



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2016, Vol. 4, Part 1

2016, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2016] 4 F.C.R., {³⁻¹⁵⁶_{D-1-D-3}

Renvoi [2016] 4 R.C.F., {³⁻¹⁵⁶_{F-1-F-4}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.
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
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2016.

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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

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

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

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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–156
Digests	D-1–D-3

Ameni v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 34

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by visa officer finding applicants ineligible for permanent residence as members of Convention refugee class or country of asylum class under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96, *Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 139, 147—Applicants, Afghans, filing claim in Pakistan—Providing evidence in support of residence therein—Main issue whether officer acted incorrectly or unreasonably by requiring applicants to prove “residence” or “continuous residence” in Pakistan as precondition for being accepted under Convention refugee or country of asylum class—Applicants’ claim unreasonably rejected because required to establish residence outside their country of nationality—Officers not following law in respect of either class of refugees—No requirement in Act, s. 96, Regulations, ss. 139 or 147 that claimant must “reside” outside country of nationality or habitual residence—Applicants only having to be outside country of nationality—No requirement to “substantiate continuous residency” or “establish residency”—Officers performing impermissible cause, effect analysis, applying incorrect legal test—Finding applicants misrepresenting country of residence as Pakistan also unreasonable—Application allowed.

Continued on next page

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

Les 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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–156
Fiches analytiques	F-1–F-4

Ameni c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 34

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision rendue par un agent des visas selon laquelle les demandeurs ne sont pas admissibles à la résidence permanente en tant que membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou membres de la catégorie de personnes de pays d’accueil en vertu de l’art. 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et des art. 139 et 147 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Les demandeurs, des Afghans, ont présenté leur demande au Pakistan—Ils ont fourni des éléments de preuve afin de prouver qu’ils demeuraient au Pakistan—Il s’agissait principalement de savoir si l’agent a agi de manière incorrecte ou déraisonnable en demandant aux demandeurs de prouver leur « résidence » ou leur « résidence continue » au Pakistan pour être admis dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou la catégorie de personnes de pays d’accueil—La demande des demandeurs a été rejetée de manière déraisonnable parce que l’agent a exigé qu’ils démontrent qu’ils habitaient à l’extérieur de leur pays de nationalité—Les agents n’ont pas respecté les dispositions de la Loi applicables aux deux catégories de réfugiés—Ni l’art. 96 de la Loi ni l’art. 147 ou 139 du Règlement ne prévoient qu’un demandeur doit « habiter » à l’extérieur du pays dont il a la nationalité ou dans lequel il a sa résidence habituelle—Les demandeurs devaient seulement « se trouver hors » de tout pays dont ils ont la nationalité—Ils n’étaient pas tenus d’« étayer leur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Attorney General) v. Almkali (F.C.) 66

Security Intelligence—Disclosure of information—Human sources—Application for order with respect to disclosure of information subject of discovery proceedings in actions brought by respondents in Superior Court of Justice of Ontario—*An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (Bill C-44) amending *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act), s. 18(1), enacting s. 18.1—Proceeding herein regarding application of those provisions to proceedings initiated prior to enactment of that legislation—Information at issue herein withheld from respondents in discovery process pursuant to *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38.02(1)(a)—Applicant seeking to confirm prohibition of disclosure—Respondents requesting order authorizing disclosure of information relevant to civil actions, including identities of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) employees, human source information—Whether Act, s. 18(1) prohibiting disclosure of CSIS employees' identities under CEA, s. 38; whether statutory human source privilege established through enactment of Act, s. 18.1 applying to information at issue herein—Parties differing over weight enactment of s. 18(1) should be given under *Ribic v. Canada (Attorney General)* test—Scope of offence in s. 18(1) limited by exception set out in s. 18(2), disclosures authorized under Act, s. 19—Information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed as required by law, including disclosure mandated by designated judge discharging duties under CEA, s. 38—S. 18.1 silent as to temporal application—Applicant failing to demonstrate legislation could not function effectively on going-forward basis—Nothing suggesting Parliament considered application of provision to matters still underway before courts as legislation was being considered—Applying s. 18.1 to information obtained by CSIS years earlier giving legislation retrospective effect—Question whether legislation affecting substantive or vested rights—New legislation establishing class privilege creating substantive rights for human sources—Limiting ability of respondents to prove their claims—S. 18.1 should not be applied to information at issue herein, information should continue to be subject to *Ribic* test—Alternatively, as to whether respondents having vested right to human source identifying information, argument right to information not vested until disclosed rejected—Right to discovery part of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

preuve de résidence continue » ou d'« établir leur résidence » —Les agents ont effectué une analyse inadmissible des causes et des effets et ont appliqué le mauvais critère juridique—La conclusion selon laquelle les demandeurs avaient faussement déclaré que leur pays de résidence était le Pakistan est également déraisonnable—Demande accueillie.

Canada (Procureur général) c. Almkali (C.F.) 66

Renseignement de sécurité—Divulgence de renseignements —Sources humaines—Demande sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario—*La Loi modifiant la Loi sur le Service du renseignement de sécurité et d'autres lois* (projet de loi C-44) a modifié l'art. 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi) et a créé l'art. 18.1—La présente procédure concernait l'application de ces dispositions à une procédure engagée avant l'adoption de la loi—La divulgation des informations visées par la présente demande a été refusée aux défendeurs lors de l'enquête préalable conformément à l'art. 38.02(1)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC)—Le demandeur a demandé de confirmer l'interdiction de divulgation—Les défendeurs ont sollicité une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles, y compris l'identité d'employés du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ainsi que les informations provenant de sources humaines—Il s'agissait de savoir si l'art. 18(1) de la Loi interdit la divulgation de l'identité des employés du SCRS fondée sur l'art. 38 de la LPC et si le privilège relatif aux sources humaines créé par l'art. 18.1 de la Loi s'applique aux informations en cause en l'espèce—Les parties ne se sont pas entendues sur le poids qu'il faudrait accorder à l'art. 18(1) selon les critères de la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*—La portée de l'infraction prévue à l'art. 18(1) est limitée par l'exception énoncée à l'art. 18(2) et les autorisations de communication prévues à l'art. 19 de la Loi—Les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées en conformité avec les exigences de la loi, y compris les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'art. 38 de la LPC—L'art. 18.1 est muet quant à son application dans le temps—Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective—Rien ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen—L'application de l'article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le SCRS de nombreuses

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

trial process from outset—Question to be determined in s. 38 review whether information in discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds—At time s. 18.1 brought into force, respondents having vested right to established disclosure regime for duration of CEA, s. 38 proceedings—Balancing of competing public interests of full disclosure, national security achieved through *Ribic* test without ousting vested rights of respondents—Application of s. 18.1 in these proceedings retrospective, thus invalid.

Moya v. Canada (Citizenship and Immigration) **(F.C.) 113**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) dismissing applicant’s appeal of decision by Refugee Protection Division (RPD) that applicant neither Convention refugee nor person in need of protection—Applicant filing initial refugee claim but failing to pursue application for permanent residence—Filing second claim based on allegations of abuse, violence—RAD disagreeing with RPD’s finding that applicant not Convention refugee in past; considering compelling reasons exception pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 108(4)—RAD finding, *inter alia*, *Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* not obviating need to assess level of past persecution; applicant’s persecution not rising to atrocious, appalling level, not meeting high threshold for compelling reasons—Whether RAD erring by applying wrong test for compelling reasons, in not finding that compelling reasons existed—RAD not erring in interpreting compelling reasons exception—Not fettering discretion—Not regarding level of past persecution as condition precedent to undertaking

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

années plus tôt équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi—Il s’agissait de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis—La nouvelle loi codifie un nouveau privilège générique qui crée un droit substantiel pour les sources humaines—La Loi limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations—L’art. 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l’espèce et les informations devraient continuer d’être assujetties au critère énoncé dans la décision *Ribic*—Subsidiairement, quant à la question de savoir si les défendeurs ont un droit acquis à la divulgation de renseignements permettant l’identification de sources humaines, l’argument voulant que le droit d’obtenir des informations ne soit acquis qu’au moment même où celles-ci sont divulguées a été rejeté—Le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début—La question à trancher dans un examen fondé sur l’art. 38 était de savoir si, à l’étape de l’enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l’intérêt public—Au moment où l’art. 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l’art. 38 de la LPC—La mise en balance du facteur de l’intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l’espèce en fonction du critère de la décision *Ribic* sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs—Ainsi, l’application rétrospective de l’art. 18.1 a été jugée invalide.

Moya c. Canada (Citoyenneté et Immigration) **(C.F.) 113**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la décision de la Section d’appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié qui a rejeté l’appel interjeté par la demanderesse contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n’était pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger—La demanderesse a déposé une première demande d’asile, mais elle n’a pas donné suite à sa demande de résidence permanente—Elle a déposé une seconde demande d’asile fondée sur des allégations d’abus et de violence—La SAR n’a pas partagé la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n’avait pas la qualité de réfugiée au sens de la Convention par le passé; elle a examiné l’applicabilité des raisons impérieuses conformément à l’art. 108(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La SAR a conclu entre autres que la décision *Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* n’élimine pas la nécessité d’évaluer le degré de persécution par le passé; la persécution subie par la demanderesse par le passé n’avait pas atteint le degré qualifié

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

compelling reasons analysis—*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj* stating compelling reasons exception directed at special, limited category; those suffering appalling persecution within that category should be given refugee protection—Compelling reasons exception only applying to tiny minority of complainants—*Alfaka Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration)* acknowledging interpretation in *Suleiman*, noting requirements of s. 108(4) met when past persecution not appalling, atrocious but highlighting exceptional nature of such situations relative to other cases—Consistent with underlying principle that exception applying to tiny minority of complainants—Interpretation reconciling *Obstoj*, *Suleiman* case law—*Suleiman* not rejecting principle that compelling reasons exception intended for tiny minority of refugee claimants—RAD taking into account that applicant having to establish compelling reasons arising out of previous persecution justifying refusal to avail herself of state protection—Not limiting its consideration of compelling reasons to narrower category of appalling, atrocious persecution—RAD also considering whether applicant's past persecution meeting high threshold for compelling reasons—Not committing error in imposing high threshold—RAD reasonably concluded applicant not establishing compelling reasons—Not erring if atrocious, appalling threshold imposed—Cannot be faulted for relying on case law reflecting that appalling, atrocious past persecution constituting high threshold required to establish compelling reasons—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'épouvantable et d'atroce et elle ne satisfaisait pas à la norme élevée requise pour appliquer l'exception relative aux raisons impérieuses—Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour les raisons impérieuses et si elle a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de raisons impérieuses—La SAR n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des raisons impérieuses—La SAR n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire—La SAR n'a pas considéré le degré de persécution subie par le passé comme une condition préalable à l'analyse des raisons impérieuses—La décision *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj* énonce que l'exception relative aux raisons impérieuses vise une catégorie particulière et limitée; les personnes qui ont été victimes de persécution épouvantable appartiendraient à cette catégorie et devraient se voir accorder l'asile—L'exception relative aux raisons impérieuses s'applique uniquement à une infime minorité de plaignants actuels—La décision *Alfaka Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* a reconnu l'interprétation faite dans la décision *Suleiman*, notant que les exigences de l'art. 108(4) peuvent être satisfaites lorsqu'il n'est pas prouvé que la persécution passée était épouvantable ou atroce, mais a souligné que ces situations doivent être de nature exceptionnelle par rapport à d'autres cas—Cela est cohérent avec le principe sous-jacent voulant que l'exception s'applique à une petite minorité de demandeurs d'asile—Cette interprétation vise aussi à concilier les décisions *Obstoj* et *Suleiman*—La décision *Suleiman* n'a pas rejeté le principe selon lequel l'exception relative aux raisons impérieuses vise une petite minorité de demandeurs d'asile—L'analyse effectuée par la SAR a tenu compte du fait que la demanderesse doit établir les raisons impérieuses tenant à sa persécution passée qui justifient son refus de se prévaloir de la protection de l'État—La SAR n'a pas restreint l'examen des raisons impérieuses à la catégorie plus étroite des persécutions épouvantables et atroces—La SAR a également examiné si la persécution passée décrite par la demanderesse avait atteint le seuil élevé préalable à la dispense pour des raisons impérieuses—Le fait d'imposer un seuil élevé ne constitue pas une erreur de la part de la SAR—La SAR a raisonnablement conclu que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence de raisons impérieuses—Si la SAR avait imposé le critère de la persécution atroce et épouvantable, elle n'aurait pas commis une erreur de droit—On ne peut pas reprocher à la SAR de s'être fondée sur la jurisprudence qui reflète le fait que le niveau d'atrocité de la persécution passée constitue le seuil élevé requis pour prouver l'existence des raisons impérieuses—Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 55

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for judicial review of Governor in Council’s decision revoking appellant’s citizenship for third time—Appellant’s citizenship previously revoked on ground obtained on basis of making false representation, acting in fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances—Federal Court finding in particular that, regarding complicity, pre-conditions for issue estoppel met; that issue previously decided by Federal Court of Appeal with decision being final; that appellant not establishing grounds allowing Federal Court to exercise discretion to return complicity issue for reconsideration—Whether Federal Court erring in principle by concluding that appellant not establishing grounds sufficient to allow it to exercise discretion to remit issue of complicity for redetermination—Regarding Federal Court’s analysis on exercise of discretion, consideration of impact of maintaining previous finding of complicity in circumstances where finding directly related to current determination of duress missing from analysis—Governor in Council considering requirement of proportionality in decision under review—In circumstances herein, application of issue estoppel working injustice to appellant such that Federal Court erring in principle in applying doctrine—Appellant entitled to determination of extent to which making significant, knowing contribution to crime or criminal purpose of Einsatzkommando 10a during World War II—Only then could reasonable determination be made as to whether whatever harm appellant facing more serious than harm inflicted on others through appellant’s complicity—Appeal allowed.

Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp. (F.C.A.) 3

Trade-marks—Expungement—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s motion seeking to overturn Prothonotary’s order denying appellant’s motion for leave to intervene in proceedings commenced by respondent Bauer Hockey Corp. (respondent)—Parties, competitors in hockey

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Oberlander c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 55

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelant visant la décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté pour une troisième fois—La citoyenneté de l’appelant avait précédemment été révoquée pour le motif qu’il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels—La Cour fédérale a conclu qu’en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée étaient remplis; que la question avait déjà été tranchée précédemment par la Cour d’appel fédérale, la décision de celle-ci étant définitive; et que l’appelant n’avait pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu’elle fasse l’objet d’un nouvel examen—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de principe en concluant que l’appelant n’avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu’elle fasse l’objet d’un nouvel examen—Il manquait à l’analyse du pouvoir discrétionnaire par la Cour fédérale l’examen de l’incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte—Dans la décision faisant l’objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l’exigence de la proportionnalité—Dans les circonstances de l’espèce, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée a causé une injustice à l’appelant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine—L’appelant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l’unité Einsatzkommando 10a durant la Seconde Guerre mondiale—Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité—Appel accueilli.

Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp. (C.A.F.) 3

Marques de commerce—Radiation—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête de l’appelante qui visait à faire annuler l’ordonnance rendue par le protonotaire, qui a rejeté la requête présentée par l’appelante afin d’obtenir l’autorisation d’intervenir dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

equipment industry—Respondent current owner of trademark SKATE'S EYESTAY Design registered under number TMA 361722 ('722 registration)—Pursuant to request by respondent Easton Sports Canada Inc. (Easton), Registrar issuing respondent notice under *Trade-marks Act*, s. 45—Eventually expunging respondent's '722 registration on ground mark not used as registered during relevant time frame—Respondent bringing action for infringement of trademark against Easton, appellant—Respondent then filing notice of application appealing Registrar's decision expunging '722 registration—Appellant later filing motion seeking leave to intervene in respondent's application; also making counterclaim in respondent's action for infringement there against—Respondent arguing that appellant barred from attacking trade-mark given previous existing agreement between appellant, respondent's predecessors—Prothonotary dismissing appellant's motion, determining that appellant should not be allowed to intervene in Act, s. 45 proceedings—Federal Court finding that although Prothonotary wrong in considering settlement agreement between respondent, Easton, Prothonotary not wrongly exercising discretion upon wrong principle or misapprehension of facts—Issues: what constituting applicable criteria to decide whether to grant intervenor status to appellant; whether Federal Court wrong in not interfering with Prothonotary's decision—*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)* governing case law on question of motions for leave to intervene—Ultimate question to be decided is whether interests of justice requiring that intervention be granted or refused—Appellant's motion for leave to intervene in effect motion seeking to allow appellant to become respondent in lieu of Easton in respondent's application—Prothonotary should have considered public interest component in Act, s. 45 proceedings, which contemplate participation of persons with no interest in existence of given trade-mark—However, public nature of s. 45 proceedings having to be balanced against other relevant considerations—In present case, public nature of Act, s. 45 proceedings not tipping scale in appellant's favour—Prothonotary not erring in refusing to allow appellant to intervene—Other considerations examined herein such as contractual agreement, infringement litigation between respondent, appellant—Agreement, litigation clearly outweighing other considerations in file; sufficient to dispose of appeal—When all relevant considerations taken in, interests of justice better served by disallowing appellant to intervene—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'instance introduite par l'intimée Bauer Hockey Corp. (intimée)—Les parties sont des concurrentes dans l'industrie de l'équipement de hockey—L'intimée est à l'heure actuelle la titulaire de la marque de commerce SKATE'S EYESTAY Design, enregistrée sous le n° LMC 361722 (la marque '722)—Conformément à une demande faite par Easton Sports Canada Inc. (Easton), le registraire des marques de commerce (le registraire) a donné un avis en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce* à l'intimée—Le registraire a finalement ordonné que la marque '722 soit radiée du registre, car il avait conclu que la marque n'avait pas été employée, comme enregistrée, durant la période visée—L'intimée a intenté une action en contrefaçon de marque de commerce contre Easton et l'appelante—L'intimée a ensuite déposé un avis de demande pour interjeter appel de la décision du registraire de radier la marque '722—L'appelante a déposé plus tard une requête afin de demander l'autorisation d'intervenir dans la demande de l'intimée; elle a également déposé une demande reconventionnelle dans l'action en contrefaçon de l'intimée formulée contre elle—L'intimée a soutenu que l'appelante ne pouvait pas contester sa marque de commerce en raison d'une entente conclue antérieurement entre l'appelante et les prédécesseurs de l'intimée—Le protonotaire a rejeté la requête de l'appelante, car il était d'avis que l'appelante ne devrait pas se voir accorder le statut d'intervenante dans l'instance fondée sur l'art. 45—La Cour fédérale a conclu que même si le protonotaire avait eu tort de tenir compte du règlement intervenu entre l'intimée et Easton, le protonotaire n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits—Il s'agissait de savoir quels étaient les critères applicables pour décider s'il y avait lieu d'accorder le statut d'intervenante à l'appelante et si la Cour fédérale a eu tort de ne pas modifier la décision du protonotaire—L'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)* est la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention—L'ultime question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si, dans une affaire donnée, l'intérêt de la justice oblige à accueillir ou à rejeter la requête en intervention—La requête en intervention est plutôt une requête visant à permettre à l'appelante d'agir comme défenderesse à la place d'Easton dans la demande de l'intimée—Le protonotaire aurait dû tenir compte du fait que les instances fondées sur l'art. 45 comportent un aspect d'intérêt public, lesquelles envisagent la participation de personnes n'ayant aucun intérêt dans l'existence d'une marque de commerce donnée—Cependant, la nature publique des instances fondées sur l'art. 45 devait être mise en équilibre avec d'autres facteurs pertinents—En l'espèce, la nature publique des instances fondées sur l'art. 45 n'a pas fait pencher la balance du côté de l'appelante—Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice—Parties—Intervention—In appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s motion seeking to overturn Prothonotary’s order denying appellant’s motion for leave to intervene in proceedings commenced by respondent Bauer Hockey Corp. (respondent), issue of governing case law on question of motions for leave to intervene discussed—*Pictou Landing First Nation v. Canada (Attorney General)* referred to by Prothonotary but *Pictou* decision made by single judge of Federal Court of Appeal—*Pictou* not having precedence over decisions of panel of Federal Court of Appeal—Thus, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)* governing case law on intervention issue—*Rothmans* setting out factors for determining whether to grant party leave to intervene—Question to be determined whether interests of justice requiring that intervention be granted—Factors in *Rothmans* well tailored for task at hand in present case.

SOMMAIRE (Fin)

protonotaire n’a pas commis d’erreur en refusant d’accorder le statut d’intervenante à l’appelante—D’autres facteurs ont été examinés en l’espèce, dont l’entente contractuelle et le litige en matière de contrefaçon entre l’appelante et l’intimée—L’entente et l’existence du litige l’emportaient clairement sur tous les autres facteurs dans la présente affaire; cela était suffisant pour rendre une décision dans le présent appel—Une fois que tous les facteurs pertinents eurent été pris en considération, il a été conclu que l’intérêt de la justice serait mieux servi en n’autorisant pas l’intervention demandée par l’appelante—Appel rejeté.

Pratique—Parties—Intervention—Dans le cadre d’un appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête de l’appelante qui visait à faire annuler l’ordonnance rendue par le protonotaire rejetant la requête présentée par l’appelante afin d’obtenir l’autorisation d’intervenir dans l’instance introduite par l’intimée Bauer Hockey Corp. (intimée), la question de la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention a été discutée—Le protonotaire a mentionné l’arrêt *Première Nation Pictou Landing c. Canada (Procureur général)*, mais cette décision était celle d’un juge de la Cour d’appel fédérale siégeant seul—L’arrêt *Pictou Landing* ne l’emporte pas sur les décisions d’une formation de la Cour d’appel fédérale—Par conséquent, l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)* est la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention—L’arrêt *Rothmans* a établi les facteurs visant à déterminer s’il y a lieu d’accorder à une partie le statut d’intervenante—La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si l’intérêt de la justice oblige à accueillir la requête en intervention—Les facteurs énoncés dans l’arrêt *Rothmans* étaient bien adaptés à la tâche en l’espèce.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Citizenship and Immigration) v. Gutierrez, 2015 FC 1198, [2016] 2 F.C.R. 394, has been affirmed on appeal (A-503-15, 2016 FCA 211). The reasons for judgment, handed down August 29, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Igloo Vikski Inc. v. Canada (Border Services Agency), A-65-13, 2014 FCA 266, has been affirmed on appeal (2016 SCC 38). The reasons for judgment, handed down September 29, 2016, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

1455257 Ontario Inc. v. Canada, A-319-15, 2016 FCA 100, Dawson J.A., judgment dated March 30, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 8, 2016.

Beaulieu v. Canada (Attorney General), A-57-15, 2016 FCA 59, Boivin J.A., judgment dated February 23, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 25, 2016.

Bouloud v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-116-15, 2016 FCA 41, Noël C.J., judgment dated February 8, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 25, 2016.

Cheung v. Canada (Transportation Agency), 15-A-54, Nadon, Trudel and Stratas J.J.A., order dated December 21, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 18, 2016.

Exeter v. Canada (Attorney General), A-549-14, 2015 FCA 238, Stratas J.A., order dated November 2, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused September 8, 2016.

Gong v. Canada (Citizenship and Immigration), Near J.A., direction dated April 7, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2016.

Henri v. Canada (Attorney General), A-574-14, 2016 FCA 38, Trudel J.A., judgment dated February 8, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 15, 2016.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Gutierrez*, 2015 CF 1198, [2016] 2 R.C.F. 394, a été confirmée en appel (A-503-15, 2016 CAF 211). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 août 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Igloo Vikski Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, A-65-13, 2014 CAF 266, a été confirmé en appel (2016 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 septembre 2016, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

1455257 Ontario Inc. c. Canada, A-319-15, 2016 CAF 100, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 30 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 septembre 2016.

Beaulieu c. Canada (Procureur général), A-57-15, 2016 CAF 59, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 23 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2016.

Bouloud c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-116-15, 2016 CAF 41, le juge en chef Noël, jugement en date du 8 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2016.

Cheung c. Canada (Agence des transports), 15-A-54, les juges Nadon, Trudel et Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 21 décembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 août 2016.

Exeter c. Canada (Procureur général), A-549-14, 2015 CAF 238, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 2 novembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 septembre 2016.

Gong c. Canada (Citoyenneté et Immigration), le juge Near, J.C.A., directive en date du 7 avril 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2016.

Henri c. Canada (Procureur général), A-574-14, 2016 CAF 38, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 8 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 septembre 2016.

Jayaraj v. Canada, A-114-15, Nadon, Trudel and Ryer JJ.A., order dated January 19, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 15, 2016.

Jean v. Canadian Broadcasting Corporation, A-262-15, 2016 FCA 81, Scott J.A., judgment dated March 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2016.

Karam v. Canada (Attorney General), A-271-15, 2016 FCA 86, Pelletier J.A., judgment dated March 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 8, 2016.

Kwong v. Canada (Citizenship and Immigration), de Montigny J.A., directions dated February 25 and March 21, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2016.

Mittal v. Canada (Health), A-255-15, 2016 FCA 70, Dawson J.A., judgment dated March 2, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 25, 2016.

Torre v. Canada (Citizenship and Immigration), A-242-15, 2016 FCA 48, de Montigny J.A., judgment dated February 9, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 25, 2016.

Jayaraj c. Canada, A-114-15, les juges Nadon, Trudel et Ryer, J.C.A., ordonnance en date du 19 janvier 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 septembre 2016.

Jean c. Société Radio-Canada, A-262-15, 2016 CAF 81, le juge Scott, J.C.A., jugement en date du 15 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2016.

Karam c. Canada (Procureur général), A-271-15, 2016 CAF 86, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 15 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 septembre 2016.

Kwong c. Canada (Citoyenneté et Immigration), le juge de Montigny, J.C.A., directives en date du 25 février et du 21 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2016.

Mittal c. Canada (Santé), A-255-15, 2016 CAF 70, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 2 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2016.

Torre c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-242-15, 2016 CAF 48, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 9 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2016.

**Federal Courts
Reports**

2016, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2016, Vol. 4, 1^{er} fascicule

A-402-14
2016 FCA 44

A-402-14
2016 CAF 44

Sport Maska Inc. dba Reebok-CCM Hockey
(Appellant)

Sport Maska Inc. s/n Reebok-CCM Hockey
(appelante)

v.

c.

Bauer Hockey Corp. (Respondent)

Bauer Hockey Corp. (intimée)

and

et

Easton Sports Canada Inc. (Respondent)

Easton Sports Canada Inc. (intimée)

INDEXED AS: SPORT MASKA INC. v. BAUER HOCKEY CORP.

RÉPERTORIÉ : SPORT MASKA INC. c. BAUER HOCKEY CORP.

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Gauthier JJ.A.—Montréal, September 15, 2015; Ottawa, February 9, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Gauthier, J.C.A.—Montréal, 15 septembre 2015; Ottawa, 9 février 2016.

Trade-marks — Expungement — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's motion seeking to overturn Prothonotary's order denying appellant's motion for leave to intervene in proceedings commenced by respondent Bauer Hockey Corp. (respondent) — Parties, competitors in hockey equipment industry — Respondent current owner of trade-mark SKATE'S EYESTAY Design registered under number TMA 361722 ('722 registration) — Pursuant to request by respondent Easton Sports Canada Inc. (Easton), Registrar issuing respondent notice under Trade-marks Act, s. 45 — Eventually expunging respondent's '722 registration on ground mark not used as registered during relevant time frame — Respondent bringing action for infringement of trade-mark against Easton, appellant — Respondent then filing notice of application appealing Registrar's decision expunging '722 registration — Appellant later filing motion seeking leave to intervene in respondent's application; also making counterclaim in respondent's action for infringement there against — Respondent arguing that appellant barred from attacking trade-mark given previous existing agreement between appellant, respondent's predecessors — Prothonotary dismissing appellant's motion, determining that appellant should not be allowed to intervene in Act, s. 45 proceedings — Federal Court finding that although Prothonotary wrong in considering settlement agreement between respondent, Easton, Prothonotary not wrongly exercising discretion upon wrong principle or misapprehension of facts — Issues: what constituting applicable criteria to decide whether to grant intervenor status to appellant; whether Federal Court wrong in not interfering with Prothonotary's decision — Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) governing case law

Marques de commerce — Radiation — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête de l'appelante qui visait à faire annuler l'ordonnance rendue par le protonotaire, qui a rejeté la requête présentée par l'appelante afin d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par l'intimée Bauer Hockey Corp. (intimée) — Les parties sont des concurrentes dans l'industrie de l'équipement de hockey — L'intimée est à l'heure actuelle la titulaire de la marque de commerce SKATE'S EYESTAY Design, enregistrée sous le n° LMC 361722 (la marque '722) — Conformément à une demande faite par Easton Sports Canada Inc. (Easton), le registraire des marques de commerce (le registraire) a donné un avis en vertu de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce à l'intimée — Le registraire a finalement ordonné que la marque '722 soit radiée du registre, car il avait conclu que la marque n'avait pas été employée, comme enregistrée, durant la période visée — L'intimée a intenté une action en contrefaçon de marque de commerce contre Easton et l'appelante — L'intimée a ensuite déposé un avis de demande pour interjeter appel de la décision du registraire de radier la marque '722 — L'appelante a déposé plus tard une requête afin de demander l'autorisation d'intervenir dans la demande de l'intimée; elle a également déposé une demande reconventionnelle dans l'action en contrefaçon de l'intimée formulée contre elle — L'intimée a soutenu que l'appelante ne pouvait pas contester sa marque de commerce en raison d'une entente conclue antérieurement entre l'appelante et les prédécesseurs de l'intimée — Le protonotaire a rejeté la requête de l'appelante, car il était d'avis que l'appelante ne devrait pas se voir accorder le statut d'intervenante dans l'instance fondée sur l'art. 45 — La Cour

on question of motions for leave to intervene — Ultimate question to be decided is whether interests of justice requiring that intervention be granted or refused — Appellant’s motion for leave to intervene in effect motion seeking to allow appellant to become respondent in lieu of Easton in respondent’s application — Prothonotary should have considered public interest component in Act, s. 45 proceedings, which contemplate participation of persons with no interest in existence of given trade-mark — However, public nature of s. 45 proceedings having to be balanced against other relevant considerations — In present case, public nature of Act, s. 45 proceedings not tipping scale in appellant’s favour — Prothonotary not erring in refusing to allow appellant to intervene — Other considerations examined herein such as contractual agreement, infringement litigation between respondent, appellant — Agreement, litigation clearly outweighing other considerations in file; sufficient to dispose of appeal — When all relevant considerations taken in, interests of justice better served by disallowing appellant to intervene — Appeal dismissed.

Practice — Parties — Intervention — In appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s motion seeking to overturn Prothonotary’s order denying appellant’s motion for leave to intervene in proceedings commenced by respondent Bauer Hockey Corp. (respondent), issue of governing case law on question of motions for leave to intervene discussed — Pictou Landing First Nation v. Canada (Attorney General) referred to by Prothonotary but Pictou decision made by single judge of Federal Court of Appeal — Pictou not having precedence over decisions of panel of Federal Court of Appeal — Thus, Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) governing case law on intervention issue — Rothmans setting out factors for determining whether to grant party leave to intervene — Question to be determined whether interests of justice requiring that intervention be granted — Factors in Rothmans well tailored for task at hand in present case.

fédérale a conclu que même si le protonotaire avait eu tort de tenir compte du règlement intervenu entre l’intimée et Easton, le protonotaire n’avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits — Il s’agissait de savoir quels étaient les critères applicables pour décider s’il y avait lieu d’accorder le statut d’intervenante à l’appelante et si la Cour fédérale a eu tort de ne pas modifier la décision du protonotaire — L’arrêt Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) est la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention — L’ultime question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si, dans une affaire donnée, l’intérêt de la justice oblige à accueillir ou à rejeter la requête en intervention — La requête en intervention est plutôt une requête visant à permettre à l’appelante d’agir comme défenderesse à la place d’Easton dans la demande de l’intimée — Le protonotaire aurait dû tenir compte du fait que les instances fondées sur l’art. 45 comportent un aspect d’intérêt public, lesquelles envisagent la participation de personnes n’ayant aucun intérêt dans l’existence d’une marque de commerce donnée — Cependant, la nature publique des instances fondées sur l’art. 45 devait être mise en équilibre avec d’autres facteurs pertinents — En l’espèce, la nature publique des instances fondées sur l’art. 45 n’a pas fait pencher la balance du côté de l’appelante — Le protonotaire n’a pas commis d’erreur en refusant d’accorder le statut d’intervenante à l’appelante — D’autres facteurs ont été examinés en l’espèce, dont l’entente contractuelle et le litige en matière de contrefaçon entre l’appelante et l’intimée — L’entente et l’existence du litige l’emportaient clairement sur tous les autres facteurs dans la présente affaire; cela était suffisant pour rendre une décision dans le présent appel — Une fois que tous les facteurs pertinents eurent été pris en considération, il a été conclu que l’intérêt de la justice serait mieux servi en n’autorisant pas l’intervention demandée par l’appelante — Appel rejeté.

Pratique — Parties — Intervention — Dans le cadre d’un appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête de l’appelante qui visait à faire annuler l’ordonnance rendue par le protonotaire rejetant la requête présentée par l’appelante afin d’obtenir l’autorisation d’intervenir dans l’instance introduite par l’intimée Bauer Hockey Corp. (intimée), la question de la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention a été discutée — Le protonotaire a mentionné l’arrêt Première Nation Pictou Landing c. Canada (Procureur général), mais cette décision était celle d’un juge de la Cour d’appel fédérale siégeant seul — L’arrêt Pictou Landing ne l’emporte pas sur les décisions d’une formation de la Cour d’appel fédérale — Par conséquent, l’arrêt Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) est la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention — L’arrêt Rothmans a établi les facteurs visant à déterminer s’il y a lieu d’accorder

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's motion seeking to overturn Prothonotary's order denying the appellant's motion for leave to intervene in proceedings commenced by the respondent Bauer Hockey Corp. (respondent). The parties are competitors in the hockey equipment industry. The respondent is the current owner of the trade-mark referred to as the SKATE'S EYESTAY Design registered under number TMA 361722 (the '722 registration or the trade-mark). Several years ago, pursuant to the request of respondent Easton Sports Canada Inc. (Easton), the Registrar of Trade-marks (the Registrar) issued a notice under section 45 of the *Trade-marks Act* (Act) requiring the respondent to furnish evidence of use of the SKATE'S EYESTAY Design during the three-year period preceding the date of the notice. The respondent then brought an action in Federal Court against Easton, in particular, for infringement of the '722 registration and it subsequently launched a similar action against the appellant. The Registrar ordered that the '722 registration be expunged from the register because of her finding that the mark had not been used, as registered, in the relevant time frame. Subsequently, the respondent filed a notice of application, pursuant to section 56 of the Act, appealing the Registrar's decision in which Easton was named as a respondent. The respondent and Easton eventually reached an agreement pursuant to which the respondent agreed to discontinue its infringement action against Easton and Easton agreed to abandon its contestation of the respondent's application of the Registrar's decision. Later, the appellant filed a motion in the Federal Court seeking leave to intervene in the respondent's application and made a counterclaim in the respondent's proceeding against it. The respondent argued that the appellant was barred from attacking its trade-mark because of an agreement concluded several years ago between the appellant and the respondent's predecessors in title whereby the appellant withdrew its opposition to another trade-mark application by a former predecessor in title of the respondent, which led to the '722 registration.

