordre humanitaire durant l'entrevue menée selon l'article 44, et cette position s'accorde avec la jurisprudence dominante sur la question, ainsi qu'avec les arrêts de la Cour d'appel fédérale. La Cour conclut donc qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale pouvant justifier son intervention.

[36] La demande de contrôle judiciaire sera donc rejetée.

[37] Le demandeur a proposé les trois manières suivantes de formuler une question susceptible d'être certifiée :

(i) In the preparation of a report under subsection 44(1) of the Act in respect of a protected person, does the duty of procedural fairness require that the officer provide an opportunity for the person concerned to make submissions and/or provide evidence? or,

(ii) What is the scope of discretion available to an enforcement officer in deciding whether to prepare, and in preparing, a subsection 44(1) report regarding a protected person? or,

(iii) What is the duty of fairness owed to a protected person by an enforcement officer in deciding whether to prepare, and in preparing, a subsection 44(1) report?

[38] The Federal Court of Appeal stated the necessary criteria for certifying a question of general importance in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4. The proposed questions must transcend the interests of the immediate parties to the litigation, contemplate issues of broad significance or general application and be determinative of the appeal.

[39] In the Court's view, the questions formulated by the applicant do not satisfy these criteria: the proposed questions for certification have been considered or settled by the Federal Court of Appeal.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed;
2. No questions for certification;
3. A copy of the reasons for judgment and judgment is to be placed in file IMM-2411-12.

(i) Dans l'établissement d'un rapport selon le paragraphe 44(1) de la Loi à propos d'une personne protégée, l'obligation d'équité procédurale requiert-elle de l'agent qu'il donne à cette personne l'occasion de présenter des arguments et/ou de produire des preuves?

(ii) Quelle est la latitude dont jouit un agent d'exécution dans la décision d'établir ou non, selon le paragraphe 44(1), un rapport touchant une personne protégée, ou dans l'établissement d'un tel rapport?

(iii) Quelle obligation d'équité un agent d'exécution a-t-il envers une personne protégée lorsqu'il décide s'il convient ou non d'établir un rapport selon le paragraphe 44(1), et lorsqu'il établit un tel rapport?

[38] La Cour d'appel fédérale a exposé, dans l'arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), les critères à observer lorsqu'il s'agit de certifier une question de portée générale. La question proposée doit transcender les intérêts des parties au litige, elle doit aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale et elle doit être déterminante pour l'issue de l'appel.

[39] Selon la Cour, les questions formulées par le demandeur ne répondent pas à ces critères : les questions qu'il voudrait voir certifiées ont été examinées ou résolues par la Cour d'appel fédérale.

#### JUGEMENT

LE JUGEMENT DE LA COUR est le suivant :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée;
2. Aucune question n'est certifiée;
3. Une copie des présents motifs du jugement et jugement sera versée dans le dossier IMM-2411-12.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

#### *Fundamental Freedoms*

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 1310) wherein key issue whether appellant's beliefs, activities concerning cannabis constituting religious practice protected by guarantee of freedom of religion under Charter, s. 2(a)—Reasons for judgment showing conflicting factual findings on that key issue—Matter remitted to Federal Court for assignment to different judge—Appeal allowed.

BENNETT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-86-12, 2013 FCA 161, Trudel, Stratas and Mainville JJ.A., reasons for judgment dated June 19, 2013, 3 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

Patent infringement—Provincial Crowns—Motion by Nova Scotia Gaming Corporation, Atlantic Lottery Corporation (defendants), to strike action as against them on ground Federal Court lacking personal jurisdiction over them as Crown defendants—Underlying proceeding patent infringement action brought by plaintiff pursuant to *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 in respect of electronic gambling activities carried out by defendants—Read together, *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20, *Patent Act*, ss. 2.1, 54(2) conferring personal, subject-matter jurisdiction upon Federal Court to entertain present patent infringement action against defendants—Motion denied.