In his decision dismissing the motion, the Prothonotary noted that the effect of granting leave to the appellant would be to substitute the appellant as a respondent for the absent Easton and that this was not how rule 109 of the *Federal Courts Rules* (the Rules) was intended to be used. He also stated that the respondent's agreement with Easton should be respected. As well, he referred to the factors relevant in

à une partie le statut d'intervenante — La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si l'intérêt de la justice oblige à accueillir la requête en intervention — Les facteurs énoncés dans l'arrêt Rothmans étaient bien adaptés à la tâche en l'espèce.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête de l'appelante qui visait à faire annuler l'ordonnance rendue par le protonotaire, qui a rejeté la requête présentée par l'appelante afin d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par l'intimée Bauer Hockey Corp. (intimée). Les parties sont des concurrentes dans l'industrie de l'équipement de hockey. L'intimée est à l'heure actuelle la titulaire de la marque de commerce SKATE'S EYESTAY Design, enregistrée sous le n° LMC 361722 (la marque '722 ou la marque de commerce). Il y a plusieurs années, conformément à une demande faite par Easton Sports Canada Inc. (Easton), le registraire des marques de commerce (le registraire) a donné un avis en vertu de l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce* (la Loi), enjoignant à l'intimée de fournir une preuve d'emploi de la marque SKATE'S EYESTAY Design durant la période de trois ans précédant l'avis. L'intimée a alors introduit une instance devant la Cour fédérale contre Easton, alléguant notamment la contrefaçon de la marque '722 et a ensuite introduit une instance similaire contre l'appelante. Le registraire a ordonné que la marque '722 soit radiée du registre, car il avait conclu que la marque n'avait pas été employée, comme enregistrée, durant la période visée. Par la suite, l'intimée a déposé un avis de demande conformément à l'article 56 de la Loi à l'égard de la décision du registraire dans lequel Easton a été nommée comme défenderesse. L'intimée et Easton sont parvenues à un règlement selon lequel l'intimée a accepté de renoncer à son action en contrefaçon contre Easton et cette dernière a accepté d'abandonner sa contestation de la demande de l'intimée visant la décision du registraire. Plus tard, l'appelante a déposé une requête devant la Cour fédérale afin de demander l'autorisation d'intervenir dans la demande de l'intimée et a déposé une demande reconventionnelle dans le cadre de l'action contre elle. L'intimée a soutenu que l'appelante ne pouvait pas contester sa marque de commerce en raison d'une entente conclue plusieurs années auparavant entre l'appelante et les prédécesseurs en titre de l'intimée en vertu de laquelle l'appelante avait convenu de retirer son opposition à une autre demande de marque de commerce déposée par un autre prédécesseur en titre de l'intimée, ce qui avait mené à l'enregistrement de la marque '722.

Dans sa décision par laquelle il a rejeté la requête, le protonotaire a fait remarquer que le fait d'accorder le statut d'intervenante à l'appelante aurait pour effet de permettre à celle-ci de remplacer Easton, qui n'a pas comparu, comme défenderesse. Or, ce n'était pas là la façon d'utiliser la règle 109 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles). Le protonotaire a ensuite déclaré que le règlement intervenu avec Easton

determining whether intervention should be granted to a proposed intervenor as indicated in *Pictou Landing First Nation v. Canada (Attorney General) (Pictou Landing)* and that, based on those factors, a number of them were not met in this case. On balance, he determined that the appellant should not be allowed to intervene in the respondent's section 45 proceedings.

As for the Federal Court, it found, *inter alia*, that although the Prothonotary was clearly wrong in considering the settlement agreement between the respondent and Easton, that error was not fatal and it was satisfied that the Prothonotary would have nonetheless come to the same conclusion. Therefore, the Federal Court held that the Prothonotary did not wrongly exercise its discretion upon a wrong principle or upon a misapprehension of facts.

At issue were the applicable criteria to decide whether to grant intervenor status to the appellant and whether the Federal Court was wrong in not interfering with the Prothonotary's decision.

Held, the appeal should be dismissed.

The issue of governing case law on the question of motions for leave to intervene was discussed. The decision in *Pictou Landing* was made by a single judge of the Court sitting as a motions judge so it could not have precedence over decisions of a panel of the Court. In other words, a single judge's opinion does not change the law until it is adopted by a panel of the Court. Therefore, the governing case on this issue was *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (Rothmans)*. The factors for determining whether to grant a party leave to intervene, as set out in *Rothmans*, are not meant to be exhaustive but allow the Court in any given case to ascribe the weight that the Court wishes to give to any individual factor. The criteria for allowing or not allowing an intervention must remain flexible because every intervention application is different. What must ultimately be decided is whether the interests of justice require that intervention be granted or refused. The factors set out in *Rothmans*, in particular, whether the interests of justice are better served by the third party's intervention, were well tailored for the task that was at hand in this case. The concept of the "interests of justice" is a broad concept that not only allows the Court to consider the interests of the Court but also those of the parties involved in the litigation.

devoir être respecté. De plus, il a mentionné quels étaient les facteurs pertinents pour déterminer s'il convient d'accorder le statut d'intervenant comme l'indique l'arrêt *Première Nation Pictou Landing c. Canada (Procureur général) (Pictou Landing)* et que, selon ces facteurs, certains d'entre eux n'étaient pas respectés en l'espèce. Le protonotaire a déterminé que, tout bien pesé, l'appelante ne devrait pas se voir accorder le statut d'intervenante dans l'instance fondée sur l'article 45 instituée par l'intimée.

Quant à la Cour fédérale, elle a conclu entre autres que bien que le protonotaire ait manifestement commis une erreur en tenant compte du règlement intervenu entre l'intimée et Easton, cette erreur n'était pas fatale et il était convaincu que le protonotaire en serait arrivé à la même conclusion de toute façon. Par conséquent, la Cour fédérale a conclu que le protonotaire n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

Il s'agissait de savoir quels étaient les critères applicables pour décider s'il y avait lieu d'accorder le statut d'intervenante à l'appelante et si la Cour fédérale a eu tort de ne pas modifier la décision du protonotaire.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La question de la décision faisant jurisprudence sur la question des requêtes en intervention a été discutée. La décision dans l'arrêt *Pictou Landing* a été rendue par un juge de la Cour siégeant seul comme juge des requêtes et donc, elle ne pouvait pas l'emporter sur une décision d'une formation de la Cour. En d'autres mots, l'opinion d'un seul juge ne change pas le droit jusqu'à ce qu'elle soit adoptée par une formation de la Cour. Cela signifie par conséquent que la décision faisant jurisprudence est l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (Rothmans)*. Les facteurs visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder à une partie le statut d'intervenante, tels qu'ils sont énoncés dans l'arrêt *Rothmans*, ne sont pas exhaustifs, mais ils permettent à la Cour, dans une affaire donnée, de leur accorder le poids qu'elle souhaite. Les critères à remplir pour accueillir ou rejeter une requête en intervention doivent demeurer souples, car chaque requête est différente. Il faut décider en fin de compte si, dans une affaire donnée, l'intérêt de la justice oblige à accueillir ou à rejeter la requête en intervention. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Rothmans*, plus particulièrement, celui de savoir si l'intérêt de la justice est mieux servi si l'intervention demandée est autorisée, étaient bien adaptés à la tâche en l'espèce. Le concept de « l'intérêt de la justice » est un concept vaste qui ne permet pas seulement à la Cour de tenir compte de ses intérêts, mais aussi de ceux des parties au litige.

Regarding the second issue in this case, it had to be determined whether the Federal Court should have interfered with the Prothonotary's order. The appellant's motion for leave to intervene was in effect a motion seeking to allow the appellant to become the respondent in lieu of Easton in the respondent's application. Considering that the Court previously held that rule 109 of the Rules should not be used to substitute a new respondent in the proceedings, it could not be said that the Prothonotary was wrong to consider as a relevant factor that the purpose of the appellant's motion was to substitute itself as a respondent in lieu of Easton. The purpose of the Act's section 45 proceedings is to remove registrations that have fallen into disuse and the burden of proof on the registered owner is not a heavy one. The Prothonotary ought to have considered here that there was a public interest component in section 45 proceedings. Section 45 proceedings contemplate the participation of persons with no interest whatsoever in the existence of a given trade-mark, allowing, for example, anyone to initiate a section 45 notice. Thus, it necessarily follows that the nature of the proceedings thereunder is a relevant consideration in determining whether intervenor status should be given to a third party such as the appellant in the present matter. Nevertheless, the public nature of section 45 proceedings must be balanced against other relevant considerations which had to be considered herein. The existence of a public interest component in section 45 did not outweigh other considerations in this case that militated against granting intervention. When all of the relevant factors were considered, the public nature of section 45 proceedings did not tip the scale in the appellant's favour. A proper balancing of all the relevant factors led to the conclusion that the Prothonotary did not err in refusing to allow the appellant to intervene.

Other considerations were examined, such as the agreement between the respondent and the appellant. In considering the respondent's contractual arrangements with the appellant as relevant in the determination of whether intervenor status should be granted, the Prothonotary did not err. Also, the other consideration which militated against granting intervenor status to the appellant was the existence of infringement litigation between the respondent and the appellant. The Prothonotary was of the view that this litigation was a factor that had to be considered in determining whether intervenor status should be given to the appellant and the Federal Court agreed with this. There was no error in so concluding on the part of the Prothonotary and the Federal Court and it would have been an error not to take such litigation into consideration. Therefore, the respondent's agreement with the appellant and the existence of litigation between the appellant

Quant à la deuxième question en l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour fédérale aurait dû modifier l'ordonnance du protonotaire. La requête en intervention de l'appelante était en réalité une requête visant à permettre à l'appelante d'agir comme défenderesse à la place d'Easton dans la demande de l'appelante. Étant donné que la Cour avait auparavant jugé que la règle 109 des Règles ne devrait pas servir à remplacer un défendeur dans une instance, on ne pouvait prétendre que le protonotaire a eu tort de considérer comme pertinent le fait que l'objectif de la requête de l'appelante était de prendre la place d'Easton à titre de défenderesse. L'objectif des instances fondées sur l'article 45 de la Loi est de permettre la radiation des enregistrements périmés et le fardeau de la preuve qui incombe au propriétaire inscrit n'est pas très lourd. Le protonotaire aurait dû tenir compte du fait en l'espèce que les instances fondées sur l'article 45 comportent un aspect d'intérêt public. Les instances fondées sur l'article 45 envisagent la participation de personnes n'ayant aucun intérêt dans l'existence d'une marque de commerce donnée, permettant à quiconque de demander qu'un avis soit donné conformément à l'article 45. Par conséquent, il s'ensuit que la nature des instances fondées sur cet article constitue un facteur pertinent à prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si le statut d'intervenant devrait être accordé à un tiers, comme à l'appelante dans l'affaire qui nous occupe. Néanmoins, la nature publique des instances fondées sur l'article 45 doit être mise en équilibre avec d'autres facteurs pertinents qui devaient être pris en considération dans la présente affaire. L'existence d'un intérêt public dans les instances fondées sur l'article 45 ne l'a pas emporté sur les autres facteurs qui militaient contre l'accueil de la requête en intervention en l'espèce. Lorsque tous les facteurs pertinents ont été pris en considération, la nature publique des instances fondées sur l'article 45 n'a pas fait pencher la balance du côté de l'appelante. Un juste équilibre entre tous les facteurs pertinents a permis de conclure que le protonotaire n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder le statut d'intervenante à l'appelante.

D'autres facteurs ont été examinés en l'espèce, dont l'entente entre l'appelante et l'intimée. Le protonotaire n'a pas commis d'erreur en jugeant les ententes contractuelles de l'intimée et de l'appelante comme étant pertinentes pour déterminer si le statut d'intervenante devait être accordé. De plus, l'autre facteur qui militait contre l'octroi du statut d'intervenante à l'appelante était l'existence d'un litige entre l'intimée et l'appelante. Le protonotaire était d'avis que ce litige était un facteur qui devait être pris en considération pour déterminer si le statut d'intervenante devait être accordé à l'appelante et la Cour fédérale partageait l'avis du protonotaire. Le protonotaire et le juge n'ont commis aucune erreur lorsqu'ils sont arrivés à cette conclusion et le fait de ne pas tenir compte de ce litige aurait été une erreur. Par conséquent, l'entente liant l'intimée et l'appelante et l'existence du litige entre elles devant la Cour fédérale l'ont emporté clairement

and respondent in Federal Court clearly outweighed all other considerations in this file and this was sufficient to dispose of the appeal.

Although this was sufficient to dispose of the appeal, other factors enunciated in *Rothmans* were nevertheless considered in the present case in light of the evidence submitted. When all of the relevant considerations were taken in, the interests of justice were better served by not allowing the appellant to intervene.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 109.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 48.1, 48.2, 48.3, 48.4, 48.5.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985 c. T-13, ss. 45, 56.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

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. 1007(2).

CASES CITED

APPLIED:

Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General), [1990] 1 F.C. 90, (1990), 45 C.R.R. 382 (C.A.), affg [1990] 1 F.C. 74, (1989), 41 Admin. L.R. 102 (T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Siemens Enterprises Communications Inc., 2011 FCA 250, 423 N.R. 248; *Genencor International Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2007 FC 376, 55 C.P.R. (4th) 395; *Pictou Landing First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 21, [2015] 2 F.C.R. 253; *Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 409, 138 N.R. 379 (F.C.A.); *Locke v. Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, 2011 FC 1390, 98 C.P.R. (4th) 357; *Dart Industries Inc. v. Baker & McKenzie LLP*, 2013 FC 97, 426 F.T.R. 98; *Bauer Hockey Corp. v. Sport Maska Inc. (Reebok-CCM Hockey)*, 2014 FCA 158, 122 C.P.R. (4th) 97.

sur tous les autres facteurs dans la présente affaire et cela était suffisant pour rendre une décision dans le présent appel.

Bien que cela ait été suffisant pour rendre une décision dans le présent appel, d'autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Rothmans* ont été néanmoins examinés en l'espèce à la lumière de la preuve qui a été présentée. Une fois que tous les facteurs pertinents eurent été pris en considération, il a été conclu que l'intérêt de la justice serait mieux servi en n'autorisant pas l'intervention demandée par l'appelante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 48.1, 48.2, 48.3, 48.4, 48.5.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 56.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 109.

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 Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1007(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général), [1990] 1 C.F. 90, [1989] A.C.F. n° 707 (C.A.) (QL), confirmant [1990] 1 C.F. 74, [1989] A.C.F. n° 446 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Siemens Enterprises Communications Inc., 2011 CAF 250; *Genencor International Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2007 CF 376; *Première Nation Pictou Landing c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 21, [2015] 2 R.C.F. 253; *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1991] A.C.F. n° 1318 (C.A.) (QL); *Locke c. Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, 2011 CF 1390; *Dart Industries Inc. c. Baker & McKenzie LLP*, 2013 CF 97; *Bauer Hockey Corp. c. Sport Maska inc. (Reebok-CCM Hockey)*, 2014 CAF 158.

REFERRED TO:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Coors Brewing Company v. Anheuser-Busch, LLC*, 2014 FC 318, 123 C.P.R. (4th) 340; *Eclipse International Fashions Canada Inc. v. Cohen*, 2005 FCA 64, 48 C.P.R. (4th) 223.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 853, 463 F.T.R. 91) dismissing the appellant's motion seeking to overturn a Prothonotary's order (2014 FC 594) denying the appellant's motion for leave to intervene in proceedings commenced by the respondent Bauer Hockey Corp. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Christopher C. Van Barr for appellant.
François Guay and *Jean-Sébastien Dupont* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellant.
Smart & Biggar, Montréal, for respondent Bauer Hockey Corp.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NADON J.A.:

I. Introduction

[1] In this appeal, Sport Maska Inc. dba Reebok-CCM Hockey (CCM) challenges the judgment (*Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada inc.*) 2014 FC 853, 463 F.T.R. 91) of Harrington J. (the Judge) of the Federal Court dated September 8, 2014 pursuant to which he dismissed CCM's motion which sought to overturn the June 20, 2014 order (2014 FC 594) of Prothonotary Morneau (the Prothonotary) denying CCM's motion for leave to intervene in proceedings commenced by

DÉCISIONS CITÉES :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Coors Brewing Company c. Anheuser-Busch, LLC*, 2014 CF 318; *Eclipse International Fashions Canada Inc. c. Cohen*, 2005 CAF 64.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 853) ayant rejeté la requête de l'appelante qui visait à faire annuler l'ordonnance rendue par le protonotaire (2014 CF 594), qui a rejeté la requête présentée par l'appelante afin d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par l'intimée Bauer Hockey Corp. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Christopher C. Van Barr pour l'appelante.
François Guay et *Jean-Sébastien Dupont* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling Lafleur Henderson, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'appelante.
Smart & Biggar, Montréal, pour l'intimée Bauer Hockey Corp.

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

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

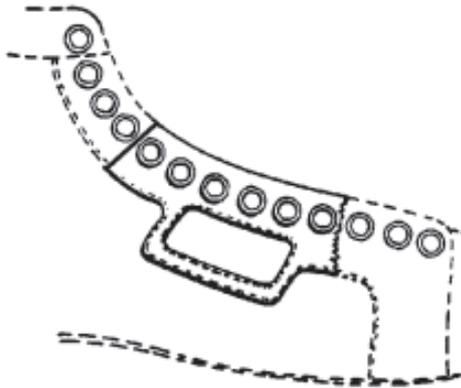
[1] Dans le présent appel, Sport Maska Inc. s/n Reebok-CCM Hockey (CCM) conteste la décision (*Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada inc.*) 2014 CF 853) rendue par le juge Harrington (le juge) de la Cour fédérale le 8 septembre 2014, par laquelle il a rejeté la requête de CCM qui visait à faire annuler l'ordonnance rendue le 20 juin 2014 (2014 CF 594) par le protonotaire Morneau (le protonotaire), qui a rejeté la requête présentée par CCM afin d'obtenir

the respondent Bauer Hockey Corp. (Bauer) in Federal Court File No. T-1036-13.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[3] CCM, Bauer and Easton Sports Canada Inc. (Easton) are competitors in the hockey equipment industry. Bauer is the current owner of the trade-mark referred to as the SKATE'S EYESTAY Design registered under No. TMA 361722 (the '722 registration, the trade-mark or the mark).



[4] On January 11, 2010, pursuant to a request made by Easton, the Registrar of Trade-marks (the Registrar) issued a notice under section 45 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985 c. T-13 (the Act) requiring Bauer to furnish evidence of use of the SKATE'S EYESTAY Design during the three year-period preceding the date of the notice.

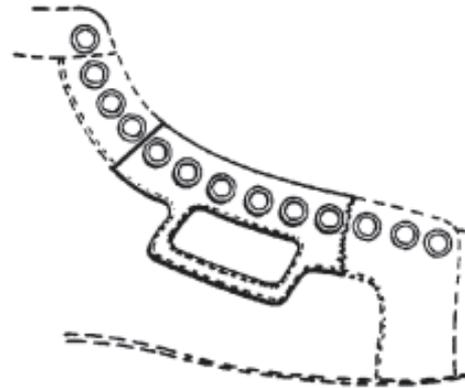
[5] On January 12, 2011, Bauer brought an action against Easton, *inter alia*, for infringement of the '722 registration (in Federal Court File No. T-51-11). On December 21, 2012, Bauer launched a similar action against CCM (in Federal Court File No. T-311-12).

l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par l'intimée Bauer Hockey Corp. (Bauer) dans le dossier n° T-1036-13 de la Cour fédérale.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejeterais l'appel.

II. Les faits

[3] CCM, Bauer et Easton Sports Canada Inc. (Easton) sont des concurrentes dans l'industrie de l'équipement de hockey. Bauer est à l'heure actuelle la titulaire de la marque de commerce SKATE'S EYESTAY Design (dessin sur le renfort d'œilletons de patins), enregistrée sous le n° LMC 361722 (la marque '722, la marque de commerce ou la marque).



[4] Le 11 janvier 2010, conformément à une demande faite par Easton, le registraire des marques de commerce (le registraire) a donné un avis en vertu de l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi), enjoignant à Bauer de fournir une preuve d'emploi de la marque SKATE'S EYESTAY Design durant la période de trois ans précédant l'avis.

[5] Le 12 janvier 2011, Bauer a introduit une instance contre Easton, alléguant notamment la contrefaçon de la marque '722 (dossier de la Cour fédérale n° T-51-11). Le 21 décembre 2012, Bauer a introduit une instance similaire contre CCM (dossier de la Cour fédérale n° T-311-12).

[6] On April 5, 2013, the Registrar ordered that the '722 registration be expunged from the register because of her finding that the mark had not been used, as registered, in the relevant time frame. On June 11, 2013, Bauer filed, pursuant to section 56 of the Act, a notice of application appealing the Registrar's decision in which Easton was named as a respondent (in Federal Court File No. T-1036-13 [2014 FC 853]) (Bauer's application).

[7] On February 13, 2014, Bauer and Easton reached an agreement pursuant to which Bauer agreed to discontinue its infringement action against Easton and the latter agreed to abandon its contestation of Bauer's application of the Registrar's decision.

[8] On April 7, 2014, CCM filed a motion in the Federal Court seeking leave to intervene in Bauer's application.

[9] On April 9, 2014, CCM filed its statement of defence and counterclaim in Federal Court File No. T-311-12.

[10] On April 30, 2014, Bauer filed its reply and defence to CCM's counterclaim arguing, *inter alia*, that CCM was barred from attacking its trade-mark by reason of an agreement concluded on February 21, 1989 between CCM and Bauer's predecessors in title. More particularly, CCM and Canstar Sports Group and Canstar Sports Inc. (Canstar), predecessors in title to Bauer, reached an agreement pursuant to which CCM undertook to withdraw its opposition to trade-mark application No. 548351, filed on September 9, 1985 by Warrington Inc. (to whom Canstar succeeded in title), which led to the '722 registration on November 3, 1989. In a letter dated February 24, 1989, counsel for CCM wrote to the Registrar to advise that its client, the opponent, would not object to the use and registration of the trade-mark in association with the wares identified in the trade-mark application.

[6] Le 5 avril 2013, le registraire a ordonné que la marque '722 soit radiée du registre, car il avait conclu que la marque n'avait pas été employée, comme enregistrée, durant la période visée. Le 11 juin 2013, conformément à l'article 56 de la Loi, Bauer a déposé un avis de demande à l'égard de la décision du registraire dans lequel Easton a été nommée comme défenderesse (dossier de la Cour fédérale n° T-1036-13 [2014 CF 853]) (la demande de Bauer).

[7] Le 13 février 2014, Bauer et Easton sont parvenues à un règlement selon lequel Bauer a accepté de renoncer à son action en contrefaçon contre Easton et cette dernière a accepté d'abandonner sa contestation de la demande de Bauer visant la décision du registraire.

[8] Le 7 avril 2014, CCM a déposé une requête devant la Cour fédérale afin de demander l'autorisation d'intervenir dans la demande de Bauer.

[9] Le 9 avril 2014, CCM a déposé sa défense et demande reconventionnelle dans le dossier de la Cour fédérale n° T-311-12.

[10] Le 30 avril 2014, Bauer a déposé sa réponse et sa défense à la demande reconventionnelle de CCM, soutenant notamment que CCM ne pouvait pas contester sa marque de commerce en raison d'une entente conclue le 21 février 1989 entre CCM et les prédécesseurs en titre de Bauer. Plus précisément, CCM et Canstar Sports Group et Canstar Sports Inc. (Canstar), prédécesseurs en titre de Bauer, avaient conclu une entente en vertu de laquelle CCM avait convenu de retirer son opposition à la demande de marque de commerce n° 548351 déposée le 9 septembre 1985 par Warrington Inc. (à qui Canstar a succédé en titre), ce qui avait mené à l'enregistrement de la marque '722 le 3 novembre 1989. Dans une lettre du 24 février 1989, l'avocat de CCM a écrit au registraire pour l'informer que sa cliente, l'opposante, ne s'opposerait pas à l'emploi et à l'enregistrement de la marque de commerce associée aux marchandises énoncées dans la demande de marque de commerce.

III. Decisions Below

A. *The Prothonotary's Decision*

[11] In his decision of June 20, 2014, the Prothonotary, who was the case management judge assigned to Bauer's application and the related actions brought by Bauer against Easton and CCM for infringement of the trademark, dismissed CCM's motion, brought under rule 109 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules), for leave to intervene in Bauer's application.

[12] The Prothonotary began his analysis by pointing out that the effect of granting leave to CCM would be to substitute CCM as a respondent for the absent Easton. This was not, according to the Prothonotary, how rule 109 should be used. In so saying, the Prothonotary referred to this Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Siemens Enterprises Communications Inc.*, 2011 FCA 250, 423 N.R. 248 (*Siemens*) where, in his view, this Court held that rule 109 was not meant to be used so as to allow an intervener to substitute itself as a respondent.

[13] The Prothonotary then addressed CCM's argument that the interests of justice militated in favour of granting it leave to intervene so as to provide the Court with a different view of the case. The Prothonotary dealt with CCM's argument by referring, with approval, to Madam Prothonotary Tabib's decision in *Genencor International Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2007 FC 376, 55 C.P.R. (4th) 395 (*Genencor*) where she made the point that even if it was useful for the Court to have an opponent in a patent proceeding, the Court could nevertheless carry out its duties without an opposing side.

[14] The Prothonotary then turned to Bauer's argument that its agreement with Easton should be respected, and that it not be jeopardized by allowing CCM to substitute itself as a respondent in lieu of Easton. The Prothonotary indicated that he fully agreed with that argument.

III. Décisions des instances inférieures

A. *La décision du protonotaire*

[11] Dans sa décision du 20 juin 2014, le protonotaire, qui était le juge responsable de la gestion de l'instance affecté à la demande de Bauer et aux actions connexes intentées par Bauer contre Easton et contre CCM pour contrefaçon de la marque de commerce, a rejeté la requête déposée par CCM en vertu de la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), visant à intervenir dans la demande de Bauer.

[12] Le protonotaire a commencé son analyse en faisant remarquer que le fait d'accorder le statut d'intervenante à CCM aurait pour effet de permettre à celle-ci de remplacer Easton, qui n'a pas comparu, comme défenderesse. Or, selon le protonotaire, ce n'était pas là la façon d'utiliser la règle 109 des Règles. Le protonotaire s'est appuyé sur la décision de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Siemens Enterprises Communications Inc.*, 2011 CAF 250 (*Siemens*), où, à son avis, la Cour avait conclu que la règle 109 ne devait pas s'appliquer s'il avait pour effet de remplacer un défendeur par un intervenant.

[13] Le protonotaire s'est ensuite penché sur l'argument de CCM selon lequel les intérêts de la justice militaient en faveur de l'accueil de sa requête en intervention afin de fournir à la Cour un point de vue différent de l'affaire. Le protonotaire a traité l'argument de CCM en renvoyant à la décision de la protonotaire Tabib, qu'il a approuvée, dans l'affaire *Genencor International Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2007 CF 376 (*Genencor*), dans laquelle la protonotaire a déclaré que même s'il était utile à la Cour d'avoir un opposant dans une affaire de brevet, la Cour pouvait néanmoins s'acquitter de ses fonctions sans avoir le bénéfice d'un opposant.

[14] Le protonotaire s'est ensuite penché sur l'argument de Bauer selon lequel on devait respecter le règlement intervenu avec Easton et ne pas le mettre en péril en permettant à CCM de remplacer Easton comme défenderesse. Le protonotaire a indiqué qu'il souscrivait pleinement à cet argument.

[15] The Prothonotary then addressed CCM's argument that there was a public interest component in section 45 proceedings. He rejected this argument and again referred to Prothonotary Tabib's decision in *Genencor* where the learned Prothonotary, albeit on a question of registration of intellectual property and not section 45 proceedings, held that there was no public interest involved in allowing an intervention so as to ensure that untenable or invalid intellectual property registrations not be maintained.

[16] Finally, the Prothonotary turned to Bauer's submission that because CCM in its counterclaim to the infringement action in Federal Court File No. T-311-12 had raised the invalidity of the '722 registration on the same grounds as those relied on by the Registrar in expunging the mark at issue, it had raised in its defence to CCM's counterclaim the fact that CCM was barred, by reason of its 1989 agreement with Bauer, from attacking the '722 registration. This led the Prothonotary to make the comment that "[i]t would appear that said argument by Bauer would not be possible to make against CCM in the Appeal should the latter be granted intervener status" (paragraph 13 of the Prothonotary's decision).

[17] The Prothonotary then referred to my colleague Stratas J.A.'s reasons in *Pictou Landing First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 21, [2015] 2 F.C.R. 253 (*Pictou Landing*) where, at paragraph 11, he sets forth those factors which he considers relevant in determining whether intervention should be granted to a proposed intervener. In light of the factors set out in *Pictou Landing*, the Prothonotary concluded that by reason of what he referred to as the "full debate already ongoing in File T-311-12", the first two factors were met but that factors III, IV and V were not met.

[18] This led the Prothonotary to opine that, on balance, CCM should not be allowed to intervene in the section 45 proceedings which were "well under way" (paragraph 16 of the Prothonotary's reasons). Consequently, he dismissed CCM's motion to intervene with costs.

[15] Le protonotaire a ensuite examiné l'argument de CCM selon lequel les instances fondées sur l'article 45 avaient un intérêt public. Il a rejeté cet argument et a de nouveau renvoyé à la décision de la protonotaire Tabib dans *Genencor*, où la protonotaire, malgré qu'il s'agit d'une question d'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle et non d'une instance fondée sur l'article 45, a conclu que le fait d'autoriser une intervention afin de veiller à ce que des enregistrements intenable ou invalides en matière de propriété intellectuelle ne soient pas conservés ne faisait pas intervenir l'intérêt public.

[16] Enfin, le protonotaire s'est penché sur l'observation de Bauer voulant que puisse, dans sa demande reconventionnelle visant l'action pour contrefaçon dans le dossier de la Cour fédérale n° T-311-12, CCM avait soulevé l'invalidité de la marque '722 pour les mêmes motifs que ceux sur lesquels le registraire s'était fondé pour radier la marque de commerce en cause, Bauer avait soulevé dans sa défense à la demande reconventionnelle de CCM le fait que celle-ci n'avait pas le droit, vu l'entente conclue avec Bauer en 1989, de contester la marque '722. Cette observation a amené le protonotaire à déclarer [TRADUCTION] « qu'il semble que Bauer ne pourrait pas présenter cet argument contre CCM en appel si cette dernière se voyait accorder le statut d'intervenante » (paragraphe 13 de la décision du protonotaire).

[17] Le protonotaire a ensuite mentionné les motifs rendus par mon collègue le juge Stratas dans l'arrêt *Première Nation Pictou Landing c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 21, [2015] 2 R.C.F. 253 (*Pictou Landing*), où, au paragraphe 11, il a énoncé les facteurs qu'il juge pertinents pour déterminer s'il convient d'accorder le statut d'intervenant. À la lumière des facteurs énoncés dans l'arrêt *Pictou Landing*, le protonotaire a conclu qu'en raison de ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « débat de fond déjà en cours dans le dossier n° T-311-12 », les deux premiers facteurs étaient respectés, mais les facteurs III, IV et V ne l'étaient pas.

[18] Le protonotaire était donc d'avis que, tout bien pesé, CCM ne devrait pas se voir accorder le statut d'intervenante dans l'instance fondée sur l'article 45, qui était [TRADUCTION] « déjà bien avancée » (paragraphe 16 des motifs du protonotaire). En conséquence,

il a rejeté la requête en intervention de CCM, avec dépens.

B. *The Federal Court's Decision*

[19] The Judge began by addressing the standard of review which should be applied in reviewing the Prothonotary's decision. In his view, because the questions on a motion to intervene were not vital to the final issue of the case, the Prothonotary's decision should be reviewed in accordance with the principles set out by this Court in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459, at paragraph 19. Thus, it was his task to determine whether the Prothonotary had exercised his discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.

[20] The Judge then briefly reviewed the facts and turned to the factors which were to guide him in determining whether leave should be granted. In that regard, he referred to this Court's decision in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 90 (C.A.) (*Rothmans, Benson & Hedges*) where the Court, in allowing the appeals before it, affirmed the correctness of the factors, i.e. six factors relevant to the determination of a leave to intervene application, enunciated by the trial Judge, Rouleau J. of the Federal Court ([1990] 1 F.C. 74 (T.D.), at paragraph 12).

[21] After setting out Rouleau J.'s six factors, the Judge turned to Stratas J.A.'s reasons in *Pictou Landing* and cited paragraph 11 thereof where my colleague sets forth the factors which, in his view, are relevant to present day litigation. The Judge then remarked that the relevant factors, as set out in *Rothmans, Benson & Hedges* and in *Pictou Landing*, were not to be taken, in his words, "au pied de la lettre". He also indicated that this Court's decision in *Siemens* was not to be taken as an absolute bar to a motion to intervene, adding that he did not feel that it was necessary to carry out a detailed analysis based on the factors of *Rothmans, Benson & Hedges* and *Pictou Landing*. He then pointed out that Stratas J.A.'s reasons in *Pictou Landing* were those of a

B. *La décision de la Cour fédérale*

[19] Le juge a d'abord abordé la norme de contrôle qui devait être appliquée à l'examen de la décision du protonotaire. À son avis, comme les questions en cause lors d'une requête en intervention n'ont pas une influence déterminante sur l'issue du principal, la décision du protonotaire devait être examinée conformément aux principes énoncés par la Cour dans l'arrêt *Merck & Co. Inc., c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 19. Par conséquent, il devait déterminer si le protonotaire avait exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits.

[20] Le juge a ensuite examiné brièvement les faits et s'est penché sur les facteurs qui devaient le guider pour déterminer s'il y avait lieu d'accorder le statut d'intervenante. À cet égard, il a mentionné la décision rendue par la Cour dans *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 90 (C.A.) (*Rothmans, Benson & Hedges*), où la Cour, en accueillant les appels dont elle était saisie, a confirmé le bien-fondé des facteurs, c.-à-d. les six facteurs à prendre en compte pour trancher une requête en intervention énoncés par le juge de première instance, le juge Rouleau de la Cour fédérale ([1990] 1 C.F. 74 (1^{re} inst.), au paragraphe 12).

[21] Après avoir énoncé les six facteurs du juge Rouleau, le juge a mentionné les motifs rendus par le juge Stratas dans l'arrêt *Pictou Landing* et a cité le paragraphe 11, où mon collègue a énoncé les facteurs qui, à son avis, étaient pertinents à notre époque. Le juge a ensuite fait remarquer que les facteurs pertinents énoncés dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* et dans l'arrêt *Pictou Landing* ne devaient pas être pris, comme il l'a dit, « au pied de la lettre ». Il a également indiqué que la décision de la Cour dans l'arrêt *Siemens* n'entraînait pas automatiquement le rejet d'une requête en intervention, ajoutant qu'il ne croyait pas qu'il était nécessaire de procéder à une analyse détaillée des faits par rapport aux facteurs exposés dans l'arrêt *Rothmans,*

single motions judge and thus not binding on this Court, adding that this Court was reluctant to reverse itself, citing for that proposition our decision in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (*Miller*), at paragraph 8.

[22] The Judge then turned to the merits of the motion before him. In his view, there could be no doubt that CCM had an interest in Bauer's application for judicial review of the Registrar's decision and that CCM's intervention would be useful to the Court in that no one was opposing Bauer in the proceedings. He then stated that the Prothonotary was clearly wrong in considering the settlement agreement between Bauer and Easton.

[23] He then turned his attention to the question of whether the Prothonotary had downplayed the public interest aspect of the register. He pointed to a number of decisions, both of this Court and of the Federal Court, to make the point that there was a public interest aspect in proceedings arising under section 45 of the Act. However, in his view, the public interest aspect of these proceedings did not rank as high as the public interest aspect of cases, for example, where constitutional issues were raised. On this point, the Judge concluded that the Court "might well benefit from CCM's intervention as it would give a different perspective, in the sense that Easton is giving no perspective at all" (paragraph 29 of the Judge's reasons).

[24] All of this led the Judge to conclude that although the Prothonotary had been wrong to consider the agreement between Bauer and Easton, that error was not fatal as he was satisfied that the Prothonotary would, in any event, have come to the same conclusion. The Judge then made the point that the better forum in which CCM could advance its arguments was in the action for infringement between it and Bauer. Thus, in the Judge's view, the Prothonotary had not wrongly exercised his discretion upon a wrong principle or upon a misapprehension of facts. Hence, he dismissed CCM's appeal.