SAFE GAMING SYSTEM INC. V. ATLANTIC LOTTERY CORPORATION (T-1043-12, 2013 FC 217, Aronovitch P., reasons for order dated March 4, 2013, 10 pp.)

## INCOME TAX

### INCOME CALCULATION

#### *Deductions*

Foreign non-business income tax—Appeal from T.C.C. decision (2012 TCC 3) dismissing appeal with respect to assessment for 2002 taxation year—Issue whether predecessor corporation of appellant, GL&V/Dorr-Oliver Canada Inc. (Dorr-Oliver), entitled to deduct its share of U.S. income tax paid by limited partnership of which it was a member pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20(12)—Controversy surrounding requirement that U.S. tax sought to be deducted be “in respect of that income” (first condition) but not be reasonably regarded as having been paid “in respect of income from a share of the capital stock of a foreign affiliate” (second condition)—T.C.C. finding that income computed by Dorr-Oliver was income from property, U.S. tax sought to be deducted was tax paid “in respect of that income”—Accordingly, first condition met—However,

**INCOME TAX—Concluded**

T.C.C. holding that income tax sought to be deducted could also be regarded as having been paid “in respect of income from a share of the capital stock of a foreign affiliate”, meaning that second condition, framed in the negative, not met—Dorr-Oliver wholly owned subsidiary of Groupe Laperrière Verrault (GL&V)—Issue arising in context of use by GL&V of cross-border structure in order to fund acquisition of U.S. businesses in tax efficient manner—Tax efficiency achieved by use of “hybrid entities” – i.e. entities treated differently under U.S., Canadian tax laws—Limited partnership herein such an entity—Also included in present structure are Nova Scotia unlimited liability company (NSULC), shares of which held by GL&V limited partnership; U.S. limited liability company (LLC), shares of which held by NSULC—Both NSULC, LLC disregarded entities under U.S. tax law – i.e. existence thereof ignored for U.S. tax purposes but treated as existing entities under Act—While T.C.C. finding with respect to second condition (above) that U.S. tax reduced amount that could be paid by LLC to NSULC made in error, T.C.C. making same observation in assessment of first condition—Result of these errors, if material, would be that appellant meeting second condition, but not first —Appellant arguing as basis for two conditions to be met that while “economic profit” from NSULC dividend reduced by U.S. tax, “economic profit” from LLC dividend not so reduced—However, notion that dividend can be viewed as “profit” from share foreign to Act—In any event, insofar as appellant’s argument based on premise that NSULC dividend used to pay U.S. tax, record falling short of establishing that this in fact taking place—Whether T.C.C. correctly construing words “in respect of” or whether narrower meaning warranted, appeal cannot succeed—In alternative, appellant arguing that T.C.C. erring in finding that second condition not met because U.S. tax paid by GL&V limited partnership, not by corporation as contemplated by second condition—However, partnership paying no tax under Act—Although income computed at partnership level as though a person, resulting income allocated to partners and tax paid by partners on their proportionate share of the income—U.S. tax thus can be said to have been paid by a corporation, can therefore “reasonably be regarded” as having been paid by a corporation as contemplated by Act, s. 20(12)—Appeal dismissed.

FLSMIDTH LTD. V. CANADA (A-47-12, 2013 FCA 160, Noël J.A., reasons for judgment dated June 18, 2013, 18 pp.)

**MARITIME LAW****LIENS AND MORTGAGES**

Appeal from Prothonotary’s decision refusing to allow sale of four marine diesel generators, lifting device located in Hamburg, Germany, under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 379 for lack of jurisdiction—Davie Yards Inc. (Davie 1) instructing plaintiff to arrange for pick-up, storage of generators in Hamburg—Davie 3, successor to Davie 1, ceasing to pay monthly storage fees—Meanwhile, Export Development Canada (EDC) entering into loan agreement with *mises-en-cause*, Ocean Hotels I Limited, Ocean Hotels II Limited, for construction by Davies of Hulls 721, 722—Loan agreement granting EDC first priority mortgage on Hulls 721, 722, all appurtenances pertaining thereto, including generators at issue herein—Two separate moveable hypothecs, shipbuilder’s mortgage agreements also entered into between EDC, *mises-en-cause*—EDC registering first priority shipbuilder’s mortgages, first priority hypothecs on each hull, appurtenances relating thereto—Generators, lifting device purchased, paid for on behalf of *mises-en-cause*, appurtenances to be installed on Hulls 721, 722—*Mises-en-cause* defaulting on loan agreement, EDC claiming to be in position to sell Hulls 721, 722 pursuant to *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26, s. 69—Plaintiff pursuing action *in personam* against EDC—Issue whether Federal Court having jurisdiction in present case—While Federal Court having *in personam* jurisdiction, statutory provision required granting Court power to force sale of cargoes having never been in Canada—Sole provision *Canada Shipping Act, 2001*, s. 69 empowering mortgagee, i.e. EDC, to seek order for sale of mortgaged property not in Canada—As to *Federal Courts Rules*, r. 379, that rule not applicable as generators never in Canada, no evidence generators likely to deteriorate—Appeal dismissed.

SDV LOGISTIQUES (CANADA) INC. V. THE DIESELGENSET TYPE 8M 25, ENGINE No. 45085 EX THE BARGE “ANDREA” (T-2145-12, 2013 FC 671, Scott J., reasons for order dated June 18, 2013, 14 pp.)

**PRACTICE**

Appeals by defendant (Crown) from Prothonotary’s decision (2012 FC 1247) refusing to strike certain portions of amended statement of claim in each of two actions—Underlying actions based on Canada Revenue Agency investigations, other activity between 1993–1997 relating to research and development tax credits—Crown appealing in respect of two claims not struck out, i.e. intentional interference with contractual relations, negligence—Issue whether Prothonotary’s order should be set aside or a different order made —Plaintiffs’ claim for intentional interference with contractual relations not seeking to reopen or collaterally

**PRACTICE—Concluded**

attack tax assessments made upon their customers or potential customers—At this stage, claim not one that ought to be struck out—As to negligence, test two-fold: (1) Is there sufficient proximity between negligent, injured parties? (2) If so, are there policy considerations negating creation of duty of care?—Prothonotary erring in saying that as first part of test met herein, no need to consider second part—Prothonotary should have considered second question respecting public policy—While no statutory duty established in circumstances of this case, not possible to say at this stage that plaintiffs claim in respect of first question having no reasonable prospect of success—While allegations of negligence tenuous, case law evolving in that area, question not finally determined by appellate court—Appeals dismissed.

GORDON V. CANADA (T-473-06, T-474-06, 2013 FC 597, Hughes J., reasons for order dated June 4, 2013, 23 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Third party proceedings—Motion by Crown to have underlying action stayed as Crown intending to claim indemnity from religious orders involved in operation of Indian residential schools in issue—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.1 requiring that principal action be stayed “where the Crown desires to institute a counter-claim or third party proceedings in respect of which the Federal Court lacks jurisdiction”—Crown arguing Federal Court lacking jurisdiction to entertain claim for indemnity against religious orders—Plaintiffs filing suit in Federal Court against Canada for damages allegedly suffered as a result of children being forced to attend Kamloops, Sechelt Indian residential schools—Proposed class action based on alleged breach of Aboriginal rights, breach of constitutional rights of Aboriginal peoples, breach of the fiduciary duties owed by Canada—Court having jurisdiction over action by Crown against religious orders—This conclusion deriving from Court’s overall jurisdiction, including jurisdiction over Crown as litigant—Statutory grant found in *Federal Courts Act*, s. 17(1) giving Federal Court “concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown”—Two sources of federal law, within meaning of *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101 essential to disposition of case, i.e. *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *sui generis* relationship between Crown, Aboriginal peoples—As to jurisdiction over proposed third parties, issue whether existing federal law (statute, regulation or common law) nourishing Court’s jurisdiction, essential to disposition of case—Federal common law of contributory negligence essential to, at pith and substance of third party proceedings—In addition, religious orders herein retained on behalf of Crown—Consequently, tri-partite test summarized in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 satisfied: *Indian Act* existing body of federal law, which are laws of Canada, essential to disposition of case, *Federal Courts Act*, s. 17(5)(a) statutory grant of jurisdiction—Furthermore, third party claim based on common law tort arising from federal law—Religious orders acting on behalf of Crown—Motion denied.