Benson & Hedges et dans l'arrêt *Pictou Landing*. Il a ensuite précisé que les motifs rendus par le juge Stratas dans l'arrêt *Pictou Landing* étaient ceux d'un juge des requêtes siégeant seul et qu'ils ne liaient donc pas la Cour, ajoutant que celle-ci était réticente à infirmer ses propres décisions, comme elle l'a déclaré dans la décision *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (*Miller*), au paragraphe 8.

[22] Le juge s'est ensuite penché sur le bien-fondé de la requête dont il était saisi. À son avis, il ne faisait aucun doute que CCM avait un intérêt dans la demande de contrôle judiciaire de Bauer visant la décision du registraire et que l'intervention de CCM serait utile à la Cour, car personne ne s'opposait à Bauer dans l'instance. Il a ensuite indiqué que le protonotaire avait manifestement commis une erreur en tenant compte du règlement intervenu entre Bauer et Easton.

[23] Il s'est ensuite penché sur la question de savoir si le protonotaire n'avait pas accordé une importance suffisante à l'aspect public du registre. Il a mentionné plusieurs décisions de la Cour et de la Cour fédérale pour faire valoir que les instances fondées sur l'article 45 de la Loi comportaient un aspect d'intérêt public. Cependant, à son avis, l'aspect public de ces instances n'est pas comparable à l'intérêt public des affaires dans lesquelles, par exemple, des questions constitutionnelles sont soulevées. Sur cette question, le juge a conclu qu'il « se pourrait fort bien que l'intervention de CCM soit utile à la Cour, parce qu'elle offrirait un point de vue différent dans la mesure où Easton n'offre aucun point de vue » (paragraphe 29 des motifs du juge).

[24] Tout cela a amené le juge à conclure que même si le protonotaire avait eu tort de tenir compte du règlement intervenu entre Bauer et Easton, cette erreur n'était pas fatale, car il était convaincu que le protonotaire en serait arrivé à la même conclusion de toute façon. Le juge a par la suite fait valoir que c'était lors du litige en contrefaçon entre CCM et Bauer que CCM devrait présenter ses prétentions. Ainsi, selon le juge, le protonotaire n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits. Par conséquent, il a rejeté l'appel de CCM.

IV. Issues and Standard of Review

[25] In my opinion, there are two issues raised in this appeal:

- (1) What are the applicable criteria to decide whether to grant intervener status to CCM?
- (2) Was the Judge wrong in not interfering with the Prothonotary's decision?

[26] There is no dispute between the parties that a prothonotary's decision ought to be disturbed by a judge only where it is clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts. Consequently, in the present matter, we should not interfere with the Judge's decision unless there were grounds justifying his intervention, or if he arrived at his decision on a wrong basis or was plainly wrong (*Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18).

V. Parties Submissions

A. *CCM's Submissions*

[27] CCM argues that the Prothonotary's decision was based upon wrong principles and a misapprehension of the facts thus constituting grounds for the Judge to set his order aside. CCM finds numerous errors in the Prothonotary's decision that can be divided into the following three categories:

- (1) Misapplying this Court's Decision in *Siemens*

[28] In applying the *Pictou Landing* criteria, the Prothonotary concluded that criteria III, IV and V had not been met. Criteria III relates to the different and valuable perspective that an intervener should advance. The Prothonotary held that CCM would only be

IV. Questions en litige et norme de contrôle

[25] À mon avis, deux questions sont soulevées dans le présent appel :

- 1) Quels sont les critères applicables pour décider s'il y a lieu d'accorder le statut d'intervenante à CCM?
- 2) Le juge a-t-il eu tort de ne pas modifier la décision du protonotaire?

[26] Les deux parties s'entendent sur le fait que la décision d'un protonotaire ne peut être invalidée par un juge que lorsqu'elle est manifestement erronée, c'est-à-dire lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire était fondé sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits. En conséquence, dans l'affaire qui nous occupe, nous ne devrions pas modifier la décision du juge à moins qu'il y ait eu des motifs justifiant son intervention ou que sa décision soit mal fondée ou manifestement erronée (*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18).

V. Thèses des parties

A. *Observations de CCM*

[27] CCM soutient que la décision du protonotaire était fondée sur de mauvais principes et sur une mauvaise appréciation des faits, ce qui faisait que le juge avait ainsi des motifs d'annuler l'ordonnance. CCM est d'avis que la décision du protonotaire contient de nombreuses erreurs, qui peuvent être regroupées en trois catégories.

- 1) Mauvaise application de la décision *Siemens* de notre Cour

[28] Lorsqu'il a appliqué les critères énoncés dans l'arrêt *Pictou Landing*, le protonotaire a conclu que les critères III, IV et V n'avaient pas été respectés. Le critère III porte sur les précisions et les perspectives utiles qu'un intervenant devrait fournir à la Cour. Le

replacing Easton as a respondent and for that finding, relied on this Court's decision in *Siemens*. CCM argues, however, that the rule put forward in *Siemens* was only "directed to the particular mischief of duplication" (CCM's memorandum of fact and law, paragraph 32). In CCM's view, there would be no duplication in this case given that Easton undertook not to participate in the judicial review.

- (2) Finding no public interest in section 45 proceedings / Failing to appreciate that it is in the interests of justice that the Court hear both sides of the issue / Finding intervention inconsistent with rule 3

[29] The *Pictou Landing* criteria IV and V purport to ensure that the intervention is in the interests of justice and that it would advance the imperatives set forth in rule 3 which provides that the Rules are to be interpreted and applied so as to secure "the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits". CCM argues that there is a public interest in ensuring the accuracy of the register as a public record of trade-marks: "[t]he fact that an applicant under s. 45 is not even required to have an interest in the matter ... speaks eloquently to the public nature of the concerns the section is designed to protect" (CCM's memorandum of fact and law, paragraph 39, quoting *Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 409 (F.C.A.) (*Meredith*)).

[30] CCM asserts that it was an error on the part of the Prothonotary to refuse to grant it leave to intervene on the basis that there was a "full debate already ongoing" between itself and Bauer because of the different questions at issue in the section 45 proceedings and in the infringement action. Moreover, the existence of another efficient means to submit a question to the Court was held to be irrelevant in *Pictou Landing*.

protonotaire a conclu que CCM ne ferait que remplacer Easton comme défenderesse, en se fondant sur la décision de la Cour dans l'arrêt *Siemens*. CCM fait toutefois valoir que la règle énoncée dans l'arrêt *Siemens* [TRADUCTION] « ne visait que le méfait particulier du chevauchement » (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 32). Selon CCM, il n'y aura pas de chevauchement en l'espèce, car Easton s'est engagée à ne pas participer au contrôle judiciaire.

- 2) Conclusion d'absence d'un aspect d'intérêt public dans les instances fondées sur l'article 45 — Défaut de tenir compte du fait qu'il est dans l'intérêt de la justice que la Cour entende les deux côtés de l'affaire — Conclusion selon laquelle l'intervention est incompatible avec la règle 3 des Règles

[29] Les critères IV et V énoncés dans l'arrêt *Pictou Landing* ont pour but de veiller à ce que l'intervention serve l'intérêt de la justice et à ce qu'elle réponde aux exigences prévues à la règle 3, qui précise que les Règles doivent être interprétées et appliquées de façon à permettre « d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ». CCM soutient qu'il est dans l'intérêt public de s'assurer de l'exactitude du registre, à titre de recueil public des marques de commerce : « Le fait que l'auteur d'une demande fondée sur l'article 45 ne soit même pas tenu d'avoir un intérêt dans l'affaire en dit long sur la nature publique des intérêts que l'article vise à protéger » (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 39, citant l'arrêt *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1991] A.C.F. n° 1318 (C.A.) (QL) (*Meredith*)).

[30] CCM affirme que le protonotaire a commis une erreur en refusant d'accueillir sa requête en intervention au motif qu'il y avait un [TRADUCTION] « débat de fond déjà en cours » entre elle et Bauer en raison des différentes questions en cause dans l'instance fondée sur l'article 45 et dans l'action en contrefaçon. Par ailleurs, dans l'arrêt *Pictou Landing*, on a jugé que l'existence d'un autre moyen efficace de soumettre une question à la Cour n'est pas pertinente.

(3) Giving Credence to Bauer’s Settlement with Easton

[31] This private agreement plays no role in considering whether CCM should be given the right to intervene. The Judge agreed with CCM on this point and found that the Prothonotary was clearly wrong in taking the settlement into account.

[32] CCM submits that the Judge identified a number of “errors” in the Prothonotary’s decision: the settlement should not have been taken into account, there is a public aspect to the trade-marks register, *Siemens* is not an absolute bar to intervention and the Court would be better served if someone were present to defend the expungement decision (CCM’s memorandum of fact and law, paragraph 21). In addition, CCM says that the Judge “erred in implying that the decision in *Pictou Landing* reverses the Federal Court of Appeal decision in *Rothmans*” (CCM’s memorandum of fact and law, paragraph 71). CCM says that *Pictou Landing* simply updates and evolves the *Rothmans*, *Benson & Hedges* factors. Accordingly, the Judge’s decision was plainly wrong.

B. Respondent’s Submissions

[33] Bauer argues that the Judge’s decision not to intervene is not fundamentally wrong given that the Prothonotary turned his mind to the applicable factors and did not misapprehend the facts. The sole error found by the Judge was the effect to be given to the settlement between it and Easton, and he was not satisfied that “without referring to that settlement, [the Prothonotary] would have come to a different conclusion” (Bauer’s memorandum of fact and law, paragraph 48, quoting the Judge’s decision at paragraph 30).

[34] Contrary to what is suggested by CCM, the Judge’s decision was not based upon a finding that the

3) Reconnaissance du règlement intervenu avec Easton

[31] Cette entente privée ne joue aucun rôle dans la question de savoir si CCM devrait se voir accorder le statut d’intervenante. Le juge était d’accord avec CCM sur ce point et a jugé que le protonotaire avait manifestement commis une erreur en tenant compte du règlement.

[32] CCM soutient que le juge a cerné quelques [TRADUCTION] « erreurs » dans la décision du protonotaire : le règlement n’aurait pas dû être pris en compte, le registre des marques de commerce revêt un intérêt public, l’arrêt *Siemens* n’entraîne pas automatiquement le rejet d’une requête en intervention, et il serait utile à la Cour que quelqu’un soit présent pour défendre la radiation (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 21). En outre, CCM affirme que le juge a [TRADUCTION] « commis une erreur en laissant entendre que la décision rendue dans *Pictou Landing* infirme la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Rothmans* » (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 71). CCM soutient que la décision *Pictou Landing* ne fait que mettre à jour les facteurs énoncés dans l’arrêt *Rothmans*, *Benson & Hedges*. En conséquence, la décision du juge était manifestement erronée.

B. Observations de l’intimée

[33] Bauer soutient que la décision du juge de ne pas intervenir n’est pas fondamentalement erronée, puisque le protonotaire s’est penché sur les facteurs applicables et n’a pas fait une mauvaise appréciation des faits. La seule erreur que le juge a trouvée est le poids accordé au règlement intervenu entre Bauer et Easton, et il n’était pas convaincu que si le protonotaire « s’était abstenu de faire référence à ce règlement, il en serait arrivé à une conclusion différente » (mémoire des faits et du droit de Bauer, paragraphe 48, citant la décision du juge au paragraphe 30).

[34] Contrairement à ce que CCM prétend, la décision du juge n’était pas fondée sur la conclusion selon

infringement action would be a forum more appropriate for CCM's case, but rather on a rightful application of the standard of review. Bauer further argues that even greater deference should be given to the Prothonotary's decision for he was the case management judge and was "intimately familiar" with the history and details of the matter. In Bauer's view, "CCM must demonstrate that the Judge 'erred in a fundamental way' in refusing to disturb the Prothonotary's decision, in that the latter was the 'clearest case of misuse of judicial discretion'" (Bauer's memorandum of fact and law, paragraph 42).

[35] Bauer further says that the list of factors to consider in a motion for intervention were "originally developed in Rothmans some 25 years ago and has since then been reiterated on several occasions" (Bauer's memorandum of fact and law, paragraph 53). Bauer argues that the new test set out in *Pictou Landing* must not be applied to this case because it was created by a judge alone and is therefore not binding. Bauer points out that the "traditional" *Rothmans, Benson & Hedges* factors were applied by the Federal Court in a trademark expungement case posterior to *Pictou Landing* (*Coors Brewing Company v. Anheuser-Busch, LLC*, 2014 FC 318, 123 C.P.R. (4th) 340).

[36] Bauer also stresses that the motion to intervene is late (CCM only launched it after it learned that Bauer and Easton had reached an agreement), that there is no public interest in a section 45 proceeding, that unopposed cases of this kind are commonplace in the Federal Court, and that CCM is already attacking the validity of the '722 registration in the infringement action. Finally, Bauer argues that CCM undertook, in an agreement signed in 1989, not to object to the use or registration of the '722 registration. It is thus arguably breaching this agreement.

laquelle il serait plus approprié que CCM fasse valoir ses prétentions dans l'action en contrefaçon, mais plutôt sur une application adéquate de la norme de contrôle. Bauer soutient également que l'on devrait faire preuve d'une plus grande déférence encore à l'égard de la décision du protonotaire, car il était le juge chargé de la gestion de l'instance et il [TRADUCTION] « connaissait très bien » les faits et les détails de l'affaire. Selon Bauer, [TRADUCTION] « CCM doit démontrer que le juge "a commis une erreur fondamentale" en refusant de modifier la décision du protonotaire car il s'agissait clairement "d'un cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé" » (mémoire des faits et du droit de Bauer, paragraphe 42).

[35] Bauer affirme aussi que la liste des facteurs à prendre en considération dans une requête en intervention avait [TRADUCTION] « initialement été créée dans *Rothmans* il y a 25 ans et a depuis été confirmée à plusieurs reprises » (mémoire des faits et du droit de Bauer, paragraphe 53). Bauer fait valoir que le nouveau critère énoncé dans l'arrêt *Pictou Landing* ne doit pas s'appliquer en l'espèce, car il a été créé par un seul juge et qu'il n'est donc pas contraignant. Bauer fait remarquer que la Cour fédérale a appliqué les facteurs [TRADUCTION] « traditionnels » de l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* dans une affaire de radiation de marque de commerce postérieure à l'arrêt *Pictou Landing* (*Coors Brewing Company c. Anheuser-Busch, LLC*, 2014 CF 318).

[36] En outre, Bauer fait valoir que la requête en intervention a été déposée en retard (CCM ne l'a déposée qu'après avoir appris que Bauer et Easton étaient parvenues à un règlement), que les instances fondées sur l'article 45 ne comportaient pas d'aspect public, que les affaires de ce genre dans lesquelles il n'y a pas d'opposition sont fréquentes à la Cour fédérale et que CCM conteste déjà la validité de la marque '722 dans l'action en contrefaçon. Enfin, Bauer soutient que CCM s'est engagée, dans une entente signée en 1989, à ne pas s'opposer à l'emploi ou à l'enregistrement de la marque de commerce et qu'on pourrait donc affirmer qu'elle contrevient à cette entente.

VI. Analysis

A. *What are the Applicable Criteria to Decide Whether to Grant CCM Leave to Intervene?*

[37] I begin by noting that there appears to be a certain amount of confusion as to the governing jurisprudence on the question of motions for leave to intervene since the decision of my colleague Stratas J.A. in *Pictou Landing*. It is my view, which I do not believe is contentious, that the decision of a panel of this Court has precedence over that of a single judge of the Court sitting as a motions judge. My colleague recognized as much in his reasons: see *Pictou Landing*, at paragraph 8. This means that the governing case is *Rothmans, Benson & Hedges*.

[38] That said, I wish to make it clear that this panel, or for that matter any other panel of the Court, cannot prevent a single motions judge from expressing his view of the law if he is so inclined. In my view, parties may use a single motions judge's reasoning, if they wish, and make it part of their argument in order to convince the Court that it should change or modify its case law. But all should be aware that a single judge's opinion does not change the law until it is adopted by a panel of the Court.

[39] A comparison of *Rothmans, Benson & Hedges* factors and *Pictou Landing* shows that the main differences between the two are the removal of the "lack of any other reasonable means" factor (*Rothmans, Benson & Hedges* third factor) and of the "ability of the Court to hear the case without the intervener" factor (*Rothmans, Benson & Hedges* sixth factor), as well as the addition of the "compliance with procedural requirements" factor (*Pictou Landing* first factor), and the "consistency with Rule 3" factor (*Pictou Landing* fifth factor). These differences are not, in my respectful view, of any substance. In effect, "compliance with procedural requirements" will generally always be a relevant consideration and the "consistency with Rule 3" factor can always be considered under the "interests of justice" factor (*Rothmans, Benson & Hedges* fifth factor).

VI. Analyse

A. *Quels sont les critères applicables pour décider s'il y a lieu d'accorder le statut d'intervenante à CCM?*

[37] Je souligne tout d'abord qu'il semble y avoir une certaine confusion en ce qui concerne la jurisprudence régissant la question des requêtes en intervention depuis la décision rendue par mon collègue le juge Stratas dans l'arrêt *Pictou Landing*. À mon avis, que je ne crois pas être contentieux, une décision d'une formation de la Cour l'emporte sur celle d'un juge de la Cour siégeant seul comme juge des requêtes. Mon collègue l'a reconnu dans ses motifs : voir *Pictou Landing*, au paragraphe 8. Cela signifie que la décision faisant jurisprudence est l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges*.

[38] Cela étant dit, j'aimerais préciser que la présente formation, ou n'importe quelle autre formation de la Cour, ne peut pas empêcher un juge des requêtes siégeant seul d'exprimer son opinion sur le droit s'il le souhaite. À mon avis, les parties peuvent se fonder sur le raisonnement d'un juge des requêtes si elles le souhaitent et l'intégrer à leur plaidoirie afin de convaincre la Cour qu'elle devrait modifier sa jurisprudence. Toutefois, il faut savoir que l'opinion d'un seul juge ne change pas le droit jusqu'à ce qu'elle soit adoptée par une formation de la Cour.

[39] Une comparaison des facteurs énoncés dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* et dans l'arrêt *Pictou Landing* révèle que les principales différences sont le retrait du facteur « s'agit-il d'un cas où il semble n'y avoir aucun autre moyen raisonnable ou efficace de soumettre la question à la Cour? » (troisième facteur dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges*) et du facteur « la Cour peut-elle entendre l'affaire et statuer sur le fond sans autoriser l'intervention? » (sixième facteur dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges*), ainsi que l'ajout du facteur « les exigences procédurales sont-elles satisfaites? » (premier facteur dans l'arrêt *Pictou Landing*) et du facteur « l'intervention désirée est-elle incompatible avec les exigences énoncées à l'article 3 des Règles? » (cinquième facteur dans l'arrêt *Pictou Landing*). À mon avis, ces différences ne sont pas substantielles.

[40] I do not disagree with Stratas J.A.’s comments in *Pictou Landing* that the existence of another appropriate forum is not necessarily a reason to refuse a proposed intervention that can be helpful to the Court. It obviously depends on the relevant circumstances. It is also undeniable that the Court, in most cases, is able to hear and decide a case without an intervener and that the “more salient question is whether the intervener will bring further, different and valuable insights and perspectives that will assist the Court in determining the matter” (*Pictou Landing*, paragraph 9, last bullet). This requirement is, in essence, what paragraph 109(2)(b) [of the Rules] requires. In any event, as Stratas J.A. recognized at paragraph 7 of his reasons, he could have reached the same result by applying the *Rothmans, Benson & Hedges* factors and ascribing little weight to the factors which he did not find relevant.

[41] In my opinion, the minor differences between the *Rothmans, Benson & Hedges* factors and those of *Pictou Landing* do not warrant that we change or modify the factors held to be relevant in *Rothmans, Benson & Hedges*. As the *Rothmans, Benson & Hedges* factors are not meant to be exhaustive, they allow the Court, in any given case, to ascribe the weight that the Court wishes to give to any individual factor.

[42] The criteria for allowing or not allowing an intervention must remain flexible because every intervention application is different, i.e. different facts, different legal issues and different contexts. In other words, flexibility is the operative word in dealing with motions to intervene. In the end, we must decide if, in a given case, the interests of justice require that we grant or refuse intervention. Nothing is gained by adding factors to respond to every novel situation which motions to intervene bring forward. In my view, the *Rothmans, Benson &*

De fait, le facteur relatif aux exigences procédurales constituera presque toujours une considération pertinente, et le facteur relatif à la compatibilité avec la règle 3 des Règles peut toujours être pris en compte lors de l’examen du facteur relatif à l’intérêt de la justice (cinquième facteur dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges*).

[40] Je ne suis pas en désaccord avec les commentaires du juge Stratas dans l’arrêt *Pictou Landing* selon lesquels l’existence d’un autre moyen approprié n’est pas nécessairement une raison de refuser une intervention proposée qui peut être utile à la Cour. Cela dépend évidemment des circonstances. Il va également sans dire que la Cour, dans la plupart des cas, peut entendre et trancher une affaire sans intervenant et que « [l]a question la plus importante consiste à se demander si l’intervenant fournira à la Cour d’autres précisions et perspectives utiles qui l’aideront à la prise d’une décision » (*Pictou Landing*, paragraphe 9, dernier point). Cette exigence est essentiellement la même que celle prévue à l’alinéa 109(2)b) des Règles. Quoi qu’il en soit, comme l’a reconnu le juge Stratas au paragraphe 7 de ses motifs, il aurait pu en arriver au même résultat en appliquant les facteurs énoncés dans la décision *Rothmans, Benson & Hedges* et en accordant peu de poids aux facteurs qui ne lui semblaient pas pertinents.

[41] À mon avis, les différences mineures entre les facteurs énoncés dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* et ceux énoncés dans l’arrêt *Pictou Landing* ne justifient pas que nous modifions les facteurs jugés pertinents dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges*. Comme les facteurs de la décision *Rothmans, Benson & Hedges* ne sont pas exhaustifs, la Cour peut, dans une affaire donnée, leur accorder le poids qu’elle souhaite.

[42] Les critères à remplir pour accueillir ou rejeter une requête en intervention doivent demeurer souples, car chaque requête est différente : il y a des faits différents, des questions juridiques différentes et des contextes différents. Autrement dit, la souplesse est de mise lorsqu’il est question de requêtes en intervention. En fin de compte, nous devons décider si, dans une affaire donnée, l’intérêt de la justice nous oblige à accueillir ou à rejeter la requête en intervention. On ne gagne rien à ajouter des facteurs pour répondre à chaque

Hedges factors are well tailored for the task at hand. More particularly, the fifth factor, i.e. “[a]re the interests of justice better served by the intervention of the proposed third party?” is such that it allows the Court to address the particular facts and circumstances of the case in respect of which intervention is sought. In my view, the *Pictou Landing* factors are simply an example of the flexibility which the *Rothmans, Benson & Hedges* factors give to a judge in determining whether or not, in a given case, a proposed intervention should be allowed.

[43] To conclude on this point, I would say that the concept of the “interests of justice” is a broad concept which not only allows the Court to consider the interests of the Court but also those of the parties involved in the litigation.

B. *Was the Judge Wrong in not Interfering with the Prothonotary’s Decision?*

[44] In determining the second question before us, it must be kept in mind that our task is not to decide whether we believe that CCM meets the relevant factors for intervention and thus that leave should have been granted, but whether the Judge was wrong in refusing to interfere with the Prothonotary’s decision. To that task I now turn.

[45] So the question is: should the Judge have interfered with the Prothonotary’s order? CCM says that the Prothonotary made a number of errors which should have justified his intervention. First, it says that the Prothonotary misapplied *Siemens*.

[46] I begin by saying that CCM’s motion is not, in reality, a motion for leave to intervene. It is, in effect, a motion which seeks to allow CCM to become the respondent, in lieu of Easton, in Bauer’s application. In that respect, CCM’s motion is similar to that made by West Atlantic Systems (WAS) in *Siemens* where WAS sought to intervene in an application for judicial review

situation nouvelle qu’une requête en intervention amène. À mon avis, les facteurs énoncés dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* sont bien adaptés à cette tâche. Plus particulièrement, le cinquième facteur, « [l]’intérêt de la justice sera-t-il mieux servi si l’intervention demandée est autorisée? », permet à la Cour de se pencher sur les circonstances et les faits particuliers de l’affaire qui fait l’objet de la demande d’intervention. À mon avis, les facteurs énoncés dans l’arrêt *Pictou Landing* sont simplement un exemple de la souplesse que les facteurs de la décision *Rothmans, Benson & Hedges* accordent à un juge lorsqu’il doit déterminer si, dans une affaire donnée, la requête en intervention doit être accueillie.

[43] Pour conclure sur ce point, je dirais que le concept de « l’intérêt de la justice » est un concept vaste qui ne permet pas seulement à la Cour de tenir compte de ses intérêts, mais aussi de ceux des parties au litige.

B. *Le juge a-t-il eu tort de ne pas modifier la décision du protonotaire?*

[44] Pour trancher la deuxième question dont nous sommes saisis, nous devons garder en tête que notre tâche n’est pas de décider si nous croyons que CCM respecte les facteurs pertinents en matière d’intervention et devrait donc se voir accorder le statut d’intervenante, mais plutôt de déterminer si le juge a eu tort de refuser de modifier la décision du protonotaire. Je m’attellerai donc maintenant à cette tâche.

[45] Il s’agit donc de savoir si le juge aurait dû modifier l’ordonnance du protonotaire. CCM affirme que le protonotaire a commis plusieurs erreurs qui auraient dû justifier l’intervention du juge. D’abord, elle soutient que le protonotaire n’a pas appliqué correctement la décision *Siemens*.

[46] Je tiens d’abord à préciser que la requête de CCM n’est pas, en réalité, une requête en intervention. Il s’agit plutôt d’une requête visant à permettre à CCM d’agir comme défenderesse à la place d’Easton dans la demande de Bauer. À cet égard, la requête de CCM est similaire à celle de West Atlantic Systems (WAS) dans l’arrêt *Siemens*, où WAS a demandé l’autorisation

filed by the Attorney General following a decision of the Canadian International Trade Tribunal (the CITT) which was unfavourable to the Department of Public Works and Government Services. More particularly, the CITT determined that the procurements at issue were deficient and failed to comply with Article 1007(1) 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]*.

[47] Siemens Enterprises Communications Inc. (Siemens), which had filed a number of complaints with the CITT and which had fully participated in the proceedings before that tribunal, chose not to participate in the Attorney General's judicial review application. WAS, which had unsuccessfully attempted to participate in the proceedings before the CITT, sought to obtain leave from this Court to intervene in the judicial review proceedings. In denying WAS' motion, Mainville J.A., writing for the Court, made the following comments at paragraph 4 of his reasons [2011 FCA 250].

By its motion, WAS is attempting to substitute itself for Siemens as the respondent in this judicial review application. WAS seeks to challenge the application under a proposed order of the Court which would, for all intents and purposes, grant it a status equivalent to that of a respondent in these proceedings. The rules permitting interventions are intended to provide a means by which persons who are not parties to the proceedings may nevertheless assist the Court in the determination of a factual or legal issue related to the proceedings (Rule 109(2)*b*) of the *Federal Courts Rules*). These rules are not to be used in order to replace a respondent by an intervener, nor are they a mechanism which allows a person to correct its failure to protect its own position in a timely basis. [Emphasis added.]

[48] CCM argues that the Prothonotary erred in relying on *Siemens* because our decision in that case “should be understood to be directed to the particular mischief of duplication” (CCM's memorandum of fact and law, paragraph 32). In my respectful view, this argument is without merit as there was no question of duplication in

d'intervenir dans une demande de contrôle judiciaire déposée par le procureur général à la suite d'une décision que le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a rendue contre Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. Plus précisément, le TCCE a conclu que les marchés publics en cause étaient irréguliers et n'étaient pas conformes au paragraphe 1007(1) 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]*.

[47] Siemens Enterprises Communications Inc. (Siemens), qui avait déposé plusieurs plaintes auprès du TCCE et qui avait participé pleinement aux procédures devant le Tribunal, avait choisi de ne pas participer à la demande de contrôle judiciaire du procureur général. WAS, qui avait tenté sans succès de participer aux procédures devant le TCCE, voulait obtenir l'autorisation de la Cour d'intervenir dans les procédures de contrôle judiciaire. Lorsqu'il a rejeté la requête de WAS, le juge Mainville, au nom de la Cour, a formulé les commentaires suivants au paragraphe 4 de ses motifs [2011 CAF 250] :

[TRADUCTION] Par sa requête, WAS tente de remplacer Siemens à titre de défenderesse dans la présente demande de contrôle judiciaire. WAS veut contester la demande en obtenant une ordonnance de la Cour qui, pour ainsi dire, aurait pour effet de lui accorder un statut équivalent à celui de défenderesse dans la présente instance. Les règles autorisant les interventions visent à offrir un moyen par lequel les personnes qui ne sont pas parties aux procédures peuvent néanmoins aider la Cour à prendre une décision sur toute question de fait ou de droit se rapportant à l'instance (alinéa 109(2)*b*) des *Règles des Cours fédérales*). Ces règles ne doivent pas être utilisées pour remplacer un défendeur par un intervenant et ne se veulent pas un mécanisme permettant à une personne de compenser son omission de protéger sa propre position en temps opportun. [Non souligné dans l'original.]

[48] CCM soutient que le protonotaire a commis une erreur en se fondant sur l'arrêt *Siemens*, car la décision que la Cour a rendue dans cette affaire [TRADUCTION] « devrait être interprétée comme si elle ne visait que le méfait particulier du chevauchement » (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 32). À mon avis,

Siemens since there was no respondent in the judicial review proceedings as Siemens had decided not to participate.

[49] Considering that our Court in *Siemens* held that rule 109 should not be used to substitute a new respondent in the proceedings, it cannot be said, in my view, that the Prothonotary was wrong to consider, as a relevant factor, that the purpose of CCM's motion was to substitute itself as a respondent in lieu of Easton. However, I agree with the Judge that *Siemens* does not, *per se*, constitute an absolute bar to a motion to intervene.

[50] Second, CCM says that the Prothonotary was in error in holding that there was no public interest in section 45 proceedings sufficient to support its intervention in Bauer's application. More particularly, it says that the Prothonotary was wrong to rely on Prothonotary Tabib's decision in *Genencor* which dealt with an entirely different matter, adding that "[t]here is a public interest in ensuring the accuracy of the Register as a public record of trade-marks" (CCM's memorandum of fact and law, paragraph 41).

[51] CCM also says that the Prothonotary erred in holding that Bauer's judicial review proceedings could be disposed of without its participation, adding that the Prothonotary again erred in relying on *Genencor*. CCM says that both the Rules and section 45 of the Act envisage the participation of the requesting party in section 45 proceedings and any appeal taken therefrom. In CCM's view, it can be said that there is an expectation that in any appeal from a section 45 decision, the Court will have the benefit of an appellant and a respondent. Thus, CCM says that the Judge ought to have intervened in that the Prothonotary was wrong to find that there was no public interest in section 45 proceedings and that the matter could be heard without its participation.

[52] Before determining whether the Prothonotary erred, as argued by CCM, it is important to have a brief

cet argument n'est pas fondé, car il n'est aucunement question de chevauchement dans l'arrêt *Siemens*; il n'y avait pas de défendeur dans le contrôle judiciaire puisque Siemens avait décidé de ne pas y participer.

[49] Étant donné que la Cour a jugé dans l'arrêt *Siemens* que la règle 109 ne devrait pas servir à remplacer un défendeur dans une instance, on ne peut prétendre, à mon avis, que le protonotaire a eu tort de considérer comme pertinent le fait que l'objectif de la requête de CCM était de prendre la place d'Easton à titre de défenderesse. Cependant, je suis d'accord avec le juge sur le fait que la décision *Siemens* n'entraîne pas automatiquement le rejet d'une requête en intervention.

[50] Ensuite, CCM affirme que le protonotaire a commis une erreur en jugeant que l'instance fondée sur l'article 45 ne comportait pas un aspect d'intérêt public suffisant pour justifier son intervention dans la demande de Bauer. Plus précisément, elle soutient que le protonotaire a eu tort de se fonder sur la décision rendue par la protonotaire Tabib dans la décision *Genencor*, qui visait une affaire complètement différente, ajoutant [TRADUCTION] « qu'il est dans l'intérêt public de s'assurer de l'exactitude du registre, à titre de recueil public des marques de commerce » (mémoire des faits et du droit de CCM, paragraphe 41).

[51] CCM affirme également que le protonotaire a commis une erreur en jugeant que la demande de contrôle judiciaire de Bauer pouvait être tranchée sans sa participation, ajoutant que le protonotaire a encore eu tort de se fonder sur la décision *Genencor*. CCM fait valoir que les Règles et l'article 45 de la Loi envisagent la participation de la partie qui présente la demande dans les instances en vertu de l'article 45 et dans tout appel en découlant. Selon CCM, on peut s'attendre à ce que dans tout appel d'une décision relative à l'article 45, la Cour puisse profiter de la participation d'un appellant et d'un intimé. Par conséquent, CCM soutient que le juge aurait dû intervenir, car le protonotaire a eu tort de conclure que l'instance fondée sur l'article 45 ne comportait pas d'aspect public et que l'affaire pouvait être instruite sans sa participation.

[52] Avant de déterminer si le protonotaire a commis une erreur, comme le prétend CCM, il importe de jeter

look at section 45 and the proceedings which arise from it. Pursuant to section 45, the Registrar may at any time and at the written request of any person, give notice to the registered owner of a trade-mark requiring it to show, by way of an affidavit or a statutory declaration, that the mark was used in Canada during the three years preceding the notice.

[53] In making a determination as to whether or not the mark was used in the time frame provided by section 45, the only evidence admissible before the Registrar is the aforementioned affidavit or statutory declaration. It is on the basis of that evidence and the parties' representations that the Registrar must decide whether or not there has been use of the mark as required by section 45.

[54] Following the Registrar's decision, an appeal may be taken before the Federal Court pursuant to section 56 of the Act and new evidence may be submitted to the Court in addition to the evidence already adduced before the Registrar. If the new evidence could have materially affected the Registrar's decision, then the Court must consider the matter *de novo* and reach its own conclusion on the issues to which the new evidence pertains.

[55] The purpose of section 45 proceedings is to remove registrations which have fallen into disuse. The burden of proof on the registered owner is not a heavy one. In *Locke v. Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, 2011 FC 1390, 98 C.P.R. (4th) 357, O'Keefe J. stated at paragraph 23 that "[t]he threshold to establish use is relatively low and it is sufficient if the applicant establishes a *prima facie* case of use". It has also been said that the purpose of section 45 of the Act is to remove deadwood from the register (see *Eclipse International Fashions Canada Inc. v. Cohen*, 2005 FCA 64, 48 C.P.R. (4th) 223, at paragraph 6). In *Dart Industries Inc. v. Baker & McKenzie LLP*, 2013 FC 97, 426 F.T.R. 98, at paragraph 13, O'Keefe J. commented that "[p]roceedings under section 45 of the Act are summary and administrative in nature." Finally, in *Meredith*, Hugessen J.A., writing for this Court, made these comments, at page 412, regarding section 45 proceedings:

un bref coup d'œil à l'article 45 et aux instances qui en découlent. Conformément à l'article 45, le registraire peut, et doit sur demande écrite d'une personne, donner au propriétaire inscrit d'une marque de commerce un avis lui enjoignant de fournir un affidavit ou une déclaration solennelle indiquant si la marque de commerce a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis.

[53] Lorsqu'il doit trancher la question de savoir si la marque a été employée durant la période énoncée à l'article 45, la seule preuve que le registraire peut recevoir est l'affidavit ou la déclaration solennelle susmentionné. C'est sur cet élément de preuve et sur les observations des parties que le registraire doit se fonder pour déterminer si la marque a été employée comme le prévoit l'article 45.

[54] À la suite de la décision du registraire, un appel peut être interjeté à la Cour fédérale en vertu de l'article 56 de la Loi, et de nouveaux éléments de preuve peuvent être présentés à la Cour en plus de la preuve déjà présentée devant le registraire. Si les nouveaux éléments de preuve auraient pu modifier de façon importante la décision du registraire, la Cour doit alors examiner l'affaire *de novo* et parvenir à sa propre conclusion quant aux questions auxquelles se rapportent les nouveaux éléments de preuve.

[55] L'objectif des instances fondées sur l'article 45 est de permettre la radiation des enregistrements périmés. Le fardeau de la preuve qui incombe au propriétaire inscrit n'est pas très lourd. Dans la décision *Locke c. Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, 2011 CF 1390, le juge O'Keefe a déclaré au paragraphe 23 que « [l]e critère servant à déterminer l'emploi est relativement souple et il suffit que le demandeur présente une preuve *prima facie* de l'emploi ». Il a également été dit que le but de l'article 45 de la Loi est de débarrasser le registre du « bois mort » (voir *Eclipse International Fashions Canada Inc. c. Cohen*, 2005 CAF 64, au paragraphe 6). Dans la décision *Dart Industries Inc. c. Baker & McKenzie LLP*, 2013 CF 97, au paragraphe 13, le juge O'Keefe a mentionné que « [l]es instances fondées sur l'article 45 de la Loi ont un caractère sommaire et administratif ». Enfin, dans l'arrêt *Meredith*, le juge Hugessen, au nom de la Cour, a indiqué ce qui suit aux paragraphes 3 à 5 au sujet des instances fondées sur l'article 45 :

Section 45 provides a simple and expeditious method of removing from the register marks which have fallen into disuse. It is not intended to provide an alternative to the usual *inter partes* attack on a trade mark envisaged by s. 57. The fact that an applicant under s. 45 is not even required to have an interest in the matter (the respondent herein is a law firm) speaks eloquently to the public nature of the concerns the section is designed to protect.

Section 45(2) is clear: the Registrar may only receive evidence tendered by or on behalf of the registered owner. Clearly it is not intended that there should be any trial of a contested issue of fact, but simply an opportunity for the registered owner to show, if he can, that his mark is in use or if not, why not.

An appeal to the court, under s. 56 does not have the effect of enlarging the scope of the inquiry or, consequentially, of the evidence relevant thereto. We cannot improve on the words of Thurlow C.J., speaking for this court, in *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.* (1980), 53 C.P.R. (2d) 62 at p. 69, [1981], 1 F.C. 679, 34 N.R. 39, quoting with approval the words of Jackett P. in *Broderick & Bascom Rope Co. v. Registrar of Trade Marks* (1970), 62 C.P.R. 268:

In my view, evidence submitted by the party at whose instance the s-s. 44(1) [now 45(1)] notice was sent is not receivable on the appeal from the Registrar any more than it would have been receivable before the Registrar. On this point, I would adopt the view expressed by Jackett P. in *Broderick Bascom Rope Co. v. Registrar of Trade Marks*, *supra*, when he said at p. 279: ... [Emphasis added.]

[56] In my view, the Prothonotary ought to have considered that there was a public interest component in section 45 proceedings. In concluding as he did, the Prothonotary relied on *Genencor* for support. However, I note from paragraphs 3 and 7 of *Genencor* that Prothonotary Tabib made a clear distinction between the nature of the proceedings before her and those which arise under section 45 of the Act. More particularly, in

L'article 45 prévoit une méthode simple et rapide de radier du registre les marques tombées en désuétude. Il n'est pas censé prévoir un moyen supplémentaire de contester une marque de commerce, autre que la procédure litigieuse courante visée par l'article 57. Le fait que l'auteur d'une demande fondée sur l'article 45 ne soit même pas tenu d'avoir un intérêt dans l'affaire (en l'espèce, la société intimée est un cabinet d'avocats) en dit long sur la nature publique des intérêts que l'article vise à protéger.

Le paragraphe 45(2) est clair : le registraire peut seulement recevoir une preuve présentée par le propriétaire inscrit ou pour celui-ci. Cette disposition ne vise manifestement pas la tenue d'une instruction qui porterait sur une question de faits contestée mais, plus simplement, à donner au propriétaire inscrit l'occasion d'établir, s'il le peut, que sa marque est employée, ou bien d'établir les raisons pour lesquelles elle ne l'est pas, le cas échéant.

Le fait d'interjeter appel à la Cour, en application de l'article 56, n'a pas pour effet d'élargir la portée de l'enquête ni, par voie de conséquence, celle de la preuve qui s'y rapporte. Le passage suivant du juge en chef Thurlow mérite d'être reproduit textuellement. S'exprimant au nom de cette Cour, dans l'arrêt *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.* (1980), 53 C.P.R. (2d) 62, à la page 69, le juge cite, en les approuvant, les commentaires du président Jackett dans l'affaire *Broderick & Bascom Rope Co. c. Le registraire des marques de commerce* ((1970), 62 C.P.R. 268) :

À mon avis, toute preuve produite par la partie à la demande de qui a été donné l'avis prévu au paragraphe 44(1) (le paragraphe 45(1) actuel), est irrecevable aussi bien sur l'appel interjeté contre la décision du registraire que devant ce dernier. Sur ce point, je fais miens les propos tenus par le président Jackett dans l'affaire *Broderick & Bascom Rope Co. c. Le registraire des marques de commerce* (précitée) à la page 279 : [...] [Non souligné dans l'original.]

[56] À mon avis, le protonotaire aurait dû tenir compte du fait que les instances fondées sur l'article 45 comportent un aspect d'intérêt public. Pour en arriver à sa conclusion, le protonotaire s'est fondé sur la décision *Genencor*. Cependant, je remarque qu'aux paragraphes 3 et 7 de la décision *Genencor*, la protonotaire Tabib a établi une distinction claire entre la nature des instances dont elle était saisie et celle des instances fondées sur

refusing to grant intervenor status to the proposed intervenor, she pointed out that the provisions at issue before her, namely sections 48.1 to 48.5 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 were not similar to those arising under section 45 in that they did not give third parties the right to challenge patents by way of a summary process in the way that section 45 allowed third parties to challenge trade-marks.

[57] Section 45 proceedings contemplate the participation of persons with no interest whatsoever in the existence of a given trade-mark. The provision allows anyone to initiate a section 45 notice, to submit representations to the Registrar and in the case of an appeal, to either launch the appeal or to participate as a respondent in that appeal. As this Court said at page 412 in *Meredith*, this “speaks eloquently to the *public* nature of the concerns the section is designed to protect” [italics in original], i.e. removing from the Registrar marks which have fallen into disuse. Thus, it necessarily follows, in my view, that the nature of the proceedings under section 45 is a relevant consideration in determining whether or not intervenor status should be given to a third party, such as CCM in the present matter.

[58] In coming to that view, I am mindful of the arguments put forward by Bauer in response to CCM’s arguments on this issue. In particular, I am mindful of Bauer’s arguments that *Genencor* is relevant, that *Meredith* had to be understood in its proper context, i.e. that the public nature of section 45 had to do with the fact that any member of the public could initiate a section 45 notice, that, as in *Genencor*, there is no overriding public interest in ensuring that invalid trade-marks are not maintained on the public register, that proceedings arising under section 45 do not usually involve complicated legal questions but, to the contrary, usually pertain to simple well known legal principles resulting from an extensive body of jurisprudence and that proceedings under section 45 are commonplace in the Federal Court.

l’article 45 de la Loi. Plus précisément, lorsqu’elle a rejeté la requête en intervention de l’intervenante proposée, elle a fait remarquer que les dispositions en cause, savoir les articles 48.1 à 48.5 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, n’étaient pas similaires à l’article 45, car elles ne conféraient pas aux tiers le droit de contester des brevets par procédure sommaire de la même façon que l’article 45 permettait aux tiers de contester des marques de commerce.

[57] Les instances fondées sur l’article 45 envisagent la participation de personnes n’ayant aucun intérêt dans l’existence d’une marque de commerce donnée. La disposition permet à quiconque de demander qu’un avis soit donné conformément à l’article 45, de présenter des observations au registraire et, en cas d’appel, soit d’intenter celui-ci, soit d’y participer en tant qu’intimé. Comme la Cour l’a mentionné au paragraphe 3 de la décision *Meredith*, cela « en dit long sur la nature publique des intérêts que l’article vise à protéger », c’est-à-dire radier du registre les marques de commerce tombées en désuétude. Par conséquent, il s’ensuit à mon avis que la nature des instances fondées sur l’article 45 constitue un facteur pertinent à prendre en considération lorsqu’il s’agit de déterminer si le statut d’intervenant devrait être accordé à un tiers, comme à CCM dans l’affaire qui nous occupe.

[58] Pour en arriver à cette opinion, je tiens compte des observations de Bauer en réponse à celles de CCM à cet égard. Plus précisément, j’ai à l’esprit les observations suivantes de Bauer : la décision *Genencor* est pertinente; la décision *Meredith* doit être interprétée dans son contexte, c’est-à-dire que la nature publique des instances en vertu de l’article 45 était attribuable au fait que tout membre du public peut demander qu’un avis soit donné conformément à l’article 45; comme le prévoit la décision *Genencor*, le fait de s’assurer que les marques de commerce invalides ne sont pas conservées dans le registre public ne constitue pas une question générale d’intérêt public; les instances découlant de l’article 45 ne visent habituellement pas des questions juridiques complexes, mais, au contraire, des principes juridiques simples bien connus provenant d’une jurisprudence abondante; les instances fondées sur l’article 45 sont fréquentes à la Cour fédérale.

[59] However, the fact that there is a public aspect to section 45 proceedings does not elevate these proceedings to a level comparable to cases that, in the words of the Judge at paragraph 26 of his reasons, “affect large segments of the population or raise constitutional issues”. Thus, the public nature of section 45 proceedings must be balanced against other relevant considerations which, in my respectful view, must be considered in the present matter. As I will explain shortly, the existence of a public interest component in section 45 does not, in the present matter, outweigh other considerations which militate against granting intervention. In my view, when all of the relevant factors are considered, the public nature of section 45 proceedings does not tip the scale in CCM’s favour. In other words, a proper balancing of all the relevant factors leads me to conclude that the Prothonotary did not err in refusing to allow CCM to intervene.

[60] I now turn to these other considerations.

[61] The first consideration is the agreement entered into between Bauer and CCM wherein CCM undertook and agreed not to object to Bauer’s use or registration of the trade-mark at issue. On the basis of this agreement, Bauer asserts that CCM is contractually barred from attacking the validity of its trade-mark. It says that this argument can be put forward in its defence against CCM’s counterclaim in Federal Court File No. T-311-12 and will constitute one of the issues to be determined by the Federal Court in that file. However, Bauer says that if intervenor status is given to CCM, it will be unable to raise the issue in the context of section 45 proceedings in that the Federal Court “will merely be reviewing the decision of the Registrar to expunge Bauer’s Trademark registration applying the appropriate standard of review” (Bauer’s memorandum of fact and law, paragraph 113).

[62] I should point out that the aforesaid agreement between CCM and Bauer was considered by our Court in *Bauer Hockey Corp. v. Sport Maska Inc.*

[59] Toutefois, le fait que les instances fondées sur l’article 45 comportent un aspect d’intérêt public n’a pas pour effet d’élever ces instances au même rang que les affaires qui, pour reprendre les mots du juge au paragraphe 26 de ses motifs, « touchent un large secteur de la population ou qui soulèvent des questions constitutionnelles ». Par conséquent, la nature publique des instances fondées sur l’article 45 doit être mise en équilibre avec d’autres facteurs pertinents qui, à mon avis, doivent être pris en considération dans la présente affaire. Comme je l’expliquerai sous peu, l’existence d’un intérêt public dans les instances fondées sur l’article 45 ne l’emporte pas sur les autres facteurs qui militent contre l’accueil de la requête en intervention en l’espèce. À mon avis, lorsque tous les facteurs pertinents sont pris en considération, la nature publique des instances fondées sur l’article 45 ne fait pas pencher la balance du côté de CCM. Autrement dit, un juste équilibre entre tous les facteurs pertinents m’amène à conclure que le protonotaire n’a pas commis d’erreur en refusant d’accorder le statut d’intervenante à CCM.

[60] Je me penche maintenant sur ces autres facteurs.

[61] Le premier est l’entente conclue entre Bauer et CCM et par laquelle CCM a accepté de ne pas s’opposer à l’emploi ou à l’enregistrement de la marque de commerce en cause par Bauer. En raison de cette entente contractuelle, Bauer soutient que CCM ne peut pas contester la validité de sa marque de commerce. Elle affirme que cette thèse peut être présentée en défense contre la demande reconventionnelle de CCM dans le dossier n° T-311-12 de la Cour fédérale et qu’elle sera l’une des questions que la Cour devra trancher dans ce dossier. Toutefois, Bauer indique que si le statut d’intervenante est accordé à CCM, Bauer sera incapable de soulever la question dans l’instance fondée sur l’article 45, car la Cour fédérale [TRADUCTION] « ne fera qu’examiner la décision du registraire de radier la marque de commerce de Bauer en appliquant la norme de révision appropriée » (mémoire des faits et du droit de Bauer, au paragraphe 113).

[62] Je dois préciser que l’entente susmentionnée conclue entre CCM et Bauer a été prise en considération par la Cour dans l’arrêt *Bauer Hockey Corp. c. Sport*

(*Reebok-CCM Hockey*), 2014 FCA 158, 122 C.P.R. (4th) 97, where it held that the judge below had erred in striking certain portions of Bauer's amended statement of claim. More particularly, our Court was of the view that Bauer's amended allegations, which relied in part on the aforesaid agreement, were such that it could not be said that its claim for punitive damages had no reasonable prospect of success. In other words, it was not plain and obvious, in the Court's view, that the amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action with respect to punitive damages.

[63] The Prothonotary, at paragraph 13 of his reasons, considered this point concluding that "it would appear that said argument by Bauer would not be possible to make against CCM in the appeal should the latter be granted intervener status". It is clear, in my view, that this is one of the considerations which led the learned Prothonotary to conclude that intervention should not be granted to CCM. In considering Bauer's contractual arrangements with CCM as relevant in the determination of whether intervener status should be granted, the Prothonotary did not err. I would go further and say that it would have been an error on his part not to give consideration to this matter.

[64] The other consideration which, in my view, militates against granting intervener status to CCM is the existence of litigation between Bauer and CCM in Federal Court File No. T-311-12. In that file, Bauer has instituted proceedings against CCM claiming that CCM has infringed its trade-mark and CCM has counter-claimed seeking a declaration that the trade-mark is invalid. In seeking the invalidity of the trade-mark, CCM says at paragraph 25 of its statement of defence and counterclaim:

... Bauer does not use the [Trademark] as a trade-mark; rather, the [Trademark] is merely a decorative border or surround on the skate to highlight the BAUER word mark. To the extent that the [Trademark] or the Floating Skate's Eyestay Design have ever appeared on Bauer's skates, they have always been in combination with the BAUER word mark.

Maska inc. (Reebok-CCM Hockey), 2014 CAF 158, où elle a jugé que le juge de première instance avait commis une erreur en radiant certaines parties de la déclaration modifiée de Bauer. Plus précisément, la Cour était d'avis que les allégations modifiées de Bauer, qui étaient fondées en partie sur l'entente susmentionnée, étaient telles que l'on ne pouvait pas conclure que la demande de Bauer pour obtenir des dommages-intérêts punitifs n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie. Autrement dit, il n'était pas évident et manifeste pour la Cour que la déclaration modifiée ne révélait aucune cause d'action valable pour des dommages-intérêts punitifs.

[63] Le protonotaire s'est penché sur ce point au paragraphe 13 de ses motifs et a conclu [TRADUCTION] « qu'il semble que l'argument de Bauer ne pourrait pas être présenté contre CCM en appel si cette dernière se voyait accorder le statut d'intervenante ». Il est clair, à mon avis, qu'il s'agit de l'un des facteurs qui ont mené le protonotaire à conclure que la requête en intervention de CCM ne devrait pas être accueillie. Le protonotaire n'a pas commis d'erreur en jugeant les ententes contractuelles de Bauer et de CCM comme étant pertinentes pour déterminer si le statut d'intervenante devait être accordé. J'ajouterais qu'il aurait commis une erreur s'il n'avait pas tenu compte de ce point.

[64] L'autre facteur qui, à mon avis, milite contre l'octroi du statut d'intervenante à CCM est l'existence d'un litige entre Bauer et CCM dans le dossier n° T-311-12 devant la Cour fédérale. Dans ce dossier, Bauer a intenté une instance contre CCM, alléguant que cette dernière avait contrefait sa marque de commerce. CCM a déposé une demande reconventionnelle et a demandé une déclaration portant que la marque de commerce était invalide. En contestant la validité de la marque de commerce, CCM mentionne au paragraphe 25 de sa défense et demande reconventionnelle :

[TRADUCTION] [...] Bauer n'emploie pas la [marque de commerce] comme une marque de commerce; la [marque de commerce] sert simplement de finition décorative sur le patin pour mettre en évidence le mot servant de marque BAUER. Si la [marque de commerce] ou le dessin sur le renfort d'œillets a déjà figuré sur les patins de Bauer, ceux-ci ont toujours été combinés avec le mot servant de marque BAUER.

[65] The above assertion by CCM is similar to paragraph 13 of the Registrar’s decision where she said:

I find that the addition of the word element “BAUER” IS A DOMINANT ELEMENT OF THE [Trademark] as used. As such, the [Trademark] as used is no longer simply a design mark but is clearly composed of two elements – an eyestay design and the word BAUER. As for the use of BAUER within the design mark, I am not convinced that the public would likely perceive it as a separate trade-mark from the [Trademark] at issue. Such additional matter would detract from the public’s perception of the use of the trade-mark “SKATES’ S EYESTAY DESIGN” *per se*.

[66] Bauer says that its use of the trade-mark at the time that Easton requested that the Registrar send a section 45 notice is the same as that when it reached its agreement with CCM approximately 30 years ago. In its reply and defence to CCM’s counterclaim, Bauer also says, as I have just indicated, that CCM is contractually barred from challenging its trade-mark.

[67] The Prothonotary was of the view that the litigation in Court File No. T-311-12 was a factor which had to be considered in determining whether intervenor status should be given to CCM. At paragraph 15 of his reasons, the Prothonotary referred to those proceedings by saying that there was a “full debate already ongoing in File T-311-12—a dynamic not present in *Pictou Landing*”. The Judge shared the Prothonotary’s view and said at paragraph 31 of his reasons that “[t]he validity of the trade-mark is in issue in the litigation between Bauer and CCM in docket T-311-12. That is the forum in which CCM should make its case.”

[68] In my view, there was no error in so concluding on the part of the Prothonotary and the Judge. I agree with Bauer’s assertion that allowing CCM to intervene would not, in any event, necessarily simplify and expedite the ongoing dispute over Bauer’s trade-mark. However, I need not go into this in greater detail since both the Prothonotary and the Judge, exercising their respective discretions, were of the view that litigation in File No. T-311-12 was a relevant consideration in

[65] Cette assertion de CCM est similaire à celle qui figure au paragraphe 13 de la décision du registraire :

Je suis d’avis que l’ajout du mot « BAUER » est un élément dominant de la Marque telle qu’elle est employée. Ainsi, la Marque telle qu’elle est employée ne constitue plus simplement un dessin de marque, mais elle est clairement composée de deux éléments : un design sur le garant et le mot BAUER. Quant à l’emploi du mot BAUER dans le dessin de marque, je ne suis pas convaincue que le public le percevrait comme une marque de commerce différente de la Marque en question. Un tel élément supplémentaire altérerait la perception qu’a le public de l’emploi de la marque de commerce « SKATE’S EYESTAY DESIGN » en soi.

[66] Bauer affirme que son emploi de la marque de commerce au moment où Easton a demandé au registraire d’envoyer un avis en vertu de l’article 45 est le même que celui qu’elle en faisait au moment où elle a conclu une entente avec CCM, il y a environ 30 ans. Dans sa réponse et sa défense à la demande reconventionnelle de CCM, Bauer soutient également, comme je viens de l’indiquer, que CCM ne peut pas contester sa marque de commerce en raison de cette entente.

[67] Le protonotaire était d’avis que le litige dans le dossier n° T-311-12 de la Cour était un facteur qui devait être pris en considération pour déterminer si le statut d’intervenante devait être accordé à CCM. Au paragraphe 15 de ses motifs, le protonotaire a fait mention de cette procédure en renvoyant au [TRADUCTION] « débat de fond déjà en cours dans le dossier n° T-311-12 — ce qui n’était pas le cas dans *Pictou Landing* ». Le juge partageait l’avis du protonotaire et a déclaré au paragraphe 31 de ses motifs : « La validité de la marque de commerce est en litige dans l’affaire qui oppose Bauer et CCM dans le dossier T-311-12. C’est l’instance devant laquelle CCM devrait présenter ses arguments. »

[68] À mon avis, le protonotaire et le juge n’ont commis aucune erreur lorsqu’ils sont arrivés à cette conclusion. Je souscris à l’assertion de Bauer selon laquelle le fait de permettre à CCM d’intervenir ne simplifierait pas nécessairement ni n’accélérait le conflit en cours à l’égard de la marque de commerce de Bauer. Cependant, je n’ai pas besoin d’examiner plus en détail la question, car le protonotaire et le juge, exerçant leur pouvoir discrétionnaire respectif, étaient

determining whether CCM should be allowed to intervene. I can see no basis on which I could conclude that it was wrong on their part to take the ongoing litigation between the parties as a relevant factor. Again, I am of the view that it would have been an error not to take such litigation into consideration.

[69] CCM further submits, as it did before the Judge, that the Prothonotary erred in considering Bauer's settlement with Easton. As I indicated earlier, the Judge agreed with CCM but was satisfied that the Prothonotary's error was inconsequential. I am also of that view. In any event, it is my opinion that Bauer's agreement with CCM and the existence of litigation in Federal Court File No. T-311-12 clearly outweigh all other considerations in this file.

[70] Although I believe that this is sufficient to dispose of the appeal, I will nonetheless briefly examine the specific factors enunciated in *Rothmans, Benson & Hedges* in the light of the evidence before us.

[71] First, is CCM directly affected by the outcome of the section 45 proceedings? The answer is that it is affected, in a certain way. More particularly, if the Registrar's decision is upheld, Bauer's trade-mark will be expunged and that conclusion will be helpful to CCM in Bauer's infringement action. However, it is clear to me, in the circumstances of this case, that the purpose of CCM's attempt to intervene is to gain a tactical advantage. In so saying I do not intend to criticize CCM. I am simply making what I believe to be a realistic observation of what is going on in the file.

[72] As to the second factor, i.e. whether there exists a justiciable issue and a veritable public interest, I have already dealt with this in addressing CCM's arguments concerning the public nature of section 45 proceedings.

tous deux d'avis que le litige dans le dossier n° T-311-12 était un facteur pertinent dont il fallait tenir compte pour déterminer si la requête en intervention de CCM devrait être accueillie. Je ne vois aucune raison de conclure qu'ils ont eu tort de considérer le litige en cours entre les parties comme étant un facteur pertinent. Là encore, je suis d'avis que le fait de ne pas tenir compte de ce litige aurait été une erreur.

[69] CCM soutient par ailleurs, comme elle l'a fait devant le juge, que le protonotaire a commis une erreur en tenant compte du règlement intervenu entre Bauer et Easton. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge était d'accord avec CCM, mais était convaincu que l'erreur du protonotaire n'avait aucune conséquence. Je suis aussi de cet avis. Quoi qu'il en soit, je crois que l'entente liant Bauer et CCM et que l'existence du litige dans le dossier n° T-311-12 de la Cour fédérale l'emportent clairement sur tous les autres facteurs dans la présente affaire.

[70] Bien que je sois d'avis que cela est suffisant pour rendre une décision dans le présent appel, je vais néanmoins examiner brièvement les facteurs précis énoncés dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* à la lumière de la preuve qui nous est présentée.

[71] Tout d'abord, CCM est-elle directement touchée par l'issue de l'instance fondée sur l'article 45? La réponse est qu'elle est touchée d'une certaine façon. Plus précisément, si la décision du registraire est maintenue, la marque de commerce de Bauer sera radiée et cette conclusion sera utile à CCM dans l'action en contrefaçon de Bauer. Cependant, il est clair à mon avis que dans les circonstances de la présente affaire, CCM tente d'obtenir le statut d'intervenante en vue de gagner un avantage tactique. Je ne le dis pas dans l'intention de critiquer CCM. Je ne fais qu'exprimer ce que je crois être une observation réaliste de ce qui se passe dans le dossier.

[72] Quant au deuxième facteur, « y a-t-il une question qui relève de la compétence des tribunaux ainsi qu'un véritable intérêt public? », j'ai déjà répondu à cette question lorsque j'ai abordé les arguments de CCM concernant la nature publique des instances fondées sur l'article 45.

[73] As to the third factor, i.e. whether there is a lack of any other reasonable or efficient means to submit the question at issue before the Court, the answer is no. The question raised in the section 45 proceedings is, albeit in a different setting, also raised in the litigation conducted by the parties in Federal Court File No.: T-311-12. Preventing CCM from intervening in the section 45 proceedings will not cause it any prejudice other than the loss of a tactical advantage. In any event, CCM can and could have requested the Registrar to give Bauer a section 45 notice at any time. It chose not to do so for reasons which are of no concern to us. Whether it did not request the Registrar to give such a notice because of its agreement with Bauer not to object to Bauer's use or registration of the trade-mark is a question which I need not address.

[74] With regard to the fourth factor, i.e. whether the position of the proposed intervenor can be adequately defended by one of the parties, the answer is no in that there is no party to the case other than Bauer. The position which CCM wishes to advance is that which Easton put forward, with success, before the Registrar and which it would have defended in the appeal before the Federal Court.

[75] As to the sixth factor, i.e. can the Court hear and decide the case on its merits without the proposed intervenor, the answer is yes. The fact that there would be no respondent does not prevent the Federal Court from performing its task in the circumstances. There can be no doubt that a respondent would be helpful to the Court but, in the circumstances, this factor does not tip the scale in favour of CCM. In any event, that was the conclusion arrived at by the Prothonotary and I can see no basis to disturb it.

[76] To repeat myself, I am satisfied that when all of the relevant considerations are taken in, the interests of justice are better served by not allowing CCM to intervene.

[73] Pour ce qui est du troisième facteur, « s'agit-il d'un cas où il semble n'y avoir aucun autre moyen raisonnable ou efficace de soumettre la question à la Cour? », la réponse est non. La question soulevée dans l'instance fondée sur l'article 45 est, quoique le contexte soit différent, aussi soulevée dans le litige en cours entre les parties dans le dossier n° T-311-12 à la Cour fédérale. Le fait d'empêcher CCM d'intervenir dans l'instance fondée sur l'article 45 ne causera aucun préjudice, sauf la perte d'un avantage tactique. Quoiqu'il en soit, CCM peut et aurait pu demander au registraire de donner à Bauer un avis en vertu de l'article 45 à tout moment. Elle a choisi de ne pas le faire pour des raisons qui ne nous concernent pas. La question de savoir si elle a choisi de ne pas demander au registraire de donner un tel avis en raison de l'entente conclue avec Bauer de ne pas s'opposer à l'emploi ou à l'enregistrement de la marque de commerce par Bauer est une question sur laquelle je n'ai pas à me pencher.

[74] En ce qui concerne le quatrième facteur, « la position de la personne qui se propose d'intervenir est-elle défendue adéquatement par l'une des parties au litige? », la réponse est non, car il n'y a aucune partie, à l'exception de Bauer. La position que CCM souhaite avancer est la même que celle qu'Easton a présentée, avec succès, devant le registraire et qu'elle aurait défendue dans l'appel devant la Cour fédérale.

[75] Quant au sixième facteur, « la Cour peut-elle entendre l'affaire et statuer sur le fond sans autoriser l'intervention? », la réponse est oui. Le fait qu'il n'y aurait aucun intimé n'empêche pas la Cour fédérale de s'acquitter de sa fonction dans les circonstances. Il ne fait aucun doute qu'un intimé serait utile à la Cour, mais, dans les circonstances, ce facteur ne fait pas pencher la balance en faveur de CCM. Quoiqu'il en soit, c'est la conclusion à laquelle est arrivé le protonotaire, et je ne vois aucune raison de la modifier.

[76] Comme je l'ai dit, je suis convaincu que lorsque tous les facteurs pertinents sont pris en considération, l'intérêt de la justice sera mieux servi si l'intervention demandée par CCM n'est pas autorisée.

VII. Conclusion

[77] For these reasons, I conclude that the Judge made no error in refusing to interfere with the Prothonotary's decision. Consequently, I would dismiss the appeal but, in the circumstances, without costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

VII. Conclusion

[77] Pour ces raisons, je conclus que le juge n'a commis aucune erreur en refusant de modifier la décision du protonotaire. Par conséquent, je rejetterais l'appel, mais, dans les circonstances, sans dépens.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-2266-15
2016 FC 164

IMM-2266-15
2016 CF 164

Fakhria Ameni, Ehsan Faizee and Najeb Faizee
(Applicants)

Fakhria Ameni, Ehsan Faizee et Najeb Faizee
(demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

INDEXED AS: AMENI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : AMENI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Brown J.—Toronto, January 27; Ottawa, February 9, 2016.

Cour fédérale, juge Brown—Toronto, 27 janvier; Ottawa, 9 février 2016.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by visa officer finding applicants ineligible for permanent residence as members of Convention refugee class or country of asylum class under Immigration and Refugee Protection Act, s. 96, Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 139, 147 — Applicants, Afghans, filing claim in Pakistan — Providing evidence in support of residence therein — Main issue whether officer acted incorrectly or unreasonably by requiring applicants to prove “residence” or “continuous residence” in Pakistan as pre-condition for being accepted under Convention refugee or country of asylum class — Applicants’ claim unreasonably rejected because required to establish residence outside their country of nationality — Officers not following law in respect of either class of refugees — No requirement in Act, s. 96, Regulations, ss. 139 or 147 that claimant must “reside” outside country of nationality or habitual residence — Applicants only having to be outside country of nationality — No requirement to “substantiate continuous residency” or “establish residency” — Officers performing impermissible cause, effect analysis, applying incorrect legal test — Finding applicants misrepresenting country of residence as Pakistan also unreasonable — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d’une décision rendue par un agent des visas selon laquelle les demandeurs ne sont pas admissibles à la résidence permanente en tant que membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou membres de la catégorie de personnes de pays d’accueil en vertu de l’art. 96 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et des art. 139 et 147 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés — Les demandeurs, des Afghans, ont présenté leur demande au Pakistan — Ils ont fourni des éléments de preuve afin de prouver qu’ils demeuraient au Pakistan — Il s’agissait principalement de savoir si l’agent a agi de manière incorrecte ou déraisonnable en demandant aux demandeurs de prouver leur « résidence » ou leur « résidence continue » au Pakistan pour être admis dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou la catégorie de personnes de pays d’accueil — La demande des demandeurs a été rejetée de manière déraisonnable parce que l’agent a exigé qu’ils démontrent qu’ils habitaient à l’extérieur de leur pays de nationalité — Les agents n’ont pas respecté les dispositions de la Loi applicables aux deux catégories de réfugiés — Ni l’art. 96 de la Loi ni l’art. 147 ou 139 du Règlement ne prévoient qu’un demandeur doit « habiter » à l’extérieur du pays dont il a la nationalité ou dans lequel il a sa résidence habituelle — Les demandeurs devaient seulement « se trouver hors » de tout pays dont ils ont la nationalité — Ils n’étaient pas tenus d’« étayer leur preuve de résidence continue » ou d’« établir leur résidence » — Les agents ont effectué une analyse inadmissible des causes et des effets et ont appliqué le mauvais critère juridique — La conclusion selon laquelle les demandeurs avaient faussement déclaré que leur pays de résidence était le Pakistan est également déraisonnable — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer finding the applicants ineligible for permanent residence in Canada as members of the Convention refugee class or as members of the country of asylum class under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and sections 139 and 147 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*.

The applicants, Afghans, filed their claim with the High Commission of Canada in Islamabad, Pakistan. The applicants provided evidence to the officer in support of their residence in Pakistan, including a tenancy confirmation letter from their landlord in Peshawar.

The main issue was whether the officer acted incorrectly or unreasonably by requiring the applicants to prove “residence” or “continuous residence” in Pakistan as a pre-condition to be accepted under either the Convention refugee class, or the country of asylum class.

Held, the application should be allowed.

The applicants’ claim was unreasonably rejected because the officer required them to establish that they were residents outside of their country of nationality. The officers (there appear to have been two officers involved) did not follow the law in respect of either class of refugees. There is no requirement in section 96 of the Act, nor in sections 139 or 147 of the Regulations, that a claimant must “reside” outside of the country of their nationality or habitual residence. The only country connection requirement for Convention refugee and asylum class claimants is that they be outside their country of nationality. There was no requirement that the applicants “substantiate continuous residency”, or “establish residency” in Pakistan. The officers referred to the applicants as “not living outside their country of nationality”. While *Nassima v. Canada (Citizenship and Immigration)* refers to “living” in the country in which the claim is made, that decision may not be taken as authority for the proposition that the language used by the legislator in section 96 of the Act and sections 139 and 147 of the Regulations are to be replaced with the word “living”, any more than the words used in the legislation and regulations are to be replaced with the word “reside”. Simply being outside one’s country of nationality is enough. The officers performed an impermissible cause and effect analysis and applied an incorrect legal test.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par un agent des visas selon laquelle les demandeurs ne sont pas admissibles à la résidence permanente en tant que membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou membres de la catégorie de personnes de pays d’accueil en vertu de l’article 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et des articles 139 et 147 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

Les demandeurs, des Afghans, ont présenté leur demande auprès du Haut-commissariat du Canada à Islamabad, au Pakistan. Ils ont fourni des éléments de preuve à l’agent afin de prouver qu’ils demeuraient au Pakistan, notamment une lettre de confirmation de location de leur locateur à Peshawar.

Il s’agissait principalement de savoir si l’agent a agi de manière incorrecte ou déraisonnable en demandant aux demandeurs de prouver leur « résidence » ou leur « résidence continue » au Pakistan pour être admis dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou la catégorie de personnes de pays d’accueil.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La demande des demandeurs a été rejetée de manière déraisonnable parce que l’agent a exigé qu’ils démontrent qu’ils habitaient à l’extérieur de leur pays de nationalité. Les agents (deux agents semblent avoir travaillé sur le dossier) n’ont pas respecté les dispositions de la loi applicables aux deux catégories de réfugiés. Ni l’article 96 de la Loi ni l’article 139 ou 147 du Règlement ne prévoient qu’un demandeur doit « habiter » à l’extérieur du pays dont il a la nationalité ou dans lequel il a sa résidence habituelle. La seule condition applicable aux liens avec son pays que doit remplir une personne qui présente une demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou une demande de statut de personne de pays d’accueil est qu’elle doit « se trouver hors » de tout pays dont elle a la nationalité. Les demandeurs n’étaient pas tenus d’« étayer leur preuve de résidence continue » ou d’« établir leur résidence » au Pakistan. Il est indiqué dans les motifs des agents que les demandeurs « n’habitent pas à l’extérieur de leur pays de nationalité ». Bien que la décision *Nassima c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* aborde le concept d’« habiter » dans le pays où la demande est présentée, la proposition que les termes utilisés par le législateur dans l’article 96 de la Loi et les articles 139 et 147 du Règlement pourraient être remplacés par le terme « habiter » ou des variantes de celui-ci et que les termes utilisés dans la Loi et le Règlement pourraient être remplacés par le terme « résider » ne peut pas s’appuyer sur cette décision. Il suffit de se trouver à l’extérieur de son pays de nationalité. Les agents ont effectué une analyse inadmissible des causes et des effets et ont appliqué le mauvais critère juridique.

Finally, the officers made an unreasonable finding that the applicants misrepresented their country of residence as Pakistan. Any consideration of misrepresentation was inextricably bound up with the officers' erroneous legal test and unreasonable analysis.

Enfin, les agents ont tiré une conclusion déraisonnable selon laquelle les demandeurs avaient faussement déclaré que leur pays de résidence était le Pakistan. La prise en considération de la fausse déclaration était inextricablement liée au critère juridique erroné et à l'analyse déraisonnable des agents.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 96.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 139, 147.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

DISTINGUISHED:

Nassima v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 FC 688; *Wardak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 673.