TK’EMLÚPS TE SECWÉPEMC INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1542-12, 2013 FC 546, Harrington J. reasons for order dated May 24, 2013, 19 pp.)

**PUBLIC SERVICE****PENSIONS**

Judicial review of Public Works and Government Services Canada Public Service Pension Centre (Pension Centre) decision apportioning survivor allowance between applicant, *mise-en-cause*, based on their respective years of cohabitation with deceased contributor (Myers), in accordance with *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 (PSSA)—Despite having separated many years earlier, *mise-en-cause*, Myers remaining legally married until latter’s death in 2009—Applicant, Myers married in 2002 believing divorce between Myers, *mise-en-cause* finalized earlier that year—Applicant’s marriage to Myers declared null by Superior Court of Québec in 2010—Applicant filing motion for putative effects pursuant to *Civil Code of Québec*, art. 382—That motion granted by Superior Court of Québec but Court also ordering that survivor benefits under Quebec Pension Plan (Régime des rentes du Québec) be paid exclusively to *mise-en-cause*—Court of Appeal reaffirming applicant marrying Myers in good faith, entitled to both putative effects of marriage, liquidation of patrimonial rights—Applicant, *mise-en-cause* applying to Pension Centre for survivor allowance under PSSA—That application giving rise to decision under review herein—Issues whether Pension Centre erring in apportioning survivor allowance between applicant, *mise-en-cause*; whether PSSA, ss. 3(1), 25(4),(4.1),(10),(11) violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15—Pension Centre’s decision

**PUBLIC SERVICE**—Concluded

to apportion survivor allowance reasonable—Fact applicant receiving judgment granting her putative effects of marriage not altering *mise-en-cause*'s legal status—Pension Centre correctly applying its legislation to facts—As to Charter argument, impugned provisions not discriminatory—While exclusion of putative spouses from notion of survivor under PSSA raising serious Charter, s. 15(1) validity issue, applicant not directly affected by under-inclusiveness—Applicant thus lacking standing to bring s. 15(1) challenge to impugned provisions—In any event, applicant's claim could not succeed as putative spouses not comprising historically disadvantaged group—Application dismissed.

NASH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1999-11, 2013 FC 683, Scott J., reasons for judgment dated June 18, 2013, 23 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Contrefaçon de brevet—Couronnes provinciales—Requête en radiation de l'action présentée par la Société des jeux de la Nouvelle-Écosse et la Société des loteries de l'Atlantique (les défenderesses) au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence à leur égard en leur qualité de Couronnes défenderesses—L'instance principale est une action en contrefaçon de brevet intentée par la demanderesse suivant la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, relativement aux activités de jeux de hasard électroniques exercées par les défenderesses—Interprétés conjointement, l'art. 20 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et les art. 2.1 et 54(2) de la *Loi sur les brevets* confèrent à la Cour fédérale une compétence *ratione personae* ainsi qu'une compétence *ratione materiae* pour connaître de la présente action en contrefaçon de brevet intentée contre les défenderesses—Requête rejetée.

SAFE GAMING SYSTEM INC. C. SOCIÉTÉ DES LOTERIES DE L'ATLANTIQUE (T-1043-12, 2013 CF 217, protonotaire Aronovitch, motifs de l'ordonnance en date du 4 mars 2013, 10 p.)