REFERRED TO:

Sakthivel v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 FC 292; *Bakhtiari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1229; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Ma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 838; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315; *Chandrakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1997 CanLII 16770 (F.C.A.); *Siddiqui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 329, [2015] 4 F.C.R. 409; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

AUTHORS CITED

United Nations. 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.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer finding the applicants ineligible for

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 96.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 139, 147.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Nassima c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CF 688; *Wardak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 673.

DÉCISIONS CITÉES :

Sakthivel c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CF 292; *Bakhtiari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1229; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Ma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 838; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315; *Chandrakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 615 (C.A.) (QL); *Siddiqui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 329, [2015] 4 R.C.F. 409; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *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 relatif au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent des visas selon laquelle les

permanent residence in Canada as members of the Convention refugee class or as members of the country of asylum class under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and sections 139 and 147 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application allowed.

APPEARANCES

Lisa R. G. Winter-Card for applicants.
Teresa Ramnarine for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Lisa R. G. Winter-Card, Welland, Ontario, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BROWN J.: This is an application for judicial review under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) by Fakhria Ameni (the applicant) and her two sons, Ehsan Faizee and Najeb Faizee (collectively the applicants), of a decision by an Islamabad visa officer, High Commission of Canada, Visa Section (Pakistan) (the officer), dated March 17, 2015, and communicated to the applicant on the same day, in which the officer found the applicant and her two sons ineligible for permanent residence in Canada as members of the Convention refugee class or as members of the country of asylum class under section 96 of the IRPA and sections 139 and 147 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227] (IRPR [or the Regulations]). Leave to apply for judicial review was granted on October 28, 2015.

[2] As a procedural note, at the beginning of the hearing counsel for the applicants moved, with consent of the respondent, to amend the style of cause to add the

demandeurs ne sont pas admissibles à la résidence permanente en tant que membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou membres de la catégorie de personnes de pays d'accueil en vertu de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des articles 139 et 147 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Lisa R. G. Winter-Card pour les demandeurs.
Teresa Ramnarine pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Lisa R. G. Winter-Card, Welland, Ontario, pour les demandeurs.
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 BROWN : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) par Fakhria Ameni (la demanderesse) et ses deux fils, Ehsan Faizee et Najeb Faizee (collectivement les demandeurs), à l'encontre de la décision rendue le 17 mars 2015 par un agent des visas islamabadien de la Section de visa du Haut-commissariat du Canada au Pakistan (l'agent) et communiquée à la demanderesse ce même jour, décision selon laquelle la demanderesse et ses deux fils ne sont pas admissibles à la résidence permanente en tant que membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou membres de la catégorie de personnes de pays d'accueil en vertu de l'article 96 de la LIPR et des articles 139 et 147 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] (le RIPR [ou le Règlement]). La demande d'autorisation de contrôle judiciaire a été accordée le 28 octobre 2015.

[2] Il est à noter qu'au début de l'audience, l'avocate des demandeurs a demandé, avec le consentement du défendeur, de modifier l'intitulé pour y ajouter les noms

two sons. Such order is granted with immediate effect; these reasons reflect the now-amended style of cause.

I. Facts

[3] The applicant is Afghani. She filed her claim with the High Commission in Islamabad where she was interviewed. She claimed to have resided in Pakistan since 1993. Her application was initiated by her husband, who passed away in January 2015. The remaining persons on her application were two of her sons. Not included in the application are one married daughter in Pakistan, one married daughter in Kabul, and one son in the U.S.A. The applicant and her family are sponsored by Association éducative transculturelle of Sherbrooke, Quebec.

[4] The applicant and her family said they had moved to Peshawar from Afghanistan in 1993. At that time, amidst fighting taking place in their locale, a mujahedeen shot a brother-in-law and the husband's sister in front of the applicant and her family. Fearing for their safety, the applicant and her family fled on foot to Peshawar, Pakistan.

[5] In 1999, the family returned to Afghanistan in the hope that the country was safer with a changed regime. However, one month after the family's return, the applicant's husband was taken and tortured by the Taliban for a week. After this incident, the family returned to Pakistan. The husband's injuries from this torture remained until his death.

[6] The applicant and her sons provided the following evidence to the officer in support of their residence in Pakistan:

- A letter in the initial application in 2010, signed by the husband, stating "We have tried to get the POR card few times but due to the disorganized process and inefficient way we failed to get one." The applicants did not have "POR" cards, which are identity documents issued to registered Afghan refugees in Pakistan through cooperation between the Pakistani government

des deux fils. La requête est accordée avec effet immédiat. Les présents motifs contiennent l'intitulé modifié.

I. Faits

[3] La demanderesse est Afghane. Elle a présenté sa demande auprès du Haut-commissariat d'Islamabad, où elle a été reçue en entrevue. Elle a déclaré qu'elle habitait au Pakistan depuis 1993. C'est son mari, décédé en janvier 2015, qui avait présenté sa demande. Les autres noms figurant sur sa demande sont ceux de ses deux fils. Sa demande ne contient toutefois pas les noms de ses filles mariées habitant au Pakistan et à Kaboul et d'un autre de ses fils habitant aux États-Unis. La demanderesse et sa famille sont parrainées par l'Association éducative transculturelle de Sherbrooke, au Québec.

[4] La demanderesse et sa famille ont indiqué qu'ils sont déménagés de l'Afghanistan à Peshawar en 1993. À cette époque, des combats faisaient rage dans leur localité et un beau-frère et la sœur du mari de la demanderesse ont été abattus par un moudjahid sous les yeux de la demanderesse et sa famille. Craignant pour leur sécurité, la demanderesse et sa famille se sont enfuies à pied à Peshawar, au Pakistan.

[5] En 1999, la famille est retournée en Afghanistan dans l'espoir que le pays soit plus sécuritaire après le changement de régime. Or, un mois après le retour de la famille, le mari de la demanderesse a été enlevé et torturé pendant une semaine par les talibans. Après l'incident, la famille est retournée au Pakistan. Le mari ne s'est pas remis de ses blessures avant de mourir.

[6] La demanderesse et ses fils ont fourni les éléments de preuve suivants à l'agent pour prouver qu'ils habitaient au Pakistan :

- Une lettre signée par le mari qui avait été jointe à la demande initiale présentée en 2010 qui indiquait : [TRADUCTION] « Nous avons essayé d'obtenir la carte de preuve d'enregistrement à plusieurs reprises, mais nous n'avons pas pu l'obtenir parce que le processus était désorganisé et inefficace ». Les demandeurs n'avaient pas de carte de « preuve d'enregistrement »,

and the UNHCR [United Nations High Commissioner for Refugees];

- Afghani *Tazkiras* (national identity cards) renewed in 2009 and 2012;
- According to the applicant's affidavit, though absent from the certified tribunal record (CTR), school ID cards for the applicant's sons, without report cards or other school records. At the hearing I asked that the departmental file be searched for the school ID documents, but the report was the same: no such documents are in the file. On this basis, I am not prepared to allow the alleged school ID documents to be admitted as new evidence in the face of a direct finding by the officer that they were not presented, although I do note the *Tazkiras* referred to above are also not in the CTR;
- Tenancy confirmation letter by the applicants' landlord, Dr. Sediqullah Sediq, stating the applicant and her family have been tenants of his in Peshawar, Pakistan since 2005, and that the applicant provided caregiving services for his children and mother;
- Utility bill for the leased property for January and February 2015;
- Letters from the sons' employer, a restaurant owned by an Afghani person, stating the sons' roles in the restaurant in Peshawar, Pakistan, on paper without letterhead, with a handwritten number replacing the printed number at the bottom of the letters. A business card for the restaurant was attached to these letters.

[7] The applicants did not give the officer their Afghani passports, which in fact they had renewed in Kabul in February 2015.

[8] The officer sent a letter to the applicant in January 2015, dated after her husband's passing, giving the family notice of an interview scheduled for March 4, 2015,

qui est une pièce d'identité délivrée aux réfugiés afghans enregistrés par le truchement d'une coopération entre le gouvernement pakistanais et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR);

- Les *tazkiras* afghans (cartes d'identité nationales) ayant été renouvelés en 2009 et 2012;
- Les cartes d'étudiant des fils de la demanderesse fournies dans l'affidavit, mais pas dans le dossier certifié du tribunal (DCT), sans bulletins ou autres dossiers scolaires. À l'audience, j'ai demandé que l'on cherche les cartes d'étudiant dans le dossier ministériel, mais la conclusion est restée la même : ces documents ne figurent pas dans le dossier. Pour ce motif, je ne suis pas prêt à accueillir à titre de nouveaux éléments de preuve les cartes d'étudiant mentionnées puisque l'agent a lui-même conclu que ces documents n'ont pas été produits. Cependant, je remarque que les *tazkiras* susmentionnés ne figurent pas non plus dans le DCT;
- Une lettre de confirmation de location du locateur de la demanderesse, le D^r Sediqullah Sediq, indiquant que la demanderesse et sa famille sont ses locataires à Peshawar, au Pakistan, depuis 2005, et que la demanderesse prenait soin de ses enfants et de sa mère;
- Une facture de services publics pour le logement pour les mois de janvier et février 2015;
- Des lettres de l'employeur des fils, un restaurant appartenant à un Afghan, décrivant les tâches qu'exécutent les fils dans le restaurant à Peshawar, au Pakistan, sur du papier sans en-tête, où le nombre imprimé au bas des lettres avait été remplacé par un nombre écrit à la main. Une carte professionnelle du restaurant avait été jointe à ces lettres.

[7] Les demandeurs n'ont pas remis à l'agent leurs passeports afghans, qu'ils avaient renouvelés à Kaboul en février 2015.

[8] L'agent a envoyé une lettre à la demanderesse en janvier 2015, après le décès de son mari, afin d'informer la famille qu'elle était convoquée à une entrevue le 4

but the letter came back undelivered from the address on the applicants' record. On February 26, the principal applicant notified the Commission that the family had moved since January 1, 2015, and that her husband had passed away. She informed the Commission of her new address. The Commission sent out the interview notice to this new address and the applicant received the letter without issue.

[9] The officer determined that the applicant did not meet the requirements for immigration to Canada under either class.

II. Issues

[10] In my view the issues are:

1. Did the officer act incorrectly or unreasonably by requiring the applicant and her sons to prove "residence" or "continuous residence" in Pakistan as a pre-condition to be accepted under either the Convention refugee class, or the country of asylum class, pursuant to section 96 of the IRPA and sections 139 and 147 of the IRPR?
2. Did the officer act unreasonably in finding the applicant and her sons misrepresented their country of residence as Pakistan instead of Afghanistan?
3. Did the officer breach the rules of natural justice by not putting reavailment concerns to the applicants so as to give them an opportunity to respond?

III. Discussion and Analysis

A. *Standard of Review*

[11] As to the standard of review, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*),

mars 2015, mais la lettre envoyée à l'adresse au dossier a été retournée non livrée. Le 26 février, la demanderesse principale a avisé la Commission que la famille avait déménagé le 1^{er} janvier 2015 et que son mari était décédé. Elle a fourni sa nouvelle adresse à la Commission. La Commission a envoyé l'avis de convocation à une entrevue à cette nouvelle adresse et la demanderesse a reçu la lettre sans aucun problème.

[9] L'agent a déterminé que la demanderesse ne répondait pas aux exigences d'immigration au Canada applicables aux deux catégories.

II. Questions en litige

[10] Je suis d'avis que les questions en litige sont les suivantes :

1. L'agent a-t-il agi de manière incorrecte ou déraisonnable en demandant à la demanderesse et à ses fils de prouver leur « résidence » ou leur « résidence continue » au Pakistan pour être admis dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention ou la catégorie de personnes de pays d'accueil, conformément à l'article 96 de la LIPR et aux articles 139 et 147 du RIPR?
2. L'agent a-t-il agi de manière déraisonnable en concluant que la demanderesse et ses fils ont faussement déclaré que leur pays de résidence était le Pakistan au lieu de l'Afghanistan?
3. L'agent a-t-il enfreint les règles de justice naturelle en n'exposant pas aux demandeurs ses préoccupations concernant le fait de se réclamer à nouveau de la protection du pays dont ils ont la nationalité, ne leur donnant ainsi pas la possibilité de répondre?

III. Discussion et analyse

A. *Critère de contrôle*

[11] En ce qui a trait au critère de contrôle, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008]

at paragraphs 57 and 62, the Supreme Court of Canada held that a standard of review analysis is unnecessary where “the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question.” It is well established that reasonableness is the standard of review applicable to determining whether an applicant is a member of a class of Convention refugee: *Sakthivel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 292, at paragraph 30; *Bakhtiari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1229, at paragraph 22. In *Dunsmuir*, at paragraph 47, the Supreme Court of Canada explained what is required of a court reviewing on the reasonableness standard of review:

... 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.

[12] Issues of procedural fairness and natural justice are reviewable under the correctness standard of review: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraphs 53–55. In *Dunsmuir*, at paragraph 50, the Supreme Court of Canada explained what is required of a court reviewing on the correctness standard of review:

... 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.

1 R.C.S. 190 (l’arrêt *Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a statué aux paragraphes 57 et 62 qu’il n’est pas nécessaire de se livrer à une analyse du critère de contrôle si « la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier ». Il est bien établi que la norme de la décision raisonnable est le critère de contrôle à appliquer pour déterminer si un demandeur appartient à la catégorie des réfugiés au sens de la Convention : décision *Sakthivel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 292, au paragraphe 30, et décision *Bakhtiari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1229, au paragraphe 22. Au paragraphe 47 de l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada explique ce que doit faire une cour lorsqu’elle effectue une révision selon la norme de la décision raisonnable :

[...] La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. 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.

[12] Les questions d’équité procédurale et de justice naturelle sont sujettes à révision selon la norme de la décision correcte : arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43, et arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, aux paragraphes 53 à 55. Au paragraphe 50 de l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada explique ce que doit faire une cour lorsqu’elle effectue une révision selon la norme de la décision correcte :

[...] 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.

IV. Analysis

[13] The first issue concerns what one might term the quality of a claimant's connection to a country other than Canada as a pre-condition of claims for Convention refugee class or country asylum class status. For example, is it enough that a person "is" in such a country, or need he or she establish that they are "living" there, or is it necessary for the claimant to establish he or she is actually a "resident" of that country? A second component of this inquiry asks why a claimant must establish the necessary quality of connection: the reason may derive from a statutory condition set out in the IRPA or IRPR, or it may be self-imposed in that the claimant claimed a set of facts in his or her application which they must then establish. Failure to meet a degree of connection set out in statute may lead to rejection of the claim. Failure to establish the facts on which an application is based may also lead to rejection of a claim based on a determination that there has been misrepresentation or lack of credibility or otherwise.

[14] In this case, it is alleged that the officers who rejected the applicants' claims mistakenly required that the applicants be "resident" in Pakistan while, it is alleged by the applicants, neither the IRPA nor IRPR contain any such residency requirement. It is argued that if the officers imposed a requirement to reside in Pakistan to establish claims as Convention refugee or country of asylum class refugees, and did so under the mistaken belief they did so as a legal matter, the decision is unreasonable or incorrect and should be set aside on judicial review.

[15] In opposition, the respondent says that the officers were not wrong and that the applicants as a legal matter were required to show they resided in Pakistan in order to make either a Convention refugee or country of asylum class refugee claim in Pakistan. In the alternative, and particularly at the hearing of judicial review, the respondent emphasized that the officers' determination to that effect, if unreasonable, was not dispositive; instead,

IV. Analyse

[13] La première question en litige concerne la qualité des liens avec un autre pays que le Canada qui doit être préalablement établie pour obtenir le statut de réfugié de la Convention ou le statut de personne de pays d'accueil. Par exemple, suffit-il qu'une personne « se trouve » dans ledit pays ou doit-elle prouver qu'elle « habite » dans ce pays? Ou faut-il qu'elle prouve qu'elle est une « résidente » de ce pays? Cette question consiste également à déterminer pourquoi un demandeur doit établir la qualité nécessaire des liens : il peut s'agir d'une exigence de la LIPR ou du RIPR ou il peut s'agir d'une condition que s'impose lui-même le demandeur parce qu'il a déclaré un ensemble de faits dans sa demande qu'il doit par la suite établir. L'incapacité à respecter le degré de lien établi dans la Loi peut mener au rejet de la demande. L'incapacité à établir les faits sur lesquels repose une demande peut également mener au rejet de la demande en se fondant sur la conclusion selon laquelle il y a eu une fausse déclaration ou un manque de crédibilité, ou pour tout autre motif.

[14] Dans la présente espèce, il est allégué que les agents qui ont rejeté les demandes des demandeurs ont exigé par erreur que les demandeurs soient des « résidents » du Pakistan, mais les demandeurs allèguent que ni la LIPR, ni le RIPR ne prévoient une telle condition de résidence. Il est allégué que si les agents imposent une condition selon laquelle les demandeurs doivent résider au Pakistan pour établir le bien-fondé des demandes de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d'accueil, en se fondant sur la croyance erronée qu'ils sont légalement autorisés à le faire, la décision est déraisonnable ou incorrecte et devrait être annulée dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

[15] Par contre, le défendeur affirme que les agents n'ont pas commis d'erreur et que les demandeurs devaient démontrer aux termes de la Loi qu'ils habitaient au Pakistan pour présenter une demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d'accueil au Pakistan. Par ailleurs, à l'audience relative au contrôle judiciaire, le défendeur a souligné que bien qu'elle soit déraisonnable, la conclusion tirée

the claim was rejected due to the applicants' misrepresentation. That is, the applicants stated that they resided in Pakistan whereas in fact they resided in Afghanistan, and having misrepresented their claims, it was reasonable for the officers to reject them.

[16] With this in mind I will deal with the issues.

A. Issue 1—*Did the officer act incorrectly or unreasonably in misstating the applicable legal test by requiring the applicant and her sons to prove “residence” or “continuous residence” in Pakistan as a condition of acceptance either under the Convention refugee class, or the country of asylum class, pursuant to section 96 of the IRPA and sections 139 and 147 of the IRPR?*

[17] In my view, the applicants correctly assert that their claim was unreasonably rejected because the officers required them to establish that they were residents outside of their country of nationality. This is overwhelmingly clear from the decision letter. The decision letter concluded by making specific reference to section 96 of the IRPA, which sets out the criteria for a Convention refugee claim, and section 147 [of the IRPR] which sets out the criteria for a country of asylum class claim:

(...) I am not satisfied that you reside in Pakistan as stated and find it more likely that you have repatriated or otherwise reside in Afghanistan, your country of nationality. ... As a result, you do not meet the criteria set out at section 96 of the Act or section 147 of the Regulations. Consequently, with reference to section 139(1)(e) of the Regulations and section 11 of the Act, the application is refused.

[18] The officer's notes, which form part of the decision, repeatedly refer to residence in terms as if it was a legislative requirement. This is illustrated in the

par les agents en ce sens n'est pas déterminante. La demande a plutôt été rejetée en raison des fausses déclarations des demandeurs. En effet, les demandeurs ont déclaré qu'ils habitaient au Pakistan, alors qu'en réalité, ils habitaient en Afghanistan. Par conséquent, puisque les demandeurs ont fait de fausses déclarations, il était raisonnable que les agents rejettent leurs demandes.

[16] À la lumière de ces faits, je me pencherai sur les questions en litige.

A. Première question en litige — *L'agent a-t-il agi de manière incorrecte ou déraisonnable en ne tenant pas compte du critère juridique applicable lorsqu'il a demandé à la demanderesse et à ses fils de prouver leur « résidence » ou leur « résidence continue » au Pakistan pour que leur demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d'accueil soit acceptée, conformément à l'article 96 de la LIPR et aux articles 139 et 147 du RIPR?*

[17] Je suis d'avis que les demandeurs ont déclaré à juste titre que leur demande a été rejetée de manière déraisonnable parce que les agents ont exigé qu'ils démontrent qu'ils habitaient à l'extérieur de leur pays de nationalité. Cette conclusion est d'ailleurs manifeste d'après la lettre de décision. Cette dernière renvoie à l'article 96 de la LIPR, qui établit les critères d'admissibilité d'une demande de statut de réfugié au sens de la Convention, et à l'article 147 du RIPR, qui établit les critères d'admissibilité d'une demande de statut de personne de pays d'accueil :

[TRADUCTION] [...] Je ne suis pas convaincu que vous habitez au Pakistan comme vous l'avez déclaré et je crois qu'il est plus probable que vous ayez été rapatriés ou que vous habitiez en Afghanistan, votre pays de nationalité. [...] Par conséquent, vous ne répondez pas aux critères établis dans l'article 96 de la Loi ou l'article 147 du Règlement. Par conséquent, aux termes de l'alinéa 139(1)e) du Règlement et de l'article 11 de la Loi, la demande est rejetée.

[18] Les notes de l'agent, qui font partie de la décision, mentionnent à plusieurs reprises que la résidence est une exigence législative. Ces mentions ont été soulignées

highlighted portions of the material part of the GCMS [Global Case Management System] notes:

.... My name is Douglas and I am the visa officer assigned to your file. I will be the officer making a determination whether or not you reside outside your country of nationality and whether you meet requirements and are admissible for a visa to Canada. Clients indicated that they understood.

.... RESIDENCY (Confirm with IMM8) (Proof of Residency) In her submission Mother states that she has been residing in Peshawar Pakistan since 1993. She did not have POR Cards (Refugee ID Cards issued by Pakistani Gov't for Afghan refugees living in Pakistan) in 2006. No school records were available. Our interview letter was returned by the post office. There was no one there to receive the registered letter. The envelope has hand written remarks that states the contact number was called but the person answering said that they would not accept the letter. PA claimed that this is a new address but our envelope was sent to the new address in January 2015. PA provided utility bills but only from Jan. 2015 to March 2015. A tenant confirmation letter from Dr. Sediqullah signed on 28/02/2015 states that she and her family are living in a one bedroom plus bathroom accommodation at his house since 2005. She also provided a tenant agreement from Dr. Sediqullah's son that she has a one year's lease from his property. These letters do not in my opinion substantiate residency as they are easily obtainable from this third party.

There is much evidence that this family has returned to Afghanistan. The two sons claim to be working at a restaurant in Peshawar but the employment letter has a sticker on the back and no legitimate company logo on the front portion of the letter. On the front of the letter there was a private number written for verification. The purported official telephone number of the restaurant on the sticker that was on the back of the letter was no[t] in service. *Tazkiras* (Afghani ID documents) were issued and certified in Kabul in 2009 and 2012. One son had a machine readable Afghani passport issued in February 2015. Machine readable passports are issued only in Kabul. I am not satisfied that PA and two sons are residing outside their country of nationality. OFFICER REVIEW: I have considered this application carefully and believe from the documentation and interview process that this family is not living outside their country of

dans la partie importante des notes du Système mondial de gestion des cas :

[TRADUCTION] [...] Je m'appelle Douglas et je suis l'agent des visas assigné à votre dossier. [...] Je suis celui qui déterminera si vous résidez à l'extérieur de votre pays de nationalité et si vous répondez aux exigences et si vous êtes admissible à un visa au Canada. Les clients ont indiqué qu'ils comprenaient.

[...] RÉSIDENCE (Confirmer avec le dossier IMM8) (Preuve de résidence) [...] Dans sa déclaration, la mère a indiqué qu'elle habite à Peshawar, au Pakistan, depuis 1993. Elle n'avait pas de carte de preuve d'enregistrement (carte d'identité délivrée par le gouvernement pakistanais aux réfugiés afghans habitant au Pakistan) en 2006. Aucun dossier scolaire n'a été versé au dossier. Notre lettre de convocation à une entrevue nous a été retournée par le bureau de poste. Il n'y avait personne à l'adresse indiquée sur l'enveloppe pour accuser réception de la lettre recommandée. L'enveloppe porte une inscription écrite à la main indiquant que la personne à contacter a été jointe au téléphone, mais qu'elle a répondu qu'elle n'acceptait pas la lettre. La demanderesse principale a déclaré qu'elle a une nouvelle adresse, mais notre lettre a bel et bien été envoyée à la nouvelle adresse en janvier 2015. La demanderesse principale a fourni des factures de services publics, mais seulement pour la période de janvier à mars 2015. Une lettre de confirmation de location signée par le D^r Sediqullah le 28 février 2015 indique que la demanderesse et sa famille vivent dans un 1½ dans sa maison depuis 2005. La demanderesse a également fourni une entente de location produite par le fils du D^r Sediqullah qui indique qu'elle a un bail d'un an. Je suis d'avis que ces lettres n'étaient pas la preuve de résidence, car elles sont faciles à obtenir auprès de ce tiers.

De nombreux éléments de preuve démontrent que la famille est retournée en Afghanistan. Les deux fils affirment qu'ils travaillent dans un restaurant de Peshawar, mais une étiquette a été apposée au verso de la lettre d'emploi et aucun logo d'entreprise légitime ne figure au recto de la lettre. Un numéro privé a été écrit au recto de la lettre aux fins de vérification. Le prétendu numéro de téléphone officiel du restaurant qui figurait sur l'étiquette apposée au verso de la lettre n'était pas en service. Des *tazkiras* (pièces d'identité afghanes) ont été délivrés et certifiés à Kaboul en 2009 et en 2012. L'un des fils possédait un passeport afghan lisible à la machine qui lui avait été délivré en février 2015. Les passeports lisibles à la machine ne sont délivrés qu'à Kaboul. Je ne suis pas convaincu que la demanderesse principale et ses deux fils habitent à l'extérieur de leur pays de nationalité. EXAMEN DE L'AGENT : J'ai examiné attentivement la

nationality. As noted above they have failed to establish that they are residents of Pakistan. The documents presented did not substantiate continuous residency in Pakistan. They were unable to present POR cards that Afghani nationals carry while living in Pakistan. They had no viable explanation for not obtaining these identity documents prior to 2006 when they were living in Peshawar. Their Afghan identity cards (*Tazkiras*) were issued in Kabul. No Educational documents were presented to prove attendance at school over the years. There is insufficient documentation to establish residency, school attendance or employment in Pakistan. There is a high incidence of fraud and a high number applicants incorrectly claiming Pakistani residency. In recent years more than 4.7 million Afghans left Pakistan and returned to Afghanistan under a UN voluntary return programme. The UN also estimates that a further 900,000 Afghans returned under their own volition. They have failed to satisfy me that they meet the requirement that they are residents outside of their country of nationality. As noted above and communicated to the applicants during the course of the interview, I do not believe that the applicants reside outside of their country of nationality, and therefore do not meet the eligibility criteria for resettlement to Canada as refugees as set out at section 96 of the Act and section 147 of the Regulations. I have considered all of the information and material available to me, as well as the applicants' responses to all of my stated concerns, yet I find that my final assessment is that they have misrepresented their country of residence, and that in fact they do not reside outside of their country of nationality. [Emphasis added.]

[19] I will not repeat all the highlighted passages, but based on them I have no difficulty concluding the officers considered these applicants to have been under a legal obligation to prove they were residents of Pakistan as a precondition of making claims to be Convention refugee or country of asylum class refugees. The statement that “[t]hey have failed to satisfy me that they meet the requirement that they are residents outside of their country of nationality” is in my view representative of the analysis underlying the decision.

présente demande et je crois, en me fondant sur la documentation et le processus d’entrevue, que cette famille ne vit pas à l’extérieur de son pays de nationalité. Comme il a été précité, la famille a été incapable d’établir qu’elle résidait au Pakistan. Les documents produits n’étaient pas la preuve de résidence continue au Pakistan. Les membres de la famille ont été incapables de produire les cartes de preuve d’enregistrement que possèdent les ressortissants afghans qui vivent au Pakistan. Ils n’avaient aucune explication valable pour expliquer les raisons pour lesquelles ils n’ont pas obtenu ces pièces d’identité avant 2006, lorsqu’ils vivaient à Peshawar. Leurs cartes d’identité afghanes (*tazkiras*) ont été délivrées à Kaboul. Aucun dossier scolaire n’a été fourni pour prouver les études suivies au fil des ans. La documentation fournie est insuffisante pour établir la résidence, la fréquentation scolaire ou l’occupation d’un emploi au Pakistan. Un grand nombre de fraudes sont commises, et un grand nombre de demandeurs déclarent de façon erronée qu’ils ont le statut de résident pakistanais. Au cours des dernières années, plus de 4,7 millions d’Afghans ont quitté le Pakistan pour retourner en Afghanistan dans le cadre d’un programme de retour volontaire des Nations Unies. Les Nations Unies estiment également que 900 000 autres Afghans sont retournés dans leur pays de leur propre gré. Les demandeurs n’ont pas réussi à me convaincre qu’ils satisfont à la condition de résidence à l’extérieur de leur pays de nationalité. Comme il a été précité et comme il a été mentionné aux demandeurs pendant l’entrevue, je ne crois pas qu’ils habitent à l’extérieur de leur pays de nationalité. Par conséquent, ils ne répondent pas aux critères d’admissibilité à la réinstallation au Canada en tant que réfugiés au sens de l’article 96 de la Loi et de l’article 147 du Règlement. J’ai examiné tous les renseignements et documents mis à ma disposition, ainsi que les réponses des demandeurs aux préoccupations dont je leur ai fait part, et j’en viens tout de même à la conclusion que les demandeurs ont fait une déclaration fausse quant à leur pays de résidence et qu’en fait, ils n’habitent pas à l’extérieur de leur pays de nationalité. [Non souligné dans l’original.]

[19] Je ne répéterai pas tous les passages soulignés, mais en me fondant sur ceux-ci, je n’ai aucune difficulté à conclure que les agents considéraient que les demandeurs avaient l’obligation légale de prouver qu’ils étaient des résidents du Pakistan pour remplir l’une des conditions préalables à l’établissement d’une demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d’accueil. La déclaration selon laquelle [TRADUCTION] « [I]es demandeurs n’ont pas réussi à me convaincre qu’ils satisfont à la condition de résidence à l’extérieur de leur pays de nationalité »

[20] However, and with respect, in doing so the officers (there appear to have been two officers involved) did not follow the law in respect of either class. Section 96 of the IRPA governs Convention refugees and states:

Convention refugee

96 A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country. [Emphasis added.]

[21] Section 147 of the IRPR governs country of asylum class claims and states:

Member of country of asylum class

147 A foreign national is a member of the country of asylum class if they have been determined by an officer to be in need of resettlement because

(a) they are outside all of their countries of nationality and habitual residence; and

(b) they have been, and continue to be, seriously and personally affected by civil war, armed conflict or massive violation of human rights in each of those countries. [Emphasis added.]

[22] Section 139 of the IRPR states:

General requirements

139 (1) A permanent resident visa shall be issued to a foreign national in need of refugee protection, and their accompanying family members, if following an examination it is established that

(a) the foreign national is outside Canada;

démontre à mon avis l'analyse sur laquelle repose la décision.

[20] Cependant, en toute déférence, j'en arrive à la conclusion que ce faisant, les agents (deux agents semblent avoir travaillé sur le dossier) n'ont pas respecté les dispositions de la loi applicables aux deux catégories. L'article 96 de la LIPR régit les réfugiés au sens de la Convention et dispose :

Définition de réfugié

96 A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner. [Soulignement ajouté.]

[21] L'article 147 du RIPR régit les demandes de statut de personne de pays d'accueil et dispose :

Catégorie de personnes de pays d'accueil

147 Appartient à la catégorie de personnes de pays d'accueil l'étranger considéré par un agent comme ayant besoin de se réinstaller en raison des circonstances suivantes :

a) il se trouve hors de tout pays dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;

b) une guerre civile, un conflit armé ou une violation massive des droits de la personne dans chacun des pays en cause ont eu et continuent d'avoir des conséquences graves et personnelles pour lui. [Soulignement ajouté.]

[22] L'article 139 du RIPR dispose :

Exigences générales

139 (1) Un visa de résident permanent est délivré à l'étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l'accompagnent si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis :

a) l'étranger se trouve hors du Canada;

(b) the foreign national has submitted an application for a permanent resident visa under this Division in accordance with paragraphs 10(1)(a) to (c) and (2)(c.1) to (d) and sections 140.1 to 140.3;

(c) the foreign national is seeking to come to Canada to establish permanent residence;

(d) the foreign national is a person in respect of whom there is no reasonable prospect, within a reasonable period, of a durable solution in a country other than Canada, namely

(i) voluntary repatriation or resettlement in their country of nationality or habitual residence, or

(ii) resettlement or an offer of resettlement in another country. [Emphasis added.]

[23] With respect, there is no requirement in section 96, nor in section 147 or 139 [of the IRPR], that a claimant must “reside” outside of the country of their nationality or habitual residence (habitual residence only applies to stateless people, which is irrelevant in this case and therefore will not be further mentioned). The only country connection requirement for a Convention refugee class claimant is that he or she “is outside” his or her country of nationality: see paragraphs 96(a) and (b). Likewise, the only such requirement for a country of asylum class claimant is that they “are outside” their countries of nationality: see paragraphs 147(a) and (b), and subsection 139(1) which require that the claimant establish he or she “is outside” all of their countries of nationality and Canada. In other words, it is enough that such claimants be outside their country of nationality.

[24] Turning to the phrases used in the decision, nowhere do the IRPA or IRPR require a Convention refugee or country of asylum class claimants to “reside outside of the country of nationality”, be “residing in Pakistan”, “substantiate residency”, or be “resident” in Pakistan as insisted upon by the officers. Further, there is no requirement that the applicants “substantiate continuous residency”, or “establish residency” in Pakistan.

b) il a fait une demande de visa de résident permanent au titre de la présente section conformément aux alinéas 10(1)a) à c) et (2)c.1) à d) et aux articles 140.1 à 140.3;

c) il cherche à entrer au Canada pour s’y établir en permanence;

d) aucune possibilité raisonnable de solution durable n’est, à son égard, réalisable dans un délai raisonnable dans un pays autre que le Canada, à savoir :

(i) soit le rapatriement volontaire ou la réinstallation dans le pays dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle,

(ii) soit la réinstallation ou une offre de réinstallation dans un autre pays. [Soulignement ajouté.]

[23] En toute déférence, ni l’article 96 de la Loi, ni l’article 147 ou 139 du Règlement ne prévoient qu’un demandeur doit « habiter » à l’extérieur du pays dont il a la nationalité ou dans lequel il a sa résidence habituelle (la résidence habituelle ne s’applique qu’aux apatrides, ce qui n’est pas pertinent en l’espèce; le terme ne sera donc pas utilisé de nouveau). La seule condition applicable aux liens avec son pays que doit remplir une personne qui présente une demande de statut de réfugié au sens de la Convention est qu’elle doit « se trouver hors » de tout pays dont elle a la nationalité (consulter les alinéas 96a) et 96b)). En outre, la seule condition que doit remplir une personne qui présente une demande de statut de personne de pays d’accueil est qu’elle doit « se trouver hors » de tout pays dont elle a la nationalité (consulter les alinéas 147a) et 147b) et le paragraphe 139(1) du Règlement, qui exigent que le demandeur démontre qu’il « se trouve hors » de tout pays dont il a la nationalité et du Canada). Autrement dit, il suffit que les demandeurs se trouvent à l’extérieur de leur pays de nationalité.

[24] Pour ce qui est des expressions utilisées dans la décision, il n’est indiqué nulle part dans la LIPR ou le RIPR que les personnes qui présentent une demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d’accueil doivent « habiter à l’extérieur de leur pays de nationalité », « habiter au Pakistan », « étayer leur preuve de résidence » ou être « résidents » du Pakistan comme l’ont souligné les

[25] For completeness, I note in the officers' reasons there is a reference to the applicants "not living outside their country of nationality". The concept of "living" in the country in which a claim is made was alluded to in *Nassima v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 688 (*Nassima*) [at paragraph 13]:

The officer's decision letter makes reference to inconsistencies between the applicant's and her son's stories, where they are living, and what they are doing in Pakistan, which resulted in the officer not being satisfied that they are living in Peshawar and thus that they are not living in Afghanistan. [Emphasis added.]