## DROIT CONSTITUTIONNEL

### CHARTRE DES DROITS

#### *Libertés fondamentales*

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1310), dans laquelle la principale question était de savoir si les croyances et les activités de l'appelant liées au cannabis constituaient des pratiques religieuses protégées par la garantie de la liberté de religion visée à l'art. 2a) de la Charte—Les motifs du jugement comportaient des conclusions factuelles contradictoires sur ce point crucial—L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle la confie à un autre juge de cette cour—Appel accueilli.

BENNETT C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (A-86-12, 2013 CAF 161, juges Trudel, Stratas et Mainville, J.C.A., motifs du jugement en date du 19 juin 2013, 3 p.)

## DROIT MARITIME

### PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Appel d'une décision du protonotaire par laquelle il a refusé, pour faute de compétence, de permettre que soient vendues quatre génératrices marines diesel et un dispositif de levage se trouvant à Hambourg, en Allemagne, en vertu de la règle 379 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Davie Yards Inc. (Davie 1) a demandé à la demanderesse de s'occuper de prendre livraison des génératrices et de les entreposer à Hambourg—Davie 3, une société qui a succédé à Davie 1, a cessé de payer les frais de stockage mensuels—Entre-temps, Exportation et développement Canada (EDC) a conclu un contrat de prêt avec les mises en cause, Ocean Hotels I Limited et Ocean Hotels II Limited, en vue d'achever la construction par Davies des coques 721 et 722—En vertu du contrat de prêt, une hypothèque de premier rang était constituée en faveur d'EDC sur les coques 721 et 722 et tous leurs accessoires, dont les génératrices visées en l'espèce—Deux hypothèques mobilières distinctes et des contrats

**DROIT MARITIME—Fin**

d'hypothèques maritimes ont également été conclus entre EDC et les mises en cause—EDC a enregistré sur chacune des coques ainsi que sur leurs accessoires des hypothèques maritimes de premier rang et des hypothèques de premier rang—Les génératrices et les dispositifs de levage ont été acquis et payés au nom des mises en cause et sont des accessoires devant être installés dans les coques 721 et 722—Les mises en cause n'ont pas respecté le contrat de prêt et EDC prétend être en droit de vendre les coques 721 et 722 en vertu de l'art. 69 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26—La demanderesse a intenté une action *in personam* contre EDC—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en l'espèce—Bien que la Cour fédérale possède la compétence *ratione personae*, il faut que la loi lui confère le pouvoir de forcer la vente de cargaisons qui ne se sont jamais trouvées au Canada—La seule disposition pertinente est l'art. 69 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, qui autorise le créancier hypothécaire, en l'espèce EDC, à demander à la Cour d'ordonner la vente de biens hypothéqués ne se trouvant pas au Canada—Pour ce qui est de la règle 379 des *Règles des Cours fédérales*, cette disposition ne peut s'appliquer parce que les génératrices ne se sont jamais trouvées au Canada et rien ne permet de conclure qu'elles pourraient se détériorer—Appel rejeté.

SDV LOGISTIQUES (CANADA) INC. C. LA GÉNÉRATRICE DIESELGENSET 8M 25, MOTEUR N° 45085 À BORD DE LA BARGE « ANDREA » (T-2145-12, 2013 CF 671, juge Scott, motifs de l'ordonnance en date du 18 juin 2013, 14 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

## PENSIONS

Contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle le Centre des pensions de la fonction publique (le Centre des pensions) de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada a décidé de répartir une allocation aux survivants entre la demanderesse et la mise en cause en se fondant sur le nombre d'années pendant lesquelles chacune d'elles avait cohabité avec le contributeur décédé (M. Myers), conformément à la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36 (la LPFP)—Même s'ils s'étaient séparés bien des années plus tôt, la mise en cause et M. Myers sont restés légalement mariés jusqu'à la mort de ce dernier, en 2009—La demanderesse et M. Myers se sont mariés en 2002, croyant que le divorce entre M. Myers et la mise en cause avait été prononcé définitivement plus tôt la même année—La Cour supérieure du Québec a déclaré en 2010 que le mariage entre M. Myers et la demanderesse était nul—La demanderesse a déposé une requête par laquelle elle a demandé au tribunal de déclarer qu'elle avait droit aux effets putatifs du mariage conformément à l'art. 382 du *Code civil du Québec*—La Cour supérieure du Québec a conclu que la demanderesse avait droit aux effets putatifs du mariage, mais la Cour a également ordonné que les gains accordés au conjoint survivant aux termes du Régime des rentes du Québec soient versés exclusivement à la mise en cause—La Cour d'appel a réaffirmé que la demanderesse avait épousé M. Myers de bonne foi et qu'elle avait droit à la fois aux effets putatifs du mariage et à la liquidation des droits patrimoniaux—Tant la demanderesse que la mise en cause se sont adressées au Centre des pensions pour obtenir une allocation au survivant en application de la LPFP—Cette demande a donné lieu à la décision faisant l'objet du contrôle en l'espèce—Il s'agissait de savoir si le Centre des pensions a commis une erreur en répartissant l'allocation au survivant entre la demanderesse et la mise en cause; si les art. 3(1), 25(4), (4.1), (10) et (11) de la LPFP vont à l'encontre de l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44]—La décision du Centre des pensions de répartir l'allocation aux survivants était raisonnable—Le fait que la demanderesse a obtenu un jugement lui accordant les effets putatifs du mariage ne modifie pas le statut juridique de la mise en cause—Le Centre des pensions a correctement appliqué sa loi aux faits de l'affaire—Quant à l'argument relatif à la Charte, les dispositions attaquées ne sont pas discriminatoires—Bien que l'exclusion des époux putatifs du concept de conjoint survivant aux termes de la LPFP soulève une sérieuse question de validité au regard de l'art. 15(1) de la Charte, la demanderesse n'est pas directement touchée par la portée restrictive de cette loi—Par conséquent, la demanderesse n'a pas la qualité voulue pour engager une contestation fondée sur l'art. 15(1) de la Charte à l'égard des dispositions attaquées—Quoi qu'il en soit, la demanderesse n'aurait pas gain de cause dans cette contestation puisque les époux putatifs ne constituent pas un groupe historiquement défavorisé—Demande rejetée.