[26] With respect, while *Nassima* refers to "living" in the country in which the claim is made, *Nassima* may not be taken as authority for the proposition that the language used by the legislator in section 96 of the IRPA and sections 139 and 147 of the IRPR underlined above are to be replaced with the word "living" or variants thereon, any more than the words used in the legislation and regulations are to be replaced with the word "reside". That was not the issue in *Nassima*, which turned on the reasonableness of findings of fact made by an officer including on credibility. I note that in a subsequent case, *Wardak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 673 (*Wardak*), the Court considered its previous decision in *Nassima* and mentioned the claimant family's failure to establish their residence in Pakistan led to the rejection of their claim. The issue arising in the case at bar simply did not arise in either *Nassima* or *Wardak*.

[27] I agree with the applicants' submission that simply being outside one's country of nationality is required. This ruling is consistent with internationally accepted guidelines in that regard. The UNHCR's *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol*

agents. En outre, les demandeurs ne sont pas tenus d'« étayer leur preuve de résidence continue » ou d'« établir leur résidence » au Pakistan.

[25] Par souci d'exhaustivité, je remarque qu'il est indiqué dans les motifs des agents que les demandeurs [TRADUCTION] « n'habitent pas à l'extérieur de leur pays de nationalité ». Le concept d'« habiter » dans le pays où la demande est présentée est mentionné dans la décision *Nassima c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 688 (la décision *Nassima*) [au paragraphe 13] :

Dans sa lettre de décision, l'agent signale des contradictions entre la version des faits de la demanderesse et celle de son fils, sur l'endroit où ils vivent et sur ce qu'ils font au Pakistan. Ces contradictions ont amené l'agent à ne pas être convaincu que les demandeurs vivent à Peshawar et, partant, à ne pas être convaincu qu'ils ne vivent pas en Afghanistan. [Non souligné dans l'original.]

[26] En toute déférence, bien que la décision *Nassima* aborde le concept d'« habiter » dans le pays où la demande est présentée, la proposition que les termes utilisés par le législateur dans l'article 96 de la LIPR et les articles 139 et 147 du RIPR soulignés ci-dessus pourraient être remplacés par le terme « habiter » ou des variantes de celui-ci et que les termes utilisés dans la Loi et le Règlement pourraient être remplacés par le terme « résider » ne peut pas s'appuyer sur la décision *Nassima*. Il ne s'agissait pas de la question examinée dans la décision *Nassima*, qui portait sur la raisonnable des constatations d'un agent quant aux faits, ainsi que sur la crédibilité. Je remarque que dans une décision subséquente, *Wardak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 673 (la décision *Wardak*), la Cour a examiné la décision qu'elle avait rendue dans *Nassima* et a mentionné que l'incapacité de la famille du demandeur à établir leur résidence au Pakistan avait mené au rejet de leur demande. La question qui se pose en l'espèce ne se posait tout simplement pas dans la décision *Nassima* ou *Wardak*.

[27] Je suis d'accord avec l'argument des demandeurs selon lequel il faut simplement se trouver à l'extérieur du pays de nationalité. Cette décision est conforme avec les directives à cet égard acceptées à l'échelle internationale. Le paragraphe 88 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*

relating to the Status of Refugee, states at paragraph 88: “It is a general requirement for refugee status that an applicant who has a nationality be outside the country of his nationality. There are no exceptions to this rule. International protection cannot come into play as long as a person is within the territorial jurisdiction of his home country” (emphasis added [footnote omitted]). Note that the verb is not “to reside”, nor is it “to live” but rather “to be”.

[28] In my view, in terms of establishing the quality of connection to a country other than that of their nationality, persons claiming Convention refugee or country of asylum class protection outside Canada need only establish what the statute requires, namely that one “is outside” their country of nationality, i.e., that they be outside such other country. Officers lack the legal authority to require applicants to meet any higher requirement. In my view they also act unreasonably and without statutory authority to the extent they impose, as I find they did in this case, a requirement that such claimants reside or live outside the country of their nationality; being outside such their country of nationality is enough.

[29] The officers summarized their finding by stating: “I do not believe that the applicants reside outside of their country of nationality, and therefore do not meet the eligibility criteria for resettlement to Canada as refugees as set out at section 96 of the Act and section 147 of the Regulations.” This is an impermissible cause and effect analysis. Therefore this finding is unreasonable, and to the extent the decision depends on this finding and the underlying but non-existent residency requirement, it must be set aside. For completeness, in my respectful opinion the officers applied an incorrect legal test with the same result namely that the decision must be set aside.

au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés du HCR est rédigé comme suit : « C’est une des conditions générales de la reconnaissance du statut de réfugié que le demandeur qui a une nationalité se trouve hors du pays dont il a la nationalité. Il n’y a aucune exception à cette règle. La protection internationale ne peut pas jouer tant qu’une personne se trouve sur le territoire de son pays d’origine » (non souligné dans l’original [note en bas de page omise]). Il est à noter que le verbe utilisé n’est pas « résider » ni « habiter », mais plutôt « se trouver ».

[28] Je suis d’avis que pour établir la qualité des liens avec un autre pays que le pays de nationalité, les personnes qui présentent une demande de protection à titre de réfugiés au sens de la Convention ou de personnes de pays d’accueil à l’extérieur du Canada doivent seulement établir les éléments exigés dans la loi, c’est-à-dire qu’elles « se trouvent hors » du pays dont elles ont la nationalité. Autrement dit, elles doivent se trouver à l’extérieur de ce pays. Les agents ne possèdent pas l’autorisation légale nécessaire pour exiger que les demandeurs respectent une exigence plus rigoureuse. Je suis également d’avis qu’ils ont agi de manière déraisonnable et sans autorisation légale dans la mesure où, comme je l’ai observé dans la présente espèce, ils ont exigé que les demandeurs résident ou vivent à l’extérieur du pays dont ils ont la nationalité, alors qu’il suffisait qu’ils se trouvent à l’extérieur de leur pays de nationalité.

[29] Les agents ont résumé leurs conclusions comme suit : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu’ils habitent à l’extérieur de leur pays de nationalité. Par conséquent, ils ne répondent pas aux critères d’admissibilité à la réinstallation au Canada en tant que réfugiés au sens de l’article 96 de la Loi et de l’article 147 du Règlement ». Il s’agit d’une analyse inadmissible des causes et des effets. Cette conclusion est donc déraisonnable. Qui plus est, dans la mesure où la décision repose sur cette conclusion et sur l’exigence sous-jacente, mais inexistante, relative à la résidence, cette conclusion doit être annulée. Par souci d’exhaustivité, j’estime en toute déférence que même si les agents ont appliqué le mauvais critère juridique, ma conclusion est la même : la décision doit être annulée.

[30] Of course, and I want to make it very clear that this finding does not absolve claimants of their legal obligations to tell the truth in their claims. It is very well-established that claimants may suffer the consequences, including rejection of their claims, if they misrepresent the nature of their connection to a country outside their country of nationality. With this in mind, I turn to the alleged misrepresentation aspect of the case at hand.

B. Issue 2—*Did the officers make an unreasonable finding that the applicants misrepresented their country of residence as Pakistan when it was Afghanistan?*

[31] While the officer technically made such a finding, in my respectful view, it was unreasonable for several reasons.

[32] First, the officers' analysis focused overwhelmingly on an erroneous consideration of the degree of connection required to sustain a Convention refugee or country of asylum claim under section 96 of the IRPA and sections 139 and 147 of the IRPR, namely residence. In my view, any consideration of misrepresentation was inextricably bound up with the erroneous legal test and unreasonable analysis concerning residing or living in the country other than that of the applicants' nationality. The analysis of misrepresentation, to the very minimal extent it is actually present, appears added as an afterthought. With respect, the decision assessed the facts through an inappropriate lens to such an extent that it is now impossible to pull apart and separate the two different analyses. In this circumstance, it would not be safe to rely on the misrepresentation analysis and therefore judicial review must be granted.

[33] Moreover, important aspects of the assessment on the issue of misrepresentation are unreasonable or, at best, problematic. The following are the points relied upon by the officers and the respondent, with my comments following each:

[30] Bien entendu, je tiens à ce qu'il soit très clair que cette conclusion n'absout pas les demandeurs de leurs obligations légales de dire la vérité dans leurs demandes. Il est très bien établi que les demandeurs doivent subir les conséquences de leurs actes, y compris le rejet de leurs demandes, s'ils présentent de manière inexacte la nature de leurs liens avec un autre pays que leur pays de nationalité. À la lumière de ces faits, j'aborde maintenant la fausse déclaration alléguée en l'espèce.

B. Deuxième question en litige — *La conclusion des agents selon laquelle les demandeurs ont faussement déclaré que leur pays de résidence était le Pakistan alors qu'il s'agissait de l'Afghanistan était-elle déraisonnable?*

[31] Bien que l'agent ait tiré une telle conclusion du point de vue technique, à mon humble avis, cette conclusion était déraisonnable pour plusieurs motifs.

[32] Premièrement, l'analyse des agents reposait largement sur une considération erronée du degré de lien requis pour étayer une demande de statut de réfugié au sens de la Convention ou de statut de personne de pays d'accueil en vertu de l'article 96 de la LIPR et des articles 139 et 147 du RIPR, à savoir la résidence. Je suis d'avis que la prise en considération de la fausse déclaration était inextricablement liée au critère juridique erroné et à l'analyse déraisonnable quant à la résidence ou à l'habitation des demandeurs dans un autre pays que leur pays de nationalité. L'analyse de la fausse déclaration, dans la mesure très minime où elle est abordée dans la présente espèce, semble avoir été ajoutée après coup. En toute déférence, la décision a été rendue en analysant les faits de manière inappropriée, à tel point qu'il est maintenant impossible de distinguer et de séparer les deux analyses différentes. Dans ce contexte, il ne serait pas possible de se fier à l'analyse de la fausse déclaration; par conséquent, la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

[33] En outre, des aspects importants de l'évaluation de la question de la fausse déclaration sont déraisonnables ou, au mieux, problématiques. Les points sur lesquels se sont fondés les agents et le défendeur sont les suivants (mes commentaires suivent chacun d'eux) :

- A. The letter initially sent out to give notice of the interview to the applicant was returned — the new address was the same as the address to which the first letter was sent. Comment: this finding is unreasonable. After the husband died the applicant and her sons moved. At about the same time in January 2015 the officer sent the applicants a letter that was returned. It is suggested that the returned letter was sent to the applicants' new address; that is not possible because the officer was not notified of the new address until late February. Moreover, in reviewing the addresses on the correspondence, these are in fact not the same addresses at all. The officer likely drew an unwarranted negative credibility inference based on this clear error.
- B. No POR cards (refugee ID cards issued by Pakistani government to Afghan refugees living in Pakistan) prior to 2006. Comment: this finding is unreasonable. POR cards for Afghans in Pakistan were essentially a product of a UNHCR census conducted in 2005; PORs were issued not prior to, but after 2006. The officer likely drew an unwarranted negative credibility inference based on this error also.
- C. No school records available. Comment: in my view this finding was reasonable, because in fact there are no school records in the CTR. While the applicants submitted copies of school IDs on judicial review and deposed they had been filed, they cannot be accepted as new evidence in the face of the clear determination they were not filed at the hearing made by the officers. That said I note that the *Tazkiras* apparently accepted by the decision makers are not found in the CTR either.
- A. La lettre initialement envoyée à la demanderesse pour l'aviser de la tenue d'une entrevue a été retournée, mais la nouvelle adresse était la même que celle à laquelle la première lettre avait été envoyée. Commentaires : Cette conclusion est déraisonnable. Après le décès de son mari, la demanderesse et ses fils ont déménagé. À peu près à la même date en janvier 2015, l'agent a envoyé une lettre à la demanderesse qui a été retournée. Il est suggéré que la lettre qui a été retournée avait été envoyée à la nouvelle adresse de la demanderesse, mais cela est impossible puisque l'agent n'a été informé de la nouvelle adresse qu'à la fin du mois de février. De plus, après avoir examiné les adresses figurant sur les lettres envoyées, il appert qu'elles sont différentes. L'agent a probablement tiré une conclusion défavorable non fondée quant à la crédibilité en se fondant sur cette erreur manifeste.
- B. Les demandeurs ne possédaient pas de cartes de preuve d'enregistrement (pièces d'identité délivrées par le gouvernement pakistanais aux réfugiés afghans vivant au Pakistan) avant 2006. Commentaires : Cette conclusion est déraisonnable. Les cartes de preuve d'enregistrement délivrées aux Afghans vivant au Pakistan sont essentiellement un produit d'un recensement mené par le HCR en 2005; ces cartes n'ont pas été délivrées avant 2006, mais après 2006. L'agent a probablement tiré une conclusion défavorable non fondée quant à la crédibilité en se fondant également sur cette erreur.
- C. Aucun dossier scolaire n'a été versé au dossier. Commentaires : Je suis d'avis que cette conclusion est raisonnable, car le DCT ne contient aucun dossier scolaire. Bien que les demandeurs aient présenté des copies de leur carte d'étudiant lors du contrôle judiciaire et aient déclaré que les copies avaient été versées au dossier, ces documents ne peuvent pas être acceptés à titre de nouveaux éléments de preuve étant donné qu'il a été clairement déterminé qu'ils n'ont pas été déposés à l'audience tenue par les agents. Cela étant dit, je remarque que les *tazkiras* apparemment acceptés par les décideurs ne figurent pas non plus dans le DCT.

- D. Tenancy letters are “easily obtainable from this third party”. Comment: this finding is unreasonable because it is given without any explanation whatsoever. I am unable to determine why it was made hence it lacks justification. It essentially says the landlord was telling an untruth. Moreover, there is a presumption that documents are genuine absent more: see *Ma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 838, at paragraphs 40–45 (citing to *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315).
- E. The employment letter had a sticker on the back and no legitimate company logo on the front portion of the letter. On the front of the letter there was a private number written for verification. Comment: this finding is problematic. The officers demanded proof of employment for the two sons; but in reality it is illegal for unregistered refugees such as the sons to work in Pakistan. Documents submitted must be viewed with this reality in mind.
- F. *Tazkiras* were issued and certified in Kabul in 2009 and 2012. Comment: these were used to show the applicants were living in Afghanistan, yet the evidence was they were obtained by a friend of the late father’s and not as a result of attendance in Afghanistan.
- D. Les lettres de location sont [TRADUCTION] « faciles à obtenir auprès de ce tiers ». Commentaires : Cette conclusion est déraisonnable, car elle n’est étayée par aucune explication. Je suis incapable de déterminer pourquoi elle a été rendue; donc, elle n’est pas justifiée. Essentiellement, elle laisse entendre que le locateur ment. De plus, il existe une présomption selon laquelle les documents sont véritablement absents (consulter la décision *Ma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 838, qui cite la décision *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315, aux paragraphes 40 et 45).
- E. Une étiquette a été apposée au verso de la lettre d’emploi et aucun logo d’entreprise légitime ne figure au recto de la lettre. Un numéro privé a été écrit au recto de la lettre aux fins de vérification. Commentaires : Cette conclusion pose problème. Les agents ont demandé une preuve d’emploi pour les deux fils, mais, dans la réalité, il est illégal pour des réfugiés non enregistrés comme eux de travailler au Pakistan. Les documents fournis doivent être examinés en gardant ce fait à l’esprit.
- F. Des *tazkiras* ont été délivrés et certifiés à Kaboul en 2009 et en 2012. Commentaires : Ces documents ont été utilisés pour démontrer que les demandeurs vivaient en Afghanistan. Or, les éléments de preuve montrent que ces documents ont été obtenus auprès d’un ami du père décédé et non pas parce que les demandeurs se trouvaient en Afghanistan.

[34] In addition to concerns about the reasonableness of the decision, I wish to note a concern regarding procedural fairness. The officers found that one of the sons had a machine readable Afghani passport issued in February 2015. These are only issued in Kabul. There is no explanation for the comment respecting the son’s passport, which also is not found in the CTR. The applicants say they were not given notice of this finding and allege it was then used against them to suggest the applicants resided in Afghanistan not Pakistan, and had in effect reavailed to Afghanistan. There is no transcript. Lack of notice breaches the duty of procedural fairness.

[34] En plus des préoccupations relatives au caractère raisonnable de la décision, je souhaite soulever une préoccupation concernant l’équité procédurale. Les agents ont déterminé que l’un des fils possédait un passeport afghan lisible à la machine qui lui avait été délivré en février 2015. Ce type de passeport est seulement délivré à Kaboul. Aucune explication n’a été fournie pour expliquer le commentaire concernant le passeport du fils, qui ne figure pas non plus dans le DCT. Les demandeurs affirment qu’ils n’ont pas été avisés de cette conclusion et allèguent que celle-ci a été utilisée à leur encontre en laissant entendre qu’ils

In my respectful view, the applicants should have produced these passports to Canadian officials because they had an undoubted duty to produce all relevant documents to their applications. However, having failed to do so, the officers nonetheless would be under a duty to put their concerns regarding reavilment to the applicants: *Chandrakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1997 CanLII 16770 (F.C.A.); *Siddiqui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 329, [2015] 4 F.C.R. 409 (adopting test in *Chandrakumar* providing that applicants' explanations for obtaining a passport needed to be considered by the officers before a credibility determination on reavilment could be made). I am concerned these applicants may not have been given an opportunity to reply to the officers' reavilment concerns. However, I do not need to make a finding on this point given the other difficulties with the decision identified above.

[35] Judicial review does not consider the decision in parts; instead, judicial review is concerned with the decision as an organic whole. Moreover, judicial review is not a treasure hunt for errors: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paragraph 54. Judicial review instead is concerned with justification, transparency and intelligibility within the decision-making process.

[36] Stepping back and viewing the decision as an organic whole, in my respectful view, the decision does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law as required by *Dunsmuir*.

habitaient en Afghanistan et pas au Pakistan et qu'ils s'étaient en effet réclamés à nouveau de la protection de l'Afghanistan. Il n'y a aucune transcription. L'absence d'avis va à l'encontre de l'obligation d'équité procédurale. À mon humble avis, les demandeurs auraient dû fournir ces passeports aux agents canadiens, car ils avaient l'obligation incontestable de joindre tous les documents pertinents à leurs demandes. Toutefois, bien qu'ils ne l'aient pas fait, les agents avaient tout de même l'obligation d'exposer aux demandeurs leurs préoccupations concernant le fait de se réclamer à nouveau de la protection du pays dont ils ont la nationalité : arrêt *Chandrakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 615 (C.A.) (QL) et la décision *Siddiqui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 329, [2015] 4 R.C.F. 409 (qui s'appuie sur le critère établi dans l'arrêt *Chandrakumar*, dans lequel les agents devaient d'abord étudier les explications fournies par les demandeurs au sujet de l'obtention d'un passeport avant de tirer une conclusion quant à la crédibilité du fait de se réclamer à nouveau de la protection du pays dont ils ont la nationalité). Je crains que les demandeurs en l'espèce n'aient pas eu la possibilité de répondre aux préoccupations des agents concernant le fait de se réclamer à nouveau de la protection du pays dont ils ont la nationalité. Cependant, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point compte tenu des autres difficultés liées à la décision qui ont été mentionnées précédemment.

[35] Le contrôle judiciaire ne consiste pas à examiner chacun des éléments d'une décision, mais à examiner la décision comme un tout. De plus, le contrôle judiciaire ne consiste pas à rechercher les erreurs commises (consulter l'arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, au paragraphe 54). Le contrôle judiciaire tient plutôt à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel.

[36] Après avoir pris du recul et avoir examiné la décision comme un tout, j'estime en toute déférence que la décision n'appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits du droit comme il est exigé dans l'arrêt *Dunsmuir*.

[37] Neither party proposed a question to certify, and none arises.

V. Conclusion

[38] Judicial review should therefore be granted, and no question certified.

[37] Aucune des parties n'a proposé de question à certifier et aucune ne se pose.

V. Conclusion

[38] La demande de contrôle judiciaire devrait donc être accueillie et aucune question ne devrait être certifiée.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The style of cause is hereby amended to add Ehsan Faizee and Najeb Faizee as applicants effective immediately.
2. The application for judicial review is granted.
3. The decision below is set aside.
4. The matter is remitted to a different visa officer for re-determination in accordance with these reasons.
5. No question is certified.
6. There is no order as to costs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. L'intitulé de la cause est modifié, avec effet immédiat, pour y ajouter les noms d'Ehsan Faizee et de Najeb Faizee en tant que demandeurs.
2. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
3. La décision présentée ci-dessous est annulée.
4. L'affaire est renvoyée à un autre agent des visas pour nouvel examen conformément aux présents motifs.
5. Aucune question n'est certifiée.
6. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-51-15
2016 FCA 52A-51-15
2016 CAF 52**Helmut Oberlander** (*Appellant*)

v.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)**INDEXED AS: OBERLANDER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

Federal Court of Appeal, Dawson, Near and Boivin J.J.A.—Toronto, February 1; Ottawa, February 15, 2016.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Governor in Council's decision revoking appellant's citizenship for third time — Appellant's citizenship previously revoked on ground obtained on basis of making false representation, acting in fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances — Federal Court finding in particular that, regarding complicity, preconditions for issue estoppel met; that issue previously decided by Federal Court of Appeal with decision being final; that appellant not establishing grounds allowing Federal Court to exercise discretion to return complicity issue for reconsideration — Whether Federal Court erring in principle by concluding that appellant not establishing grounds sufficient to allow it to exercise discretion to remit issue of complicity for redetermination — Regarding Federal Court's analysis on exercise of discretion, consideration of impact of maintaining previous finding of complicity in circumstances where finding directly related to current determination of duress missing from analysis — Governor in Council considering requirement of proportionality in decision under review — In circumstances herein, application of issue estoppel working injustice to appellant such that Federal Court erring in principle in applying doctrine — Appellant entitled to determination of extent to which making significant, knowing contribution to crime or criminal purpose of Einsatzkommando 10a during World War II — Only then could reasonable determination be made as to whether whatever harm appellant facing more serious than harm inflicted on others through appellant's complicity — Appeal allowed.

Helmut Oberlander (*appellant*)

c.

Le procureur général du Canada (*intimé*)**RÉPERTORIÉ : OBERLANDER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Near et Boivin, J.C.A.—Toronto, 1^{er} février; Ottawa, 15 février 2016.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appellant visant la décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté pour une troisième fois — La citoyenneté de l'appellant avait précédemment été révoquée pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels — La Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient remplis; que la question avait déjà été tranchée précédemment par la Cour d'appel fédérale, la décision de celle-ci étant définitive; et que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de principe en concluant que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen — Il manquait à l'analyse du pouvoir discrétionnaire par la Cour fédérale l'examen de l'incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte — Dans la décision faisant l'objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l'exigence de la proportionnalité — Dans les circonstances de l'espèce, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a causé une injustice à l'appellant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine — L'appellant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Einsatzkommando 10a durant la Seconde Guerre mondiale — Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Governor in Council revoking the appellant's citizenship. This was the Governor in Council's third decision revoking the appellant's citizenship. In 1995, proceedings were commenced to revoke the appellant's Canadian citizenship on the ground that he obtained such citizenship on the basis of making a false representation, acting in a fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances. Since then, the revocation proceeding has been both contested and protracted. Following the decision of the majority of the Court remitting the matter to the Governor in Council for consideration of the issue of duress, in 2012 the Governor in Council considered whether the appellant's assertion of duress was sufficient to excuse his complicity in activities perpetrated by the Einsatzkommando 10a (Ek 10a) during World War II. In its most recent decision, the Governor in Council decided the defence of duress had not been established.

In dismissing the appellant's application for judicial review, the Federal Court found in particular that, regarding the issue of complicity, all the pre-conditions for issue estoppel were met and that this issue was previously decided by the Federal Court of Appeal with its decision being final; that the appellant had not established grounds that would allow it to exercise its discretion to return the issue of complicity for reconsideration. It noted that the overarching consideration in exercising discretion is whether the interests of justice require the exercise of discretion. The Federal Court also found that the process was procedurally fair to the appellant and that the Governor in Council's decision regarding duress was reasonable.

The issue was whether the Federal Court erred in principle by concluding that the appellant had not established grounds sufficient to allow it to exercise its discretion to remit the issue of complicity for redetermination.

Held, the appeal should be allowed.

Regarding the issue of the exercise of discretion, the Federal Court correctly noted that the overarching consideration is whether the interests of justice require the exercise of discretion. The Federal Court provided two reasons why the interests of justice did not require relitigation of the complicity issue including that the appellant had failed to establish

grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant visant la décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté. Il s'agissait de la troisième fois que le gouverneur en conseil révoquait la citoyenneté de l'appelant. En 1995, des procédures ont été engagées pour révoquer la citoyenneté canadienne de l'appelant pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels. Depuis, les procédures de révocation ont été contestées et prolongées. En 2012, à la suite de la décision de la majorité des juges de la Cour de renvoyer l'affaire au gouverneur en conseil en vue d'une nouvelle décision concernant la question de la contrainte, le gouverneur en conseil a examiné si l'allégation de contrainte de l'appelant pouvait être invoquée pour excuser sa complicité à l'égard des activités de l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a) durant la Seconde Guerre mondiale. Dans sa décision la plus récente, le gouverneur en conseil a conclu que la justification fondée sur la contrainte n'avait pas été établie.

En rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant, la Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient remplis et que la question avait déjà été tranchée précédemment par la Cour d'appel fédérale, la décision de celle-ci étant définitive. Elle a également conclu que l'appelant n'avait pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen. La Cour a signalé que l'élément le plus important à considérer est de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l'intérêt de la justice. Elle a par ailleurs conclu qu'il n'y avait pas eu manquement à l'équité procédurale à l'égard de l'appelant et que la décision du gouverneur en conseil quant à la contrainte était raisonnable.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de principe en concluant que l'appelant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

En ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour fédérale a correctement signalé que l'élément le plus important à considérer est de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l'intérêt de la justice. Elle a donné deux raisons pour lesquelles l'intérêt de la justice n'exige pas que la question de la complicité soit débattue à nouveau,

that the decision finding him complicit was clearly wrong. However, missing from the Federal Court's analysis was consideration of the impact of maintaining the previous finding of complicity in circumstances where that finding was directly related to the current determination of duress. The link between duress and complicity is well-settled at law because the defence of duress requires proportionality between the harm threatened against the person concerned and the harm inflicted by that person, whether directly or through complicity. In the decision under review, the Governor in Council considered the requirement of proportionality. In the circumstances, the application of issue estoppel worked an injustice to the appellant such that the Federal Court erred in principle in applying the doctrine. The appellant was entitled to a determination of the extent to which he made a significant and knowing contribution to the crime or criminal purpose of the Ek 10a. Only then could a reasonable determination be made as to whether whatever harm he faced was more serious than the harm inflicted on others through his complicity.

notamment parce que l'appelant n'avait pas établi que la décision selon laquelle il avait été complice était manifestement erronée. Cependant, il manquait à l'analyse de la Cour fédérale l'examen de l'incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte. Le lien entre la contrainte et la complicité est bien établi en droit. Il en est ainsi parce que la défense de la contrainte exige une proportionnalité entre le préjudice dont la personne concernée est menacée et celui qu'elle inflige, directement ou par complicité. Dans la décision faisant l'objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l'exigence de la proportionnalité. Dans ces circonstances, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a causé une injustice à l'appelant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine. L'appelant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Ek 10a. Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité.

CASES CITED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C.R. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173 (C.A.); *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander, 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, revg in part 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

REFERRED TO:

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, (1997), 32 O.R. (3d) 716; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 46, [2016] 1 F.C.R. 56) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 R.C.F. 306 (C.A.); *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.); *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395, infirmant en partie 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

DÉCISIONS CITÉES :

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14.

APPEL d'une décision (2015 CF 46, [2016] 1 R.C.F. 56) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant visant la

Governor in Council revoking the appellant's citizenship for a third time. Appeal allowed.

décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté pour une troisième fois. Appel accueilli.

APPEARANCES

Ronald Poulton and Barbara Jackman for appellant.

Angela Marinos and Catherine Vasilaros for respondent.

ONT COMPARU

Ronald Poulton et Barbara Jackman pour l'appelant.

Angela Marinos et Catherine Vasilaros pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Poulton Law Office, Toronto, and Jackman, Nazami & Associates, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Poulton Law Office, Toronto, et Jackman, Nazami & Associates, Toronto, pour l'appelant.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

DAWSON J.A.:

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

I. Introduction

I. Introduction

[1] In 1995, proceedings were commenced to revoke the appellant's Canadian citizenship on the ground that he obtained such citizenship on the basis of making a false representation, acting in a fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances. Since then, the revocation proceeding has been both contested and protracted, as illustrated by the following brief history of the proceeding:

[1] En 1995, des procédures ont été engagées pour révoquer la citoyenneté canadienne de l'appelant pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels. Depuis, les procédures de révocation ont été contestées et prolongées, comme le montre le bref historique des procédures ci-après :

- (i) In 2000, Justice MacKay of the Federal Court issued thoughtful and comprehensive reasons in which he concluded that the appellant obtained his Canadian citizenship by making a false representation or by knowingly concealing material circumstances (*[Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander]*, 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.)). In the course of his reasons, Justice MacKay made findings of fact as to the nature of the appellant's wartime service during World War II.

- i) En 2000, le juge MacKay de la Cour fédérale a donné des motifs réfléchis et détaillés et a conclu que l'appelant avait obtenu sa citoyenneté canadienne en faisant une fausse déclaration ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels (*[Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander]*, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.)). Dans l'exposé de ses motifs, le juge MacKay a tiré les conclusions de fait en ce qui concerne la nature du service durant la guerre de l'appelant rendu au cours de la Seconde Guerre mondiale.

- (ii) Following this decision, in 2001, the Governor in Council revoked the appellant's citizenship. Subsequently, this Court set aside the decision of the Governor in Council and remitted the matter back to the Governor in Council for a new determination (2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3).
- (iii) In 2007, after reconsidering the matter, the Governor in Council again revoked the appellant's citizenship. Thereafter, this Court upheld the finding of the Federal Court [2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, at paragraph 19] that the decision of the Governor in Council that the appellant had been complicit in war crimes perpetrated by the Einsatzkommando 10a (Ek 10a) during World War II was reasonable. However, a majority of this Court found that the Governor in Council was obliged to consider the issue of duress. Thus, the Court allowed the appellant's appeal from the decision of the Federal Court in part and remitted the matter to the Governor in Council for consideration of the issue of duress (2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, at paragraphs 2 and 41).
- (iv) Following the decision of the majority of this Court, in 2012 the Governor in Council considered whether the appellant's assertion of duress was sufficient to excuse his complicity in the activities of Ek 10a. The Governor in Council decided the defence of duress had not been established and therefore it once again revoked the appellant's citizenship.
- ii) En 2001, après cette décision, le gouverneur en conseil a révoqué la citoyenneté de l'appelant. Par la suite, la Cour a invalidé la décision du gouverneur en conseil et a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil en vue d'une nouvelle décision (2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3).
- iii) En 2007, après avoir réexaminé l'affaire, le gouverneur en conseil a de nouveau révoqué la citoyenneté de l'appelant. Par la suite, la Cour a maintenu la conclusion de la Cour fédérale [2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358, au paragraphe 19] selon laquelle la décision du gouverneur en conseil que l'appelant avait été complice de crimes de guerre perpétrés par le Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a) pendant la Seconde Guerre mondiale était raisonnable. Cependant, la majorité des juges de la Cour ont conclu que le gouverneur en conseil était tenu d'examiner la question de la contrainte. Ainsi, la Cour a accueilli en partie l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de la décision de la Cour fédérale et a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil afin qu'il examine la question de la contrainte (2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395, aux paragraphes 2 et 41).
- iv) En 2012, à la suite de la décision rendue par la majorité des juges de la Cour, le gouverneur en conseil a examiné si l'allégation de contrainte de l'appelant pouvait être invoquée pour excuser sa complicité à l'égard des activités de l'unité Ek 10a. Le gouverneur en conseil a conclu que la justification fondée sur la contrainte n'avait pas été établie et a de nouveau révoqué la citoyenneté de l'appelant.

[2] The appellant brought an application in the Federal Court for judicial review of this third decision revoking his citizenship. For reasons cited as 2015 FC 46 [2016] 1 F.C.R. 56, a judge of the Federal Court dismissed the application for judicial review. This is an appeal from that decision.

[2] L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale de cette troisième décision révoquant sa citoyenneté. Pour les motifs énoncés sous la référence 2015 CF 46, [2016] 1 R.C.F. 56, un juge de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire. C'est sur cette décision que porte le présent appel.

II. The Context in which this Appeal Arises

[3] At this point it is helpful to explain the very unique circumstances before the Court on this appeal.

[4] As explained above, in its second decision revoking the appellant's citizenship in 2007, the Governor in Council found that the appellant was complicit in war crimes committed by the Ek 10a. In rendering this decision, the Governor in Council relied upon the legal test for complicity articulated by this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C.R. 306. There, this Court held that "no one can 'commit' international crimes without personal and knowing participation" (*Ramirez*, page 317). When considering what degree of complicity is required in order to be an accomplice or abettor, this Court concluded that "mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status" (*Ramirez*, page 317). This said, the Court added the following caveat: "[i]t seems apparent, however, that where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose ... mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutory acts" (*Ramirez*, page 317). Thus, complicity through association rested "on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it" (*Ramirez*, page 318).

[5] Applying this jurisprudence in its second decision, the Governor in Council asked whether "there was evidence permitting a finding that Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization" [see: 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, at paragraph 19]. The Governor in Council went on to find that the appellant was a member of Ek 10a and that through such membership he "could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization".

II. Le contexte de l'appel

[3] À cette étape, il est utile d'expliquer les circonstances très particulières de cet appel devant la Cour.

[4] Comme il a été expliqué précédemment, dans la deuxième décision de 2007 révoquant la citoyenneté de l'appellant, le gouverneur en conseil a conclu que l'appellant était complice des crimes de guerre commis par l'unité Ek 10a. Pour rendre cette décision, le gouverneur en conseil s'est appuyé sur les critères légaux pour déterminer s'il y a complicité formulés par la Cour dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.F. 306. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que « personne ne peut avoir "commis" des crimes internationaux sans qu'il n'y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente » (arrêt *Ramirez*, page 317). Dans le cadre de sa réflexion sur le degré de complicité requis pour être considéré comme un complice ou un instigateur, la Cour a conclu que « la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié » (arrêt *Ramirez*, page 317). Cela dit, la Cour a ajouté la mise en garde suivante : « lorsqu'une organisation vise principalement des fins limitées et brutales [...] il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution » (arrêt *Ramirez*, page 317). Par conséquent, la complicité par association se fonde sur « l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont » (arrêt *Ramirez*, page 318).

[5] En appliquant cette jurisprudence dans sa deuxième décision, le gouverneur en conseil voulait savoir « s'il existait une preuve permettant de conclure que M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité » [voir : 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358, au paragraphe 19]. Le gouverneur en conseil a ensuite conclu que l'appellant était membre de l'unité Ek 10a et qu'en raison du fait qu'il ait été membre, il « pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont

[6] In upholding the Governor in Council’s finding of complicity, this Court also applied *Ramirez*, stating the law to be that membership in a limited brutal purpose organization creates a presumption of complicity which can be rebutted by evidence that there was no knowledge of the organization’s purpose or no direct or indirect involvement in its acts (2009 FCA 330, at paragraph 18). Based on findings of fact made by Justice MacKay, the Court found the appellant had not rebutted the presumption of complicity: the appellant had knowledge of the functions of Ek 10a and had indirectly served its purpose (2009 FCA 330, at paragraphs 21 and 22).

[7] Subsequent to the decision of the Governor in Council finding the appellant to have been complicit in the activities of Ek 10a, and the decision of this Court upholding the reasonableness of the Governor in Council’s decision on complicity, the Supreme Court of Canada found it necessary to rearticulate the test relevant to determinations of complicity: *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678. In the view of the Supreme Court, while international law recognizes a broad concept of complicity, “individuals will not be held liable for crimes committed by a group simply because they are associated with that group, or because they passively acquiesced to the group’s criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 68). Thus, to be complicit, “there must be serious reasons for considering” that the person concerned “voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 84).