NASH C. CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) (T-1999-11, 2013 CF 683, juge Scott, motifs du jugement en date du 18 juin 2013, 23 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Impôt étranger sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise—Appel d'une décision de la C.C.I. (2012 CCI 3) qui a rejeté l'appel logé à l'égard d'un avis de cotisation délivré pour l'année d'imposition 2002—Il s'agissait de savoir si GL&V/Dorr-Oliver Canada Inc. (Dorr-Oliver), une société remplacée dont est issue l'appelante, avait le droit de déduire sa part de l'impôt sur le revenu des États-Unis payé par une société en commandite dont elle était membre en vertu de l'art. 20(12) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—La controverse porte sur l'exigence selon laquelle l'impôt américain dont on demande la déduction doit avoir été payé « au titre de ce revenu » (première condition), mais ne doit pas raisonnablement être considéré comme ayant été payé par une société « à l'égard de revenus tirés d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée » (deuxième condition)—La C.C.I. a conclu que le revenu calculé par Dorr-Oliver était un revenu tiré d'un bien, et que l'impôt américain que visait la déduction demandée était un impôt payé « au titre de ce revenu »—En conséquence, la première condition était remplie—Toutefois, la C.C.I. a ensuite conclu que l'impôt sur le revenu que visait la déduction demandée pouvait également être considéré comme ayant été payé « à l'égard du revenu tiré d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée », de sorte que la deuxième condition, qui est formulée de façon négative, n'avait pas été remplie—Dorr-Oliver est une filiale à cent pour cent du Groupe Laperrière Verrault (GL&V)—La question s'est posée dans le cadre de l'utilisation d'une structure transfrontalière par GL&V afin de financer l'acquisition d'entreprises américaines d'une façon efficiente sur le plan fiscal—Cette efficacité fiscale est atteinte en utilisant des « entités hybrides », c'est-à-dire des entités dont le traitement est différent suivant le droit fiscal américain et le droit fiscal canadien—La société en commandite était une telle entité—La structure comprenait également une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (la SRINE), dont les actions appartenaient à la société en commandite GL&V; une société à responsabilité limitée des États-Unis (la SRL), dont les actions appartenaient à la SRINE—La SRINE et la SRL étaient toutes deux des entités dont il était fait abstraction en vertu du droit fiscal américain, c'est-à-dire que leur existence était ignorée aux fins fiscales américaines, mais elles étaient traitées comme des entités existantes en vertu de la Loi—Bien que la C.C.I. ait tiré une conclusion erronée quant à la deuxième condition portant que l'impôt des États-Unis réduisait le montant que la SRL pouvait verser à la SRINE, elle a fait la même observation dans son appréciation de la première condition—Vu ces erreurs, si elles sont pertinentes, l'appelante remplit la deuxième condition, mais non la première—L'appelante fait valoir, comme fondement en fonction duquel il est possible de satisfaire aux deux conditions, que bien que le « profit économique » tiré des dividendes de la SRINE ait été réduit du fait de l'impôt des États-Unis, le « profit économique » tiré des dividendes de la SRL ne l'a pas été—La notion selon laquelle des dividendes peuvent être assimilés à un « profit » tiré d'une action est cependant étrangère à la Loi—Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'argument de l'appelante est fondé sur la prémisse selon laquelle les dividendes de la SRINE ont été utilisés pour payer l'impôt des États-Unis, le dossier ne permet pas d'établir que c'est ce qui s'est produit dans les faits—Que la C.C.I. ait correctement interprété les mots « *in respect of* » (« au titre de ce revenu ») ou qu'une interprétation plus restrictive ait été justifiée, l'appel ne peut être accueilli—Subsidièrement, l'appelante a soutenu que la C.C.I. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la deuxième condition n'avait pas été satisfaite parce que l'impôt des États-Unis avait été payé par la société en commandite GL&V et non par une société comme le prévoit la deuxième condition—En vertu de la Loi, toutefois, une société de personnes ne paie pas d'impôt—Même si le revenu est calculé, pour la société de personnes, comme s'il s'agissait d'une personne, le revenu qui en découle est attribué aux associés et l'impôt est payé par les associés selon leur part proportionnelle du revenu—Il est par conséquent possible de dire que l'impôt des États-Unis a été payé par une société et qu'il est donc « raisonnable de considérer » qu'il a été payé par une société comme le prévoit l'art. 20(12)—Appel rejeté.

FLSMIDTH LTD. C. CANADA (A-47-12, 2013 CAF 160, juge Noël, motifs du jugement en date du 18 juin 2013, 18 p.)

**PRATIQUE**

Appels interjetés par la défenderesse (la Couronne) de la décision (2012 CF 1247) par laquelle le protonotaire a refusé de radier certaines parties de la demande modifiée dans chacune des deux actions—Les demandes principales étaient fondées notamment sur des activités liées à des enquêtes menées entre 1993 et 1997 par l'Agence du revenu du Canada concernant des crédits d'impôts pour la recherche et le développement—La Couronne interjette appel à l'égard de deux prétentions non radiées; l'une concernait une atteinte intentionnelle aux rapports contractuels et l'autre, la négligence—Il s'agit de savoir si l'ordonnance du protonotaire devrait être annulée ou si une nouvelle ordonnance devrait être rendue—En faisant valoir l'atteinte intentionnelle aux rapports contractuels, les demandeurs ne visent pas à faire modifier ou à contester indirectement les cotisations établies pour des clients, actuels ou éventuels—Au présent stade, il n'y a pas lieu de radier la prétention des demandeurs—En ce qui a trait à

**PRATIQUE—Fin**

la négligence, le critère comporte deux volets : 1) Y a-t-il un rapport de proximité suffisant entre le présumé auteur de la négligence et les présumées victimes? 2) Si la réponse est affirmative, des considérations en matière de politique écartent-elles en l'espèce cette obligation?—Le protonotaire a commis une erreur en disant que, si la réponse à la première question était positive, il ne serait pas nécessaire de se pencher sur la deuxième—Le protonotaire aurait dû se pencher ensuite sur la deuxième question concernant la politique publique—Bien qu'aucune obligation légale ne puisse être invoquée en l'espèce, au stade où en sont maintenant les actions, on ne peut dire que la demande des demandeurs quant à la première question n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie—Bien que les allégations de négligence puissent sembler reposer sur des bases ténues, la jurisprudence est en évolution dans le domaine, et la question reste à trancher par une cour d'appel—Appels rejetés.

GORDON C. CANADA (T-473-06, T-474-06, 2013 CF 597, juge Hughes, motifs de l'ordonnance en date du 4 juin 2013, 23 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Mise en cause—Requête de la Couronne visant à faire suspendre l'action principale parce qu'elle entend réclamer une indemnisation aux ordres religieux qui assuraient le bon fonctionnement des pensionnats indiens en cause—En vertu de l'art. 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, la Cour doit ordonner la suspension de l'action principale « à l'égard de laquelle [la Couronne] entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n'a pas compétence »—La Couronne estime que la Cour fédérale n'a pas compétence pour instruire la demande d'indemnisation contre les ordres religieux—Les demandeurs ont intenté devant la Cour fédérale une action contre Sa Majesté du chef du Canada, pour les dommages qu'auraient subi des enfants forcés de fréquenter les pensionnats indiens de Kamloops et de Sechelt—L'action proposée se fonde sur de prétendues violations des droits ancestraux, des droits constitutionnels des Autochtones et des obligations de fiduciaire envers ceux-ci incombant à Sa Majesté—La Cour a compétence à l'égard d'une action de la Couronne contre les ordres religieux—Cette conclusion est fondée sur la compétence générale de la Cour, qui comprend sa compétence à l'endroit de la Couronne comme partie—Le fondement législatif se trouve à l'art. 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère à la Cour fédérale « compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne »—Deux sources de droit fédéral, au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] sont essentielles pour décider de la présente affaire, soit la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 et la relation *sui generis* qui existe entre les peuples autochtones et la Couronne—En ce qui concerne la compétence à l'égard des mis en cause envisagés, la question est de savoir s'il existe des règles de droit fédérales (lois, règlements ou common law) qui constituent le fondement de l'attribution de compétence à la Cour et qui soient essentielles à la solution du litige—La common law fédérale relative à la négligence contributive est une composante essentielle des mises en cause et touche à leur cœur même—De plus, en l'espèce, on a recouru aux services des ordres religieux au nom de la Couronne—Il est par conséquent satisfait au critère à trois volets résumé dans l'affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 : la *Loi sur les Indiens* est un ensemble de règles de droit fédérales, des lois du Canada, essentiel à la solution du litige, et l'art. 17(5a) de la *Loi sur les Cours fédérales* est le fondement de l'attribution légale de compétence—En outre, la mise en cause se fonde sur un délit de common law en lien avec une loi fédérale—Les ordres religieux agissaient au nom de la Couronne—Requête rejetée.

BANDE INDIENNE TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1542-12, 2013 CF 546, juge Harrington, motifs de l'ordonnance en date du 24 mai 2013, 19 p.)