III. The Decision of the Federal Court

[8] In dismissing the appellant’s application for judicial review, the Federal Court made four key findings.

la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité ».

[6] En maintenant la conclusion de complicité du gouverneur en conseil, la Cour a également suivi la jurisprudence *Ramirez*, selon laquelle l’appartenance à une organisation dont la seule raison d’être est de perpétrer des actes de brutalité crée une présomption de complicité qui peut être réfutée par une preuve d’absence de connaissance de l’objectif de l’organisation ou d’absence de participation directe ou indirecte aux actes de l’organisation (2009 CAF 330, au paragraphe 18). En se fondant sur les conclusions de fait rendues par le juge MacKay, la Cour a conclu que l’appelant n’avait pas réfuté la présomption de complicité : l’appelant connaissait le rôle de l’unité Ek 10a et l’a indirectement aidé à atteindre ses objectifs (2009 CAF 330, aux paragraphes 21 et 22).

[7] À la suite de la décision du gouverneur en conseil, qui a conclu que l’appelant avait été complice des activités de l’unité Ek 10a, et de la décision de la Cour de maintenir le caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil relativement à la complicité, la Cour suprême du Canada a établi qu’il était nécessaire de reformuler le critère relatif à la détermination de la complicité : arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678. De l’avis de la Cour suprême, même si le droit international reconnaît les contours d’un concept général de complicité, « une personne n’est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a passivement acquiescé à son dessein criminel » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 68). Donc, pour être complice, « il doit exister des raisons sérieuses de penser » que la personne concernée a « volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 84).

III. Décision de la Cour fédérale

[8] En rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appelant, la Cour fédérale a tiré quatre principales conclusions.

[9] First, the Federal Court found that with respect to the issue of complicity, all of the pre-conditions for issue estoppel were met: the complicity issue was previously decided by this Court; the decision of this Court was final; and, the parties to the proceedings were the same (reasons, paragraph 96).

[10] Second, the Federal Court found the appellant did not establish grounds that would allow it to exercise its discretion to return the issue of complicity for reconsideration (reasons, paragraph 113).

[11] Next, the Federal Court found the process was procedurally fair to the appellant (reasons, paragraph 204).

[12] Finally, the Federal Court found the decision of the Governor in Council in respect of duress was reasonable (reasons, paragraph 231).

IV. The Issue on Appeal

[13] While the appellant challenges each of the above findings of the Federal Court, in my view, one issue is determinative: did the Federal Court err in principle by concluding that the appellant had not established grounds sufficient to allow it to exercise its discretion to remit the issue of complicity for redetermination?

V. Standard of Review

[14] The decision of the Federal Court as to the exercise of its discretion is one that should be afforded deference. However, this Court may intervene if the discretion is exercised on the basis of an erroneous principle (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801, at paragraph 95; citing *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at paragraph 54).

[9] Premièrement, la Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont remplis : la question de la complicité a été décidée précédemment par la Cour, la décision de la Cour était définitive; les parties aux instances sont les mêmes (motifs, paragraphe 96).

[10] Deuxièmement, la Cour fédérale a conclu que l'appelant n'a pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen (motifs, paragraphe 113).

[11] Troisièmement, la Cour fédérale a conclu qu'il n'y avait pas eu manquement à l'équité procédurale à l'égard de l'appelant (motifs, paragraphe 204).

[12] Finalement, la Cour fédérale a conclu que la décision du gouverneur en conseil quant à la contrainte était raisonnable (motifs, paragraphe 231).

IV. La question en litige

[13] Bien que l'appelant conteste chacune des conclusions précitées de la Cour fédérale, il y a, à mon avis, une question déterminante : la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur de principe en concluant que l'appelant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen?

V. La norme de contrôle

[14] La décision de la Cour fédérale d'exercer son pouvoir discrétionnaire est une décision à l'égard de laquelle il faut faire preuve de déférence. Toutefois, la Cour peut intervenir si la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné (arrêt *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801, au paragraphe 95; citant l'arrêt *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 54).

VI. Application of the Standard of Review

[15] The Federal Court’s analysis of the issue of the exercise of discretion is found in paragraphs 104 to 113 of its reasons. The Court began by acknowledging that even where the criteria for issue estoppel are met, “the Court retains a residual discretion to determine that the doctrine should not be applied where, taking into account the entirety of the circumstances, this could lead to an injustice” (reasons, paragraph 104).

[16] After discussing the principles said to apply to the exercise of discretion, the Court correctly noted that the overarching consideration is whether the interests of justice require the exercise of discretion. Citing *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 80, the Court noted that it was required to “stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether the application of issue estoppel in the particular case would work an injustice” (reasons, paragraph 109).

[17] The Court then gave two reasons why the interests of justice did not require relitigation of the complicity issue. First, the appellant failed to challenge this Court’s application of *Ramirez* when it upheld the decision that found him to have been complicit in war crimes. The Federal Court found no injustice arose when the appellant chose not to avail himself of that opportunity (reasons, paragraph 111). Second, the appellant failed to establish that the decision finding him complicit was “clearly wrong” (reasons, paragraph 112).

[18] In my respectful view, missing from the Federal Court’s analysis was consideration of the impact of maintaining the previous finding of complicity in circumstances where that finding was directly related to the current determination of duress.

[19] The link between duress and complicity is well-settled at law. This is so because the defence of duress

VI. Application de la norme de contrôle

[15] L’analyse de la question de l’exercice du pouvoir discrétionnaire effectuée par la Cour fédérale se trouve aux paragraphes 104 à 113 de ses motifs. La Cour fédérale a commencé en reconnaissant que, même lorsque les critères de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont remplis, « la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de déterminer que le principe ne devrait pas s’appliquer lorsque, compte tenu de l’ensemble des circonstances, il pourrait en résulter une injustice » (motifs, paragraphe 104).

[16] Après avoir discuté des principes à appliquer pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour fédérale a correctement signalé que l’élément le plus important à considérer est de savoir si l’exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l’intérêt de la justice. Citant l’arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 80, la Cour fédérale a mentionné qu’elle doit « prendre un certain recul et, eu égard à l’ensemble des circonstances, se demander si, dans l’affaire dont elle est saisie, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraînerait une injustice » (motifs, paragraphe 109).

[17] La Cour fédérale a ensuite donné deux raisons pour lesquelles l’intérêt de la justice n’exige pas que la question de la complicité soit débattue à nouveau. D’abord, l’appelant n’a pas contesté l’application par la Cour de la jurisprudence *Ramirez* lorsqu’elle a confirmé la décision qu’il avait été complice de crimes de guerre. La Cour fédérale a conclu qu’il n’y avait pas d’injustice lorsque l’appelant a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité (motifs, paragraphe 111). Ensuite, l’appelant n’a pas établi que la décision selon laquelle il avait été complice était [TRADUCTION] « manifestement erronée » (motifs, paragraphe 112).

[18] À mon humble avis, dans l’analyse de la Cour fédérale, il manque l’examen de l’incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte.

[19] Le lien entre la contrainte et la complicité est bien établi en droit. Il en est ainsi parce que la défense de la

requires proportionality between the harm threatened against the person concerned and the harm inflicted by that person—whether directly or through complicity (see, for example, *Ramirez*, at pages 327 and 328; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, at paragraphs 53 to 55 and 70 to 74).

[20] In the decision under review, the Governor in Council considered the requirement of proportionality, noting that:

- (i) The potential harm the appellant would have faced by attempting to protest or disobey an order must be more serious than the harm to the victims brought about by the appellant’s actions (reasons, paragraph 47).
- (ii) Justice MacKay found that the Ek 10a was a killing squad. Thus, the appellant was required to show that he feared death in order to justify his complicity in the actions of the killing squad (reasons, paragraph 48).
- (iii) The record did not support a conclusion that the appellant faced a risk of execution. “To suggest that an unsubstantiated risk of harm is no less than the atrocities of the Nazi regime is abhorrent” (reasons, paragraph 56).

[21] As explained above, in *Ezokola* the Supreme Court renounced a test for complicity that had “inappropriately shifted its focus towards the criminal activities of the group and away from the individual’s contribution to that criminal activity” (*Ezokola*, paragraph 79). As the Court noted, “a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles” (*Ezokola*, paragraph 81).

[22] In this circumstance, I am satisfied that the application of issue estoppel worked an injustice to the appellant such that the Federal Court erred in principle in applying the doctrine. The appellant was entitled to a determination of the extent to which he made a significant and knowing contribution to the crime or criminal purpose

contrainte exige une proportionnalité entre le préjudice dont la personne concernée est menacée et celui qu’elle inflige, directement ou par complicité (consulter, par exemple, l’arrêt *Ramirez*, aux pages 327 et 328, et l’arrêt *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, aux paragraphes 53 à 55 et 70 à 74).

[20] Dans la décision faisant l’objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l’exigence de la proportionnalité, signalant que :

- i) Le préjudice potentiel auquel l’appelant aurait fait face en tentant de protester ou de désobéir à un ordre doit être plus grave que le préjudice infligé aux victimes par les actes de l’appelant (motifs, paragraphe 47).
- ii) Le juge MacKay a conclu que l’unité Ek 10a était un escadron de la mort. Par conséquent, l’appelant devait démontrer qu’il avait peur de mourir pour justifier sa complicité avec les actes de l’escadron de la mort (motifs, paragraphe 48).
- iii) Le dossier n’appuyait pas une conclusion selon laquelle l’appelant était exposé à un risque d’exécution. [TRADUCTION] « Suggérer qu’un risque de préjudice non fondé n’est pas inférieur aux atrocités commises par le régime nazi est répugnant » (motifs, paragraphe 56).

[21] Comme il a été expliqué précédemment, dans l’arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a renoncé au critère de la complicité qui « s’était attaché indûment aux activités criminelles du groupe plutôt qu’à la contribution de l’individu à ces activités criminelles » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 79). Comme la Cour suprême l’a souligné, « la complicité susceptible de s’entendre de la culpabilité par association ou de l’acquiescement passif va à l’encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 81).

[22] Dans ces circonstances, je suis d’avis que l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée a causé une injustice à l’appelant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine. L’appelant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a

of the Ek 10a. Only then could a reasonable determination be made as to whether whatever harm he faced was more serious than the harm inflicted on others through his complicity.

VII. Conclusion

[23] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court, with costs both in this Court and the Federal Court. Pronouncing the judgment that should have been made, I would remit the issues of complicity and duress to the Governor in Council for redetermination in accordance with the law.

NEAR J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Ek 10a. Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité.

VII. Conclusion

[23] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'infirmes le jugement de la Cour fédérale, avec dépens tant de notre Cour que de la Cour fédérale. En prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, je renverrais les questions de la complicité et de la contrainte au gouverneur en conseil pour nouvel examen conformément au droit.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

DES-1-11
2015 FC 1278

DES-1-11
2015 CF 1278

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, September 1 and November 23, 2015.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 1^{er} septembre et 23 novembre 2015.

*Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-520-15, 2016 FCA 195). The reasons for judgment, handed down July 8, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Note de l'arrêstiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-520-15, 2016 CAF 195). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8 juillet 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Application for order with respect to disclosure of information subject of discovery proceedings in actions brought by respondents in Superior Court of Justice of Ontario — An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts (Bill C-44) amending Canadian Security Intelligence Service Act (Act), s. 18(1), enacting s. 18.1 — Proceeding herein regarding application of those provisions to proceedings initiated prior to enactment of that legislation — Information at issue herein withheld from respondents in discovery process pursuant to Canada Evidence Act (CEA), s. 38.02(1)(a) — Applicant seeking to confirm prohibition of disclosure — Respondents requesting order authorizing disclosure of information relevant to civil actions, including identities of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) employees, human source information — Whether Act, s. 18(1) prohibiting disclosure of CSIS employees' identities under CEA, s. 38; whether statutory human source privilege

Renseignement de sécurité — Divulgence de renseignements — Sources humaines — Demande sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario — La Loi modifiant la Loi sur le Service du renseignement de sécurité et d'autres lois (projet de loi C-44) a modifié l'art. 18(1) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et a créé l'art. 18.1 — La présente procédure concernait l'application de ces dispositions à une procédure engagée avant l'adoption de la loi — La divulgation des informations visées par la présente demande a été refusée aux défendeurs lors de l'enquête préalable conformément à l'art. 38.02(1)(a) de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) — Le demandeur a demandé de confirmer l'interdiction de divulgation — Les défendeurs ont sollicité une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles, y compris l'identité d'employés

established through enactment of Act, s. 18.1 applying to information at issue herein — Parties differing over weight enactment of s. 18(1) should be given under Ribic v. Canada (Attorney General) test — Scope of offence in s. 18(1) limited by exception set out in s. 18(2), disclosures authorized under Act, s. 19 — Information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed as required by law, including disclosure mandated by designated judge discharging duties under CEA, s. 38 — S. 18.1 silent as to temporal application — Applicant failing to demonstrate legislation could not function effectively on going-forward basis — Nothing suggesting Parliament considered application of provision to matters still underway before courts as legislation was being considered — Applying s. 18.1 to information obtained by CSIS years earlier giving legislation retrospective effect — Question whether legislation affecting substantive or vested rights — New legislation establishing class privilege creating substantive rights for human sources — Limiting ability of respondents to prove their claims — S. 18.1 should not be applied to information at issue herein, information should continue to be subject to Ribic test — Alternatively, as to whether respondents having vested right to human source identifying information, argument right to information not vested until disclosed rejected — Right to discovery part of trial process from outset — Question to be determined in s. 38 review whether information in discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds — At time s. 18.1 brought into force, respondents having vested right to established disclosure regime for duration of CEA, s. 38 proceedings — Balancing of competing public interests of full disclosure, national security achieved through Ribic test without ousting vested rights of respondents — Application of s. 18.1 in these proceedings retrospective, thus invalid.

du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ainsi que les informations provenant de sources humaines — Il s'agissait de savoir si l'art. 18(1) de la Loi interdit la divulgation de l'identité des employés du SCRS fondée sur l'art. 38 de la LPC et si le privilège relatif aux sources humaines créé par l'art. 18.1 de la Loi s'applique aux informations en cause en l'espèce — Les parties ne se sont pas entendues sur le poids qu'il faudrait accorder à l'art. 18(1) selon les critères de la décision Ribic c. Canada (Procureur général) — La portée de l'infraction prévue à l'art. 18(1) est limitée par l'exception énoncée à l'art. 18(2) et les autorisations de communication prévues à l'art. 19 de la Loi — Les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées en conformité avec les exigences de la loi, y compris les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'art. 38 de la LPC — L'art. 18.1 est muet quant à son application dans le temps — Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective — Rien ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen — L'application de l'article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le SCRS de nombreuses années plus tôt équivaut à donner des effets rétrospectifs à la loi — Il s'agissait de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis — La nouvelle loi codifie un nouveau privilège générale qui crée un droit substantiel pour les sources humaines — La Loi limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations — L'art. 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision Ribic — Subsidiairement, quant à la question de savoir si les défendeurs ont un droit acquis à la divulgation de renseignements permettant l'identification de sources humaines, l'argument voulant que le droit d'obtenir des informations ne soit acquis qu'au moment même où celles-ci sont divulguées a été rejeté — Le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début — La question à trancher dans un examen fondé sur l'art. 38 était de savoir si, à l'étape de l'enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l'intérêt public — Au moment où l'art. 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l'art. 38 de la LPC — La mise en balance du facteur de l'intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l'espèce en fonction du critère de la décision Ribic sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs — Ainsi, l'application rétrospective de l'art. 18.1 a été jugée invalide.

This was an application for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery

Il s'agissait d'une demande sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le

proceedings in actions brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario.

An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts (Bill C-44) amended subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act), which makes it an offence to disclose the identity of an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), and enacted section 18.1 of the Act. Section 18.1 provides that the identity of human sources or information that would disclose the identity of human sources is to be “kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to [CSIS].” The proceeding herein regarded the application of these two provisions to proceedings initiated prior to the enactment of the legislation. The information that is the subject matter of this application has been withheld from the respondents in the discovery process pursuant to the claim of national interest privilege, a statutory prohibition on disclosure of information that would be injurious to Canada, set out in paragraph 38.02(1)(a) of the *Canada Evidence Act* (CEA). The applicant sought to confirm the prohibition of disclosure based on claims of injury to the protected national interests. The respondents requested an order authorizing the disclosure of all information relevant to their civil actions, including the identities of CSIS employees, and human source information.

At issue was whether subsection 18(1) of the Act prohibits the disclosure of CSIS employees’ identities under section 38 of the CEA, and whether the statutory human source privilege established through the enactment of section 18.1 of the Act applies to the information at issue herein.

Held, the application of section 18.1 in these proceedings would be retrospective and is thus invalid.

While the parties agreed that subsection 18(1) does not bind the Court so as to preclude the disclosure of the names of CSIS employees under section 38, they differed over what weight the enactment of subsection 18(1) should be given under the *Ribic v. Canada (Attorney General)* test. The scope of the offence in subsection 18(1), as it read prior to the enactment of Bill C-44 and as it reads now in the amended Act, is limited by the exception set out in subsection 18(2) and the disclosures authorized under section 19 of the Act. Accordingly, information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed for the purposes of the performance of duties and functions under any other act of Parliament or as required by any other law. This includes disclosure mandated by a designated judge of the Court who is discharging his or her duties under section 38 of the CEA.

processus d’enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

La Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d’autres lois (le projet de loi C-44) a modifié le paragraphe 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi), qui érige en infraction le fait de communiquer l’identité d’un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), et a créé l’article 18.1 de la Loi. L’article 18.1 dispose que l’anonymat des sources humaines ou informations qui permettrait de découvrir l’identité des sources humaines est un aspect qu’il faut « préserver [...] afin de protéger leur vie et leur sécurité et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au [SCRS] ». La procédure engagée aux présentes concernait l’application des deux dispositions susmentionnées à une procédure engagée avant l’adoption de la loi. La divulgation des informations visées par la présente demande a été refusée aux défendeurs lors de l’enquête préalable parce qu’elle serait préjudiciable à l’intérêt national et que l’alinéa 38.02(1)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) interdit de divulguer des informations qui porteraient préjudice au Canada. Le demandeur a demandé à la Cour de confirmer l’interdiction de divulgation fondée sur des prétentions d’atteinte aux intérêts nationaux protégés. Les défendeurs ont sollicité une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles, y compris l’identité d’employés du SCRS ainsi que les informations provenant de sources humaines.

Il s’agissait de savoir si le paragraphe 18(1) de la Loi interdit la divulgation de l’identité des employés du SCRS fondée sur l’article 38 de la LPC et si le privilège relatif aux sources humaines créé par l’article 18.1 de la Loi s’applique aux informations en cause en l’espèce.

Jugement : l’application de l’article 18.1 en l’espèce serait retrospective, et ainsi, elle est jugée invalide.

Bien que les parties se soient entendues quant au fait que le paragraphe 18(1) ne lie pas la Cour de manière à empêcher la divulgation des noms d’employés du SCRS fondée sur l’article 38 de la LPC, elles ne se sont pas entendues sur le poids qu’il faudrait accorder au paragraphe 18(1) selon les critères de la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*. La portée de l’infraction prévue au paragraphe 18(1), telle que la disposition était libellée avant l’adoption du projet de loi C-44 et telle qu’elle est actuellement libellée dans la Loi révisée, est limitée par l’exception énoncée au paragraphe 18(2) et les autorisations de communication prévues à l’article 19 de la Loi. Par conséquent, les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées dans l’exercice des fonctions qui leur sont conférées en vertu de toute autre loi fédérale ou en

As to section 18.1, it is silent as to its temporal application. The applicant asserted that as of April 23, 2015, section 18.1 applies to all proceedings regardless of when they began, so long as there was no disclosure of human source information prior to that date. The respondents asserted that section 18.1 must only apply to human sources who were or will be given the promise of confidentiality in exchange for information after Bill C-44 came into effect.

The applicant failed to demonstrate that the legislation could not function effectively on a going-forward basis. There is nothing in the Parliamentary record suggesting that Parliament considered the application of the provision to matters that were still underway before the courts as the legislation was being considered. Applying section 18.1 to information that was obtained by CSIS many years earlier to prevent its disclosure post-enactment gives the legislation retrospective effect. The question to be resolved was whether the legislation affects substantive or vested rights.

Under the amended scheme, the Court would have no role in determining whether protection was necessary in any specific case, and would be prohibited from examining the circumstances under which a promise of confidentiality was made. Should section 18.1 apply in the present circumstances, the Court would have no opportunity to consider whether there was an overwhelming public interest in disclosure to offset these considerations absent a determination that the individual is not, in fact, a human source. There is virtually no scope left by the legislation to make that determination or to identify the source subject to, in criminal proceedings, the innocence at stake exception set out in subsection 18.1(4) of the Act.

The new legislation establishes a class privilege that creates substantive rights for human sources and could have a substantive effect on the scope of permissible disclosure in these proceedings. Should it have such an effect, it would limit the ability of the respondents to prove their claims against the defendant and their ability to establish that their constitutional rights were infringed. Section 18.1 should not be applied to the information at issue in these proceedings and the information should continue to be subject to the *Ribic* test for disclosure.

conformité avec les exigences d'une autre règle de droit. Cela comprend les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'article 38 de la LPC.

Quant à l'article 18.1, la loi elle-même est muette quant à son application dans le temps. Le demandeur affirme qu'à partir du 23 avril 2015, l'article 18.1 s'applique à toutes les instances, peu importe le moment où elles ont été intentées, pourvu qu'il n'y ait pas eu de divulgation des informations provenant d'une source humaine avant cette date. Les défendeurs ont affirmé que l'article 18.1 ne doit s'appliquer qu'à des sources humaines qui ont reçu une promesse d'anonymat en contrepartie d'un transfert des informations après l'entrée en vigueur du projet de loi C-44.

Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective. Rien dans les débats parlementaires ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen. L'application de l'article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le SCSR de nombreuses années plus tôt en vue d'empêcher leur divulgation après l'adoption de la loi équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi. La question qui devait être tranchée était de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis.

Sous le régime envisagé par les modifications, la Cour n'aurait aucun rôle à jouer pour trancher la question de savoir si la protection était nécessaire dans l'un ou l'autre cas précis. Il serait également interdit à la Cour d'examiner les circonstances dans lesquelles la promesse d'anonymat a été faite. Si l'article 18.1 devait s'appliquer en l'espèce, la Cour n'aurait aucune occasion d'examiner la question de savoir s'il existe un intérêt public à la divulgation pour contrebalancer ces facteurs, en l'absence d'une conclusion selon laquelle la personne physique n'est pas, en réalité, une source humaine. La loi ne laisse pratiquement aucune possibilité pour tirer cette conclusion ou pour identifier la source sous réserve, dans les instances criminelles, de l'exception relative à la démonstration de l'innocence prévue au paragraphe 18.1(4) de la Loi.

La nouvelle loi établit un privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et pourrait avoir un effet substantiel sur la portée d'une divulgation autorisée en l'espèce. Si la loi devait produire un tel effet, elle limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations portées contre le défendeur et à établir que leurs droits constitutionnels ont été violés. L'article 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision *Ribic* relativement à la divulgation.

In the alternative, the issue of whether the respondents had a vested right to the disclosure of human source identifying information, subject to section 38, was addressed. The argument that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed, was rejected. The right to discovery is part of the trial process from the outset. The question to be determined in a section 38 review is whether information in the discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds. At the time section 18.1 was brought into force the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceedings. Under that regime, human source identifying information is subject to a determination of the public interest privilege claims asserted by the applicant. The balancing of the competing public interests of full disclosure and national security can be achieved in this proceeding through the *Ribic* test without ousting the vested rights of the respondents.

In conclusion, the application of section 18.1 in these proceedings would have been retrospective, and created a new privilege that affects the substantive rights of the respondents. The respondents had a vested right to disclosure of human source identifying information in order to support their claims in the Ontario Superior Court. Thus, the retrospective application of section 18.1 was held to be invalid.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (assented to April 23, 2015), S.C. 2015, c. 9.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38–38.16.
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].
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “human source”, 18, 18.1, 19.
Citizen’s Arrest and Self-defence Act, S.C. 2012, c. 9.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1952, c. 314.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 23.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 83(1)(d).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 5(2), 10.
Protection of Canada from Terrorists Act, S.C. 2015, c. 9.

Subsidiairement, la question de savoir si les défendeurs avaient un droit acquis à l’égard des informations relatives à des sources humaines, dans un examen fondé sur l’article 38, a été abordée. L’argument voulant que, dans un examen fondé sur l’article 38, le droit d’obtenir des informations ne soit acquis qu’au moment même où celles-ci sont divulguées a été rejeté. Le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début. La question à trancher dans un examen fondé sur l’article 38 est de savoir si, à l’étape de l’enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l’intérêt public. Au moment où l’article 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l’article 38. Sous ce régime, les informations d’identifications de sources humaines sont assujetties à une conclusion portant sur les prétentions avancées par le demandeur selon lesquelles il existe un privilège d’intérêt public. La mise en balance du facteur de l’intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l’espèce en fonction du critère de la décision *Ribic* sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs.

En conclusion, l’application de l’article 18.1 en l’espèce aurait été rétrospective, et aurait créé un nouveau privilège qui porte atteinte aux droits substantiels des défendeurs. Les défendeurs avaient un droit acquis à la divulgation des informations permettant l’identification de sources humaines afin qu’ils puissent étayer leurs demandes présentées à la Cour supérieure de l’Ontario. Ainsi, l’application rétrospective de l’article 18.1 a été jugée invalide.

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].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 5(2), 10.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1952, ch. 314.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16.
Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, ch. 9.
Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 23.
Loi sur l’arrestation par des citoyens et la légitime défense, L.C. 2012, ch. 9.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 “source humaine”, 18, 18.1, 19.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 83(1)d).
 Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois* (sanctionné le 23 avril 2015), L.C. 2015, ch. 9.

CASES CITED

APPLIED:

Dikranian v. Quebec (Attorney General), 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

DISTINGUISHED:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449.

CONSIDERED:

Ribic v. Canada (Attorney General), 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, revd 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, leave to appeal to S.C.C. refused [2012] 1 S.C.R. v; *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Jaballah (Re)*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43; *Buskirk v. Canada (Solicitor General)*, 2012 FC 1463, [2014] 2 F.C.R. 317; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, (1957), 8 D.L.R. (2d) 449; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, 57 D.L.R. 648; *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Telbani, 2014 FC 1050; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, revd 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dikranian c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ribic c. Canada (Procureur général), 2003 CFPI 10, conf. par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, inf. par 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2012] 1 R.C.S. v; *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279; *Buskirk c. Canada (Solliciteur général)*, 2012 CF 1463, [2014] 2 R.C.F. 317; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Telbani, 2014 CF 1050; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, inf. par 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508.

AUTHORS CITED

- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/AR_English.pdf>.
- Canada. *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final_report/final-report-copy-en.pdf>.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Roach, Kent, “The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44” (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in actions brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. Application of *Canadian Security Intelligence Service Act*, section 18.1 in these proceedings retrospective, thus invalid.

APPEARANCES

Derek Rasmussen, Lorne Ptack and Craig Collins-Williams for applicant.
François Dadour and John Norris as *amici curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Philip Tunley, Stockwoods LLP Barristers, Toronto, and *Barbara Jackman, Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, for respondents.

DOCTRINE CITÉE

- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/AR_French.pdf>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-f/final_report/final-report-copy-fr.pdf>.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Édition Thémis, 1999.
- Roach, Kent, « The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44 » (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2^e éd. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

DEMANDE sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. L'application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service du renseignement de sécurité* dans la présente procédure est rétrospective et est donc jugée invalide.

ONT COMPARU

Derek Rasmussen, Lorne Ptack et Craig Collins-Williams pour le demandeur.
François Dadour et John Norris à titre d'*amici curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Philip Tunley, Stockwoods LLP Barristers, Toronto, et *Barbara Jackman, Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, pour les défendeurs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MOSLEY J.:

I. INTRODUCTION

[1] Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* was introduced in the House of Commons on October 27, 2014. The Bill received Royal Assent on April 23, 2015 and was brought into force as the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9.

[2] The legislation amended subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), which makes it an offence to disclose the identity of an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service), and created a new section 18.1.

[3] Section 18.1 now provides that the identity of human sources or information that would disclose the identity of human sources is to be “kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.”

[4] This is an interlocutory decision regarding the application of these two provisions to proceedings initiated prior to the enactment of the legislation. In this matter, the Attorney General of Canada has applied for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in actions brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. In those actions, Messrs. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin, joined by members of their families, seek compensatory damages from the Government of Canada for, among other things, alleged complicity by Canadian officials, departments and agencies in their detention and torture in Syria (and Egypt, in the case of Mr. Elmaati) and breach of their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution*

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

LE JUGE MOSLEY :

I. INTRODUCTION

[1] Le projet de loi C-44, intitulé *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, a été déposé à la Chambre des communes le 27 octobre 2014. Le projet de loi a reçu la sanction royale le 23 avril 2015 et est entré en vigueur sous le titre de *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9.

[2] La Loi a modifié le paragraphe 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), qui érige en infraction le fait de communiquer l'identité d'un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service), et a créé une nouvelle disposition, à savoir l'article 18.1.

[3] L'article 18.1 stipule maintenant que l'anonymat des sources humaines ou informations qui permettrait de découvrir l'identité des sources humaines est un aspect qu'il faut « préserver [...] afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service ».

[4] La Cour est appelée à rendre une décision interlocutoire concernant l'application des deux dispositions susmentionnées à une procédure engagée avant l'adoption de la loi. En l'espèce, le procureur général du Canada a demandé que soit rendue une ordonnance portant sur la divulgation des informations visés par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans ces actions, MM. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin réclament, de concert avec des membres de leurs familles, des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada notamment pour une complicité alléguée de la part de fonctionnaires, de ministères et d'organismes canadiens relativement à la détention et à la torture dont ils ont été victime en Syrie (et en Égypte, dans le cas de

Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[5] In addition to being the applicant in these proceedings, the Attorney General of Canada is also, pursuant to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, section 23, the representative defendant in the underlying civil actions on behalf of the public servants and government departments and agencies alleged to have been complicit in the harms suffered by the respondents. The application is brought in the Federal Court under subsection 38.04(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[6] The information which is the subject matter of this application is in the possession of departments and agencies of the Government of Canada. It has been withheld from the respondents in the discovery process pursuant to the claim of national interest privilege, a statutory prohibition on disclosure of information that would be injurious to Canada's national defence, national security or international relations if released to the public, set out in paragraph 38.02(1)(a) of the CEA.

[7] The Attorney General seeks to have the prohibition of disclosure based on claims of injury to the protected national interests (the section 38 claims) confirmed by the Court. Alternatively, the Attorney General requests that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) of the CEA to disclose the information in the form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations.

[8] The respondents request an order authorizing the disclosure of all information relevant to their civil actions that the applicant seeks to withhold or, in the alternative, the disclosure of summaries or substitutions that would meet the public interest including their interests in obtaining disclosure to the fullest degree possible in each case. The information they seek includes the

M. Elmaati) et à la violation des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[5] Outre sa qualité de demandeur en l'espèce, le procureur général du Canada est aussi, selon l'article 23 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, le défendeur, dans les actions civiles sous-jacentes, qui représente les ministères et les fonctionnaires des organismes gouvernementaux qui auraient été complices des préjudices subis par les défendeurs. La présente demande est introduite à la Cour fédérale au titre du paragraphe 38.04(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[6] Les informations visées par la présente demande sont détenues par des ministères et organismes du gouvernement du Canada. La divulgation des informations en question a été refusée aux défendeurs lors de l'enquête préalable parce qu'elle serait préjudiciable à l'intérêt national et que l'alinéa 38.02(1)a) de la LPC interdit de divulguer des informations qui porteraient préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales du Canada.

[7] Le procureur général demande à la Cour de confirmer l'interdiction de divulgation fondée sur des prétentions d'atteinte aux intérêts nationaux protégés (les prétentions fondées sur l'article 38). Subsidiairement, le procureur général demande à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) de la LPC en ordonnant la divulgation des informations en la forme et aux conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[8] Les défendeurs sollicitent une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles dont le demandeur refuse la communication ou, subsidiairement, la divulgation de résumés ou de documents de remplacement, qui sont conformes à la protection de l'intérêt public, tout en tenant compte de leur intérêt à obtenir la divulgation

identities of CSIS employees, and human source information that may be in the collection of documents before the Court, and if so, presently withheld from disclosure.

[9] The Court was advised by counsel for the Attorney General of Canada following the coming into force of Bill C-44 that its provisions may have some bearing on the issues before the Court in these proceedings. As a result, the Court has received oral and written submissions with regard to the interpretation and application of the new and revised legislation.

[10] It is not my intention in these reasons to refer to the test established in *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affirmed by 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*) with regard to disclosure of the contested information. Nor do I intend to discuss the application of the *Ribic* principles to the redacted identities or information that may tend to identify any CSIS employees or human sources that may be in the collection of documents before the Court. That task, if necessary, will be undertaken as part of the Court's overall review of the disputed information which is currently underway.

[11] However, in the interests of greater transparency relating to the Court's interpretation and application of the recent amendments, I consider it necessary to address the Court's interpretation of the recent changes to the law in these public reasons. In doing so, I will not refer to any of the information received during the closed proceedings. These reasons do not reflect any conclusions reached with respect to the application of the *Ribic* test to the disputed information.

[12] In these reasons I outline the background of the application, describe the applicable legal framework, and discuss the legal arguments raised by the parties and

la plus complète possible dans chaque cas. Les informations qu'ils cherchent à obtenir comprennent l'identité d'employés du SCRS ainsi que les informations provenant de sources humaines qui pourraient se trouver dans la série de documents dont la Cour est saisie et, le cas échéant, dont la communication est actuellement refusée.

[9] Les avocats du procureur général ont avisé la Cour qu'après l'entrée en vigueur du projet de loi C-44, les dispositions contenues dans celui-ci pourraient avoir une certaine incidence sur les questions dont la Cour est saisie en l'espèce. Par conséquent, la Cour a entendu des témoignages et reçu des observations écrites quant à l'interprétation et à l'application de la nouvelle loi révisée.

[10] Je n'ai pas l'intention, dans les présents motifs, de décrire les critères établis dans la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, confirmée par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 (*Ribic*), en ce qui concerne la divulgation des informations en cause. Je n'entends pas non plus examiner l'application des principes énoncés dans la décision *Ribic* aux éléments d'identité ou les informations caviardées qui permettraient d'identifier tout employé du SCRS ou toute source humaine et qui pourraient se trouver dans la série de documents dont la Cour est saisie. S'il le faut, la Cour s'occupera de cette question dans le contexte de l'examen global qu'elle fait présentement concernant les informations en cause.

[11] Toutefois, afin d'assurer la plus grande transparence en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application, par la Cour, des récentes modifications, j'estime qu'il est nécessaire de se pencher dans les présents motifs publics sur l'interprétation que la Cour fait des récentes modifications apportées à la loi. Pour ce faire, je ne ferai mention d'aucun renseignement reçu au cours des audiences tenues à huis clos. Les présents motifs ne tiennent compte d'aucune conclusion tirée relativement à l'application aux informations en cause du critère énoncé dans la décision *Ribic*.

[12] Dans les présents motifs, je relate l'historique de l'instance, définit le cadre juridique applicable, examine les arguments juridiques soulevés par les parties ainsi

the principles I have relied upon in determining whether the amended subsection 18(1) and new section 18.1 ought to apply in these proceedings.

[13] For convenience, reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 of the CEA.

II. PROCEDURAL HISTORY

[14] The respondents' claims in the Superior Court of Justice were initiated following the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, and the consequent report [*Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006] (the O'Connor Inquiry Report). In his report, Mr. Justice Dennis O'Connor recommended that the cases of the three principal respondents be reviewed but in a manner more appropriate than a full-scale public inquiry because of the national security issues involved. As a result, the Honourable Frank Iacobucci, Q.C. was appointed to conduct the Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (the Iacobucci Inquiry).

[15] The proceedings before the Superior Court were held in abeyance pending the outcome of the Iacobucci Inquiry and resumed following the issuance of the report. In April, 2009, the parties agreed to conduct mediations. To that end, in July 2009, counsel for the Attorney General disclosed approximately 486 documents to the respondents, of which 290 contained redactions. The 486 documents had been specifically requested by the respondents because of references to them in the Iacobucci Report. For reasons unknown to this Court the mediation did not proceed as planned in November 2009 and the litigation resumed. Notice was given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) of the CEA in January 2010 that 289 of the documents disclosed to the respondents for discovery purposes contained sensitive or potentially injurious information. This number was later reduced to 268 as

que les principes sur lesquels je me suis fondé pour déterminer si le paragraphe 18(1) modifié et le nouvel article 18.1 devraient s'appliquer en l'espèce.

[13] Par souci de commodité, toute mention de l'article 38 dans les présents motifs s'entend des articles 38 à 38.16 de la LPC.

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

[14] Les défendeurs ont introduit leurs demandes à la Cour supérieure de justice dans la foulée de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et du rapport qui a été publié par la suite [*Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006] (le rapport d'enquête O'Connor). Dans son rapport, le juge Dennis O'Connor recommandait que les dossiers des trois défendeurs principaux soient réexaminés, mais que l'examen se fasse d'une manière plus appropriée qu'une enquête publique en bonne et due forme en raison des questions de sécurité nationale en jeu. En conséquence, l'honorable Frank Iacobucci, c.r., a été désigné pour présider l'Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (l'enquête Iacobucci).

[15] Les instances introduites devant la Cour supérieure ont été suspendues en attendant l'issue de l'enquête Iacobucci et elles ont été reprises à la suite de la publication du rapport. En avril 2009, les parties ont convenu de recourir à la médiation. À cette fin, en juillet 2009, les avocats du procureur général ont communiqué aux défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés. La communication des 486 documents avait été explicitement demandée par les défendeurs parce que le rapport Iacobucci faisait mention de ceux-ci. Pour des raisons que la Cour ignore, la médiation n'a pas eu lieu en novembre 2009 comme prévu et les instances ont repris. En janvier 2010, un avis a été donné au procureur général en vertu du paragraphe 38.01(1) de la LPC pour lui faire savoir que, parmi les documents qui avaient été communiqués aux défendeurs dans le cadre de l'enquête préalable,

the Attorney General authorized additional disclosures. A notice of application under subsection 38.04(1) of the CEA was filed on February 9, 2010.

[16] The initial section 38 proceeding continued in this Court under Federal Court file number DES-1-10 leading to a public decision released in November 2010: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* 2010). A confidential order was also issued at that time with an attached Annex listing the redacted information for which protection claims were made and the Court's decisions in relation to each claim. Disclosure of certain of the withheld information was ordered in either full text or summary form.

[17] In DES-1-10, the respondents sought disclosure of certain human source information and the names of specified CSIS employees that were redacted in the documents under review or, in the alternative, consistent aliases for those employees. With respect to the employees, they cited in particular those whose names were known publicly because they identified themselves to the respondents by leaving business cards with their names, telephone numbers and other contact information as CSIS officers.

[18] In rendering judgment on the application in DES-1-10, I accepted that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them could be subject to public interest privilege and that the Court should be conscious of the effect that a decision to order disclosure of such information might have on the recruitment of human sources. I found that the privilege was not absolute, considering the case-by-case analysis called for by Justice Simon Noël in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370.

289 contenaient des informations sensibles ou potentiellement préjudiciables. Ce nombre a été plus tard ramené à 268 étant donné que le procureur général avait autorisé la divulgation d'autres informations. Un avis de demande a été déposé le 9 février 2010 conformément au paragraphe 38.04(1) de la LPC.

[16] La procédure initiale intentée en vertu de l'article 38 s'est poursuivie devant la Cour sous le dossier numéro DES-1-10 et a abouti à une décision rendue publiquement en novembre 2010 : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* 2010). Une ordonnance confidentielle comportant en annexe une liste des informations caviardées ayant fait l'objet de demandes de protection ainsi que les décisions rendues par la Cour relativement à chaque demande a également été rendue à ce moment-là. L'ordonnance autorisait la divulgation intégrale ou sous forme de résumé de certaines informations dont la divulgation avait été refusée.

[17] Dans le dossier DES-1-10, les défendeurs ont demandé la divulgation de certaines informations de sources humaines et des noms de certains employés du SCRS qui avaient été caviardés dans les documents visés dans le contexte de cette instance ou, à titre subsidiaire, la divulgation des pseudonymes correspondant à ces employés. En ce qui concerne les employés, ils ont cité en particulier ceux dont les noms étaient connus publiquement parce qu'ils s'étaient présentés aux défendeurs comme des agents du SCRS et avaient laissé leurs cartes professionnelles sur lesquelles figuraient leurs noms, leurs numéros de téléphone ainsi que d'autres coordonnées.

[18] En rendant le jugement sur la demande présentée dans le dossier DES-1-10, j'ai accepté que l'identité des sources humaines secrètes et les informations fournies par ces sources qui tendraient à les identifier puissent faire l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public et que la Cour doit être consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de telles informations peut avoir sur le recrutement de sources humaines. J'ai conclu que le privilège n'était pas absolu, compte tenu de l'analyse cas par cas que recommande le juge Simon Noël dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

[19] In that decision, Justice Noël applied the four fundamental conditions for extending or recognizing a common-law privilege set out in *Evidence in Trials at Common Law* [John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961] [at paragraph 20]:

- (1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.
- (2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.
- (3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.
- (4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of the litigation.

[20] Justice Noël concluded, at paragraph 31, that the relationship between the Service and a covert human intelligence source in that particular case met the conditions for establishing the privilege and that the identity of the source should be protected.

[21] At paragraphs 169 and 170 of *Almalki* 2010, I stated the following:

However, I do not accept that the privilege should apply in every instance to persons who provide information to CSIS. The Service tends to treat virtually everyone who provides information as a confidential source whether there is any real expectation of confidentiality on the part of the source, a risk of harm to the source or likelihood that they would not be forthcoming without such assurances. This extends to employees of law enforcement agencies, public utilities and business corporations who provide information that may be publicly available. In reviewing documents for disclosure, Service officials routinely redact the names of such persons and related identifying information. In my view, the Service approach is overbroad.

[19] Dans la décision précitée, le juge Noël a appliqué les quatre conditions fondamentales énoncées dans l'ouvrage intitulé *Evidence in Trials at Common Law* [John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961] pour qu'un privilège de common law puisse être étendu ou reconnu [au paragraphe 20] :

[TRADUCTION]

- 1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- 2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel complet et satisfaisant entre les parties.
- 3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.
- 4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

[20] Le juge Noël a conclu, au paragraphe 31, que, dans l'affaire en cause, les relations entre le Service et une source humaine clandestine de renseignement remplitaient les conditions exigées pour l'application du privilège et que l'identité de la source devrait être protégée.

[21] Aux paragraphes 169 et 170 de la décision *Almalki* 2010, j'ai formulé les observations suivantes :

Je n'irais cependant pas jusqu'à dire que ce privilège devrait s'appliquer dans chaque cas aux personnes qui fournissent des renseignements au SCRS. Le Service a tendance à considérer comme une source confidentielle pratiquement chaque personne qui lui fournit des renseignements, que la source s'attende ou non réellement à ce qu'on respecte la confidentialité de ces renseignements, que la source soit exposée ou non à un risque de subir un préjudice, ou qu'il soit probable ou non que ces renseignements soient communiqués sans ces assurances. Cela vaut pour les employés des organismes chargés de faire respecter la loi, les entreprises de services publics et les sociétés commerciales, qui communiquent des renseignements qui peuvent être publics. Lorsqu'ils examinent des

I recognize that the redacted information may be of little or no relevance to the underlying proceedings. However, if relevant, as discussed above, the Court has to consider whether injury would result from disclosure and whether the privilege is justified on a case-by-case basis. In some instances, this will not be difficult as the circumstances relating to the recruitment and development of the source will make it clear that the information should be treated as privileged. However, the public interest in non-disclosure of the information will not in every case outweigh the public interest in disclosure. That assessment has to be made in the third and final stage of the inquiry.

[22] This discussion was based in part on the Court's understanding of the very broad definition of "human source" employed by the Service which encompassed anyone who provided information to CSIS or otherwise facilitated its operational activities. The Service drew distinctions in its management of human sources through internal policies and procedures.

[23] The order issued in *Almalki* 2010 did not authorize the disclosure of the names of CSIS employees nor the identities of human sources but did authorize the release of information in some documents from which the Attorney General argued the identity of a human source could be inferred. I was not persuaded that disclosure of the information would reveal the identity of the source. The Attorney General appealed the order in relation to that information and information in a number of documents respecting information received from foreign agencies.

[24] The Federal Court of Appeal issued its decision in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* F.C.A. 2011). This Court's treatment of the privilege issue was upheld, at paragraphs 29 and 30, but its application to the documents in question was reversed. A motion for

documents en vue de leur divulgation, les fonctionnaires du Service expurgent habituellement le nom de ces personnes ainsi que tout renseignement permettant de les identifier. À mon avis, la méthode suivie par le Service est trop large.

Je reconnais que les renseignements expurgés peuvent avoir peu ou point d'utilité pour les instances principales. Toutefois, s'ils sont utiles, la Cour doit, comme nous l'avons déjà vu, se demander au cas par cas si leur divulgation causerait un préjudice et si le privilège est justifié. Dans certains cas, cette analyse ne sera pas difficile étant donné qu'il ressortira des circonstances entourant le recrutement et la formation de la source que les renseignements doivent être considérés comme privilégiés. Toutefois, l'intérêt du public à la non-divulgation des renseignements ne l'emporte pas toujours sur l'intérêt du public à leur divulgation. Cette évaluation doit être effectuée à la troisième et dernière étape de l'analyse.

[22] Cette analyse était en partie fondée sur la compréhension que la Cour avait de la définition très large de l'expression « source humaine » employée par le Service, qui comprenait toute personne qui fournissait informations au SCRS ou qui facilitait autrement ses activités opérationnelles. Le Service a développé des procédures et politiques internes dans sa gestion des sources humaines qui énoncent des distinctions sur le sujet.

[23] L'ordonnance rendue dans la décision *Almalki* 2010 n'a pas autorisé la divulgation des noms d'employés du SCRS ni l'identité de sources humaines mais a autorisé la communication des informations figurant dans quelques documents qui, selon les prétentions du procureur général, pouvaient permettre, de découvrir l'identité de la source humaine. Je n'étais pas convaincu que la communication des informations pouvait permettre de découvrir l'identité d'une source. Le procureur général a interjeté appel à l'encontre de l'ordonnance relative à ces informations et à des informations reçus d'organismes étrangers figurant dans les documents contestés.

[24] La Cour d'appel fédérale a rendu sa décision dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* C.A.F. 2011). L'interprétation de la Cour de première instance, en ce qui concerne le privilège, a été maintenue, tel qu'en fait foi les paragraphes 29 et 30, mais la décision quant à

reconsideration was dismissed by the [Federal] Court of Appeal on October 13, 2011 and an application for leave to appeal was dismissed by the Supreme Court of Canada on January 19, 2012 [[2012] 1 S.C.R. v].

[25] No information that would identify covert human sources or the names of CSIS employees was disclosed to the respondents as a result of the orders issued by this Court in *Almalki* 2010 and by the Federal Court of Appeal in *Almalki* F.C.A. 2011.

[26] The current review of the claims in relation to the redacted information was initiated by order of this Court on September 19, 2011. In that order, the Court appointed the same two security-cleared members of the private bar who had served as *amici curiae* in DES-1-10, Messrs. Bernard Grenier and François Dadour of Montréal. Mr. Grenier resigned the appointment in 2014 and was replaced by Mr. John Norris of Toronto.

[27] It is worth noting that the collection of documents in DES-1-10 was limited to a specific group identified by the respondents based on their review of the Iacobucci Report and, initially at least, was for the purpose of facilitating the mediations between the parties that were ultimately suspended. The collection of documents in DES-1-11 is much broader and encompasses all of the material within the possession of the Government of Canada that is considered by the Attorney General to be relevant to the underlying civil actions. This stems from the Attorney General's obligation to produce documents to the respondent plaintiffs in the pre-trial discovery process. Consequently, the information contained in the documents under review in the present proceeding is much more comprehensive in relation to the facts alleged in the pleadings.

[28] The respondents submit that they have been unable to discern from the public reasons for decision of both courts in DES-1-10 the basis upon which their requests for disclosure were not given effect. They contend that the names of at least six CSIS employees are known to them because they had interactions with

l'application du privilège aux documents visés a été infirmée. Une requête en réexamen a été rejetée par la Cour d'appel fédérale le 13 octobre 2011 et une demande d'autorisation de pourvoi a été refusée par la Cour suprême du Canada le 19 janvier 2012 [[2012] 2 R.C.S. v].

[25] Aucune information pouvant permettre d'identifier des sources humaines secrètes ou de connaître les noms des employés du SCRS n'a été communiqué aux défendeurs par suite des ordonnances rendues par la Cour dans la décision *Almalki* 2010 et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011.

[26] Le présent examen des demandes concernant les informations caviardées a été ordonné par la Cour le 19 septembre 2011. Dans son ordonnance, la Cour a nommé les deux mêmes avocats de cabinets privés ayant obtenu une attestation de sécurité qui avaient agi en qualité d'*amici curiae* dans le dossier DES-1-10, à savoir M^e Bernard Grenier et M^e François Dadour de Montréal. M^e Grenier s'est désisté en 2014 et a été remplacé par M^e John Norris, de Toronto.

[27] Je tiens à souligner que la série de documents figurant dans le dossier DES-1-10 se limitait à un groupe précis identifié par les défendeurs après avoir examiné le rapport Iacobucci et qu'elle ne visait, au départ, tout au moins, qu'à faciliter les séances de médiation entre les parties, qui ont finalement été suspendues. La série de documents versés dans le dossier DES-1-11 est beaucoup plus générale et comprend tous les documents en possession du gouvernement du Canada que le procureur général estime pertinents quant aux actions civiles sous-jacentes. Cela découle de l'obligation du procureur général de communiquer des documents aux demandeurs-intimés à l'étape de l'enquête préalable à l'instance. Par conséquent, les informations figurant dans les documents en cause en l'espèce sont plus complètes que ce qui est allégué dans les actes de procédure.

[28] Les défendeurs prétendent qu'ils n'ont pas pu discerné dans les motifs publics rendus par les deux cours dans le dossier DES-1-10, les raisons pour lesquelles leurs demandes de divulgation n'ont pas été accueillies. Ils soutiennent qu'ils connaissent les noms d'au moins six employés du SCRS parce qu'ils ont eu

those employees, and further, that those names are in the public domain (on social media and in a book published about their experiences). At the relevant time, the CSIS policy for the conduct of interviews generally required members to identify themselves as employees of the Service.

[29] The respondents note that those employees may or may not be among the Attorney General's list of 10 proposed but unnamed CSIS witnesses offered in the synopses of testimony to be led at trial.

[30] The six publicly named persons said to be CSIS employees had been added to the list of defendants in the civil actions before the Ontario Superior Court. Those names have now been withdrawn as a result of undertakings by the Attorney General that the named persons would be produced for pre-trial examination during the discovery process. Should liability ultimately be found at trial for any of their acts or omissions respecting the respondents, liability would attach to the federal Crown vicariously.

[31] In their written and oral submissions in these proceedings, the respondents have maintained their request for disclosure of the redacted names of any CSIS employees that may appear in the collected documents or, in the alternative, consistent aliases so that they may be able to understand which anonymous employees played a significant role in the documented events.

[32] The Attorney General has consistently taken the position, on behalf of the Service, that the identification of CSIS employees—particularly those who engage in covert activities—would impair the Service's ability to investigate threats to the security of Canada. He has also argued that identifying Service personnel could endanger their personal safety or that of their families. The Attorney General contends that this information falls within a category that the Court has consistently

des interactions avec ceux-ci et, en outre, parce que leurs noms sont dans le domaine public (ils sont mentionnés dans les médias sociaux et dans un livre publié au sujet des expériences qu'ils ont vécues). À l'époque pertinente, la politique du Service pour la conduite d'entrevues requérait, de façon générale, que les agents du Service s'identifient comme employés du Service.

[29] Les défendeurs soulignent que les employés en question peuvent ou non figurer sur la liste des 10 témoins du SCRS non désignés nommément proposés par le procureur général, qui est mentionnée dans les résumés des témoignages qui doivent être présentés à l'audience.

[30] Les noms des six personnes qui s'étaient présentées comme étant des employés du SCRS avaient été ajoutés à la liste des défendeurs dans les actions civiles intentées devant la Cour supérieure de l'Ontario. Ces noms ont maintenant été retirés en raison des engagements pris par le procureur général selon lequel ces personnes désignées nommément se présenteraient à l'interrogatoire préalable au cours de l'enquête préalable. Si la cour devait finalement conclure à leur responsabilité quant à tout acte ou toute omission à l'égard des défendeurs, la responsabilité de la Couronne fédérale se trouverait engagée.

[31] Dans leurs observations écrites et orales présentées en l'espèce, les défendeurs ont maintenu leur demande de communication des noms caviardés d'employés du SCRS qui pourraient figurer dans la série de documents ou, à titre subsidiaire, des pseudonymes correspondant à ces employés de telle sorte qu'ils puissent comprendre quels employés anonymes ont joué un rôle important dans les faits qui sont relatés dans ces documents.

[32] Le procureur général a constamment fait valoir, pour le compte du Service, que l'identification des employés du SCRS, en particulier ceux qui ont pris part à des activités clandestines, réduirait la capacité du Service de faire enquête sur les menaces à la sécurité du Canada. En outre, il a soutenu que l'identification des employés du Service pourrait mettre en danger leur sécurité personnelle ou celle de leurs familles. Le procureur général affirme que les informations en question

protected in applying the test established in *Ribic*, above. See for example *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, at paragraph 46.

[33] With respect to the issue of human sources, in *Almalki* 2010, at paragraphs 168–170, I accepted as a general proposition that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them would be subject to public interest privilege and that an order to disclose such information would have an adverse effect on the ability of CSIS to recruit such sources. I did not accept that the privilege should apply in every instance to persons who provide information to CSIS and found that the public interest in disclosure may, in some instances, outweigh that of non-disclosure.

[34] The [Federal] Court of Appeal agreed that there was no class privilege for information obtained from CSIS human sources: *Almalki* F.C.A. 2011, at paragraph 34. It maintained that position in *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, at paragraph 93, in the context of a security certificate proceeding. That aspect of the decision was upheld by the Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat* S.C.C.), at paragraph 85.

[35] In *Harkat* S.C.C., the majority of the Supreme Court agreed with the Federal Court of Appeal that the common-law police informer privilege did not attach to CSIS human sources. Among other reasons cited, the majority noted that police have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary because doing so can make it harder to use an informer as a witness. CSIS was not so constrained in collecting intelligence. The majority observed, at paragraph 87, that it was open to Parliament to create a new class privilege should it deem it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged.

appartiennent à une catégorie que la Cour a uniformément protégée par application du critère énoncé dans l'arrêt *Ribic*, précité. Voir par exemple, la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, au paragraphe 46.

[33] En ce qui concerne la question des sources humaines, dans la décision *Almalki* 2010, aux paragraphes 168 à 170, j'ai accepté la proposition de principe général voulant que l'identité des sources humaines clandestines et des informations qui permettrait de découvrir ou confirmer cette identité fassent l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public et qu'une décision d'ordonner la divulgation de ces informations nuirait à la capacité du SCRS de recruter de telles sources. Je ne suis cependant pas allé jusqu'à dire que le privilège devrait s'appliquer à chaque cas invoqué de personnes qui fournissent les informations au SCRS, et j'ai conclu que l'intérêt public à la divulgation des informations peut, dans certains cas, l'emporter sur l'intérêt public à leur non-divulgation.

[34] La Cour d'appel [fédérale] a convenu qu'il n'y avait pas de privilège générique en ce qui concerne les informations obtenues des sources humaines du SCRS : *Almalki* C.A.F. 2011, au paragraphe 34. Elle a maintenu cette position dans l'arrêt *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, au paragraphe 93, dans le contexte d'une instance relative à un certificat de sécurité. Cet aspect de la décision a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat* C.S.C.), au paragraphe 85.

[35] Dans l'arrêt *Harkat* C.S.C., les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont souscrit aux observations de la Cour fédérale selon lesquelles les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par le privilège de common law relatif aux indicateurs de police. Parmi les autres raisons citées, les juges majoritaires ont souligné que les policiers ont intérêt à ne pas promettre l'anonymat à un indicateur, sauf en cas de réelle nécessité, parce que s'ils le font, il sera plus difficile d'avoir recours à lui comme témoin. Le SCRS ne faisait pas face à une telle contrainte pour recueillir les informations de sécurité. Les juges majoritaires ont fait observer, au paragraphe 87, que si le législateur juge souhaitable de

[36] During the course of the current section 38 proceedings in DES-1-11, Bill C-44 was introduced and enacted by Parliament. In light of representations made by the parties and *amici*, I considered that the interpretation and application of subsection 18(1) and section 18.1 of the CSIS Act must be determined in order to complete my review. As such, I requested that the *amici* and the Attorney General make submissions on this issue, and *ex parte* oral arguments were heard *in camera* at the Court's secure facilities on September 1, 2015. Written submissions filed by the *amici* and the Attorney General were made public and available to the respondents. Written submissions were also received from the respondents. Counsel for the Attorney General submitted a public reply and additional brief classified *ex parte* representations.

III. LEGAL FRAMEWORK

[37] When legislation is amended or replaced, provisions are often included to deal with the transition from the old law to the new law. Bill C-44 does not contain any such transitional provisions which would govern the coming into operation and effect of the amendments related to the CSIS Act. In the absence of such provisions and in conformity with subsection 5(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the date of commencement of the amendments is the day the Bill received Royal Assent, April 23, 2015.

[38] Prior to the amendments, section 18 read as follows:

Offence to disclose identity

18 (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the

protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les informations connexes, il peut adopter les mesures de protection voulues.

[36] Au cours du déroulement de la procédure intentée en vertu de l'article 38 dans le dossier DES-1-11, le projet de loi C-44 a été présenté au Parlement et adopté par celui-ci. Compte tenu des observations présentées par les parties et les *amici curiae*, j'ai estimé qu'il était nécessaire d'interpréter et de déterminer l'application du paragraphe 18(1) et de l'article 18.1 afin de terminer mon examen. Par conséquent, j'ai demandé aux *amici curiae* et au procureur général de formuler des observations sur la question, et des audiences *ex parte* visant à entendre les arguments oraux ont été tenues à huis clos dans les locaux sécurisés de la Cour le 1^{er} septembre 2015. Les observations écrites présentées par les *amici curiae* et le procureur général du Canada ont été rendues publiques et mises à la disposition des défendeurs. Des observations écrites ont également été reçues des défendeurs. Les avocats du procureur général ont présenté une réponse publique et de brèves observations additionnelles confidentielles formulées *ex parte*.

III. CADRE JURIDIQUE

[37] Lorsqu'une loi est modifiée ou remplacée, des dispositions sont souvent insérées dans la nouvelle loi afin d'assurer la transition entre l'ancienne loi et la nouvelle loi. Le projet de loi C-44 ne comporte aucune disposition transitoire qui régit l'entrée en vigueur et l'application des modifications concernant la Loi sur le SCRS. En l'absence de telles dispositions et conformément au paragraphe 5(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, le projet de loi est entré en vigueur le jour où il a reçu la sanction royale, à savoir le 23 avril 2015.

[38] Avant les modifications, l'article 18 était ainsi libellé :

Infraction

18 (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa

participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of

- (a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or
- (b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service can be inferred.

Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

Offence

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

- (a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[39] Section 19 of the CSIS Act, which was not amended by Bill C-44, authorizes the disclosure of information obtained in the performance of the duties and functions of the Service in the circumstances described in paragraphs 19(2)(a) to (d):

Authorized disclosure of information

19 (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :

- a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;
- b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

[39] L'article 19 de la Loi sur le SCRS, qui n'a pas été modifié par le projet de loi C-44, autorise la communication des informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées dans les circonstances décrites aux alinéas 19(2)a) à d). Cette disposition est libellée de la manière suivante :

Autorisation de communication

19 (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1).

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

Report to Review Committee

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)(d) is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

[40] In *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 28, the Federal Court of Appeal observed that section 18 created an offence for a person to disclose the information mentioned therein, unless he or she was authorized to do so by subsection 18(2) and section 19. The [Federal] Court of Appeal further stated that section 18:

... does not create an absolute prohibition against disclosure as the informer class privilege does. Indeed, subsection 18(2) allows a person to disclose the information “as required by any other law”. This is compatible with section 38 of the Act which allows for disclosure pursuant to an order issued by a designated judge in the exercise of the discretion conferred by that section.

Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

Rapport au comité de surveillance

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)d), le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

[40] Dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 28, la Cour d'appel fédérale a fait observer que, suivant l'article 18, la divulgation des informations par une personne visés par cette disposition constitue une infraction à moins qu'elle ne soit autorisée conformément au paragraphe 18(2) et à l'article 19. La Cour d'appel fédérale a en outre fait remarquer que l'article 18 :

[...] n'institue pas une interdiction absolue de divulguer comme le fait le privilège relatif aux indicateurs de police. En effet, le paragraphe 18(2) permet la divulgation des renseignements « si une autre règle de droit l'exige ». Cela est compatible avec l'article 38 de la Loi, qui autorise la divulgation en exécution de l'ordonnance d'un juge désigné rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article.

[41] With the enactment of Bill C-44, section 19 remains unchanged. Section 18 was amended as follows:

Offence to disclose identity

18 (1) Subject to subsection (2), no person shall knowingly disclose any information that they obtained or to which they had access in the course of the performance of their duties and functions under this Act or their participation in the administration or enforcement of this Act and from which could be inferred the identity of an employee who was, is or is likely to become engaged in covert operational activities of the Service or the identity of a person who was an employee engaged in such activities.

Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

Offence

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction

[42] Bill C-44 thus maintained the offence of disclosing information about a CSIS employee in subsection 18(1), with changes. It removed the offence of disclosing information about a CSIS source and amended the English version to include the requirement that the offence be committed knowingly, presumably to reflect the constitutional requirement of *mens rea* for criminal offences, and clarified that the offence related to information from which the identity of an employee who was, is or is likely to become engaged in Service covert operational activities could be inferred or the identity of a person who was a Service employee engaged in such activities. The French version was also amended in similar terms. Both versions now more clearly provide

[41] Avec l'adoption du projet de loi C-44, l'article 19 n'a pas changé alors que l'article 18 a été modifié de la manière suivante :

Infraction — communication de l'identité

18 (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut sciemment communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité d'un employé qui a participé, participe ou pourrait vraisemblablement participer à des activités opérationnelles cachées du Service ou l'identité d'une personne qui était un employé et a participé à de telles activités.

Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

[42] Ainsi, le projet de loi C-44 a maintenu l'infraction relative à la divulgation des informations concernant un employé du SCRS prévue au paragraphe 18(1), mais a apporté des modifications. Il a supprimé l'infraction relative à la communication des informations concernant une source du SCRS et a modifié la version anglaise pour inclure l'exigence selon laquelle l'infraction doit être commise sciemment (*knowingly*), sans doute pour tenir compte de l'exigence constitutionnelle de la *mens rea* pour les infractions criminelles, et a précisé, dans les versions anglaises et françaises, l'infraction se rapportant aux informations qui permettraient de découvrir l'identité d'un employé qui a participé, participe ou pourrait vraisemblablement participer à des activités

that the scope of the offence is limited to persons employed by CSIS or otherwise associated with the enforcement of the CSIS Act. The section no longer prohibits the disclosure of the identity of a confidential source of information or assistance to the Service.

[43] At the same time, a new section 18.1 was created by Bill C-44. In the words of the Bill's sponsor, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the purpose of this amendment is to "give greater protection to the Canadian Security Intelligence Service's human sources": Bill C-44, summary.

[44] The new section 18.1 reads as follows:

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

Exception — consent

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

opérationnelles cachées du Service ou l'identité d'une personne qui était un employé du Service et a participé à de telles activités. Les deux versions prévoient maintenant de manière plus claire que la portée de l'infraction est limitée aux personnes employées par le SCRS ou qui sont autrement associées à l'application de la Loi sur le SCRS. La disposition n'interdit plus la divulgation de l'identité d'une source des informations confidentielles ou d'une aide à titre confidentielle.

[43] Parallèlement, le projet de loi C-44 a créé le nouvel article 18.1. Pour reprendre les termes de l'auteur du projet de loi, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, la modification vise à « accroître la protection des sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité » : projet de loi C-44, sommaire.

[44] Le nouvel article 18.1 est ainsi libellé :

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

Exception — consentement

(3) L'identité d'une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

Contents and service of application

(5) The application and the applicant's affidavit deposing to the facts relied on in support of the application shall be filed in the Registry of the Federal Court. The applicant shall, without delay after the application and affidavit are filed, serve a copy of them on the Attorney General of Canada.

Attorney General of Canada

(6) Once served, the Attorney General of Canada is deemed to be a party to the application.

Hearing

(7) The hearing of the application shall be held in private and in the absence of the applicant and their counsel, unless the judge orders otherwise.

Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

Confidentiality

(10) The judge shall ensure the confidentiality of the following:

(a) the identity of any human source and any information from which the identity of a human source could be inferred; and

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

Contenu et signification de la demande

(5) La demande et l'affidavit du demandeur portant sur les faits sur lesquels il fonde celle-ci sont déposés au greffe de la Cour fédérale. Sans délai après le dépôt, le demandeur signifie copie de la demande et de l'affidavit au procureur général du Canada

Procureur général du Canada

(6) Le procureur général du Canada est réputé être partie à la demande dès que celle-ci lui est signifiée.

Audition

(7) La demande est entendue à huis clos et en l'absence du demandeur et de son avocat, sauf si le juge en ordonne autrement.

Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

Confidentialité

(10) Il incombe au juge de garantir la confidentialité :

a) d'une part, de l'identité de toute source humaine ainsi que de toute information qui permettrait de découvrir cette identité;

(b) information and other evidence provided in respect of the application if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

Confidentiality on appeal

(11) In the case of an appeal, subsection (10) applies, with any necessary modifications, to the court to which the appeal is taken.

[45] "Human source" is defined in section 2 of the CSIS Act as follows:

Definitions

2 ...

human source means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service.

b) d'autre part, des informations et autres éléments de preuve qui lui sont fournis dans le cadre de la demande et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Confidentialité en appel

(11) En cas d'appel, le paragraphe (10) s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux tribunaux d'appel.

[45] L'expression « source humaine » est définie à l'article 2 de la Loi sur le SCRS de la manière suivante :

Définitions

2 [...]

source humaine Personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournir ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service.

IV. THE ISSUES TO BE DETERMINED

[46] The issues to be determined are as follows:

- (1) Does subsection 18(1) of the CSIS Act prohibit the disclosure of CSIS employees' identities under section 38 of the CEA?
- (2) Does the statutory human source privilege established through the enactment of section 18.1 of the CSIS Act apply to the information at issue in these proceedings?

V. DISCUSSION

A. *Interpretation and application of subsection 18(1)*

[47] The parties are generally in agreement on this issue. The Attorney General acknowledges that subsection 18(1) does not bind the Court so as to preclude the disclosure of the names of Service employees under section 38 should the Court find that it is necessary to do so in the public interest. Subsection 18(1) applies only to CSIS employees or others involved "in the

IV. LES QUESTIONS À TRANCHER

[46] Les questions à trancher sont les suivantes :

- 1) Le paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS interdit-il la divulgation de l'identité des employés du SCRS fondée sur l'article 38 de la LPC?
- 2) Le privilège relatif aux sources humaines créé par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique-t-il aux informations en cause en l'espèce?

V. ANALYSE

A. *Interprétation et application du paragraphe 18(1)*

[47] Les parties s'entendent généralement sur la question susmentionnée. Le procureur général reconnaît que le paragraphe 18(1) ne lie pas la Cour de manière à empêcher la divulgation des noms d'employés du Service fondée sur l'article 38 de la LPC si la Cour estime qu'il est nécessaire de le faire pour des raisons d'intérêt public. Le paragraphe 18(1) ne s'applique

administration or enforcement” of the CSIS Act, not to the courts or other sources of official disclosure acting under other lawful authority such as section 38.

[48] The parties differ over what weight, if any, the enactment of subsection 18(1) should be given under the *Ribic* test. The Attorney General asks the Court to recognize that subsection 18(1) is a strong expression of Parliament’s intent to protect the names of CSIS employees, and that this should weigh heavily in the Court’s analysis at the balancing stage of the *Ribic* test. The respondents contend that it is incorrect to assert that disclosure of the identities of *all* CSIS employees would be potentially injurious.

[49] The application of the previous version of section 18 to the public identification of a CSIS employee was raised in *Jaballah (Re)*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43. In that matter, the ministers of Citizenship and Immigration and Public Safety and Emergency Preparedness requested that a Service witness be permitted to testify in public identified only by their first name for “operational security reasons”. At the outset of her public reasons, Justice Eleanor Dawson noted that this would be an exception to the open court principle, referring to *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at paragraph 81.

[50] Counsel for Mr. Jaballah objected on the ground that the witness should be identified by their full name and position unless there was a compelling reason to deprive the public of this knowledge. The ministers based their request that the identity of the service witness not be disclosed in public upon subsection 18(1) of the CSIS Act and paragraph 83(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. However, they did not make detailed submissions with respect to subsection 18(1) of the CSIS Act and, therefore, Justice Dawson did not comment extensively on its application in her public reasons. I have had the benefit of reading her closed reasons for decision.

qu’aux employés du SCRS ou à d’autres qui participent « à l’exécution ou au contrôle d’application » de la Loi sur le SCRS, non aux tribunaux ou aux autres sources de divulgation officielles en vertu d’un pouvoir prévu par la loi, tel que l’article 38 de la LPC.

[48] Les parties ne s’entendent pas sur le poids, le cas échéant, qu’il faudrait accorder au paragraphe 18(1) selon les critères de la décision *Ribic*. Le procureur général demande à la Cour de reconnaître que le paragraphe 18(1) est une expression très concrète de l’intention du législateur de protéger les noms des employés du SCRS, et que la Cour devrait accorder un poids considérable à cet élément dans son analyse à l’étape de la mise en balance des critères de la décision *Ribic*. Les défendeurs font valoir que c’est une erreur d’affirmer que la divulgation de l’identité de tous les employés du SCRS est potentiellement préjudiciable.

[49] L’application de la version antérieure de l’article 18 à l’identification publique d’un employé du SCRS a été soulevée dans la décision *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279. Dans cette affaire, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ont demandé que l’agent du Service cité comme témoin soit autorisé à témoigner publiquement en utilisant seulement son prénom pour des « raisons de sécurité opérationnelle ». Au début de ses motifs publics, la juge Eleanor Dawson a tenu à souligner que la situation constituait une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, et a cité l’arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, au paragraphe 81.

[50] L’avocat de M. Jaballah s’est opposé à l’exception susmentionnée en raison du fait que le témoin doit donner son nom au complet et son titre d’emploi, sauf s’il y a des raisons impératives d’empêcher le public de savoir qui rend le témoignage. À l’appui de leur demande de non-divulgation au public de l’identité du témoin du Service, les ministres ont invoqué le paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS et l’alinéa 83(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Toutefois, ils n’ont pas présenté d’observations détaillées en ce qui a trait au paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS et, par conséquent, la juge Dawson n’a pas formulé d’observations détaillées dans ses motifs publics.

[51] In that case, the most significant concern about protecting the identity of the witness stemmed from the fact that their identity had previously been disclosed to Mr. Jaballah. As Justice Dawson noted, at paragraph 21 of her public reasons, “[o]ne cannot protect information as being confidential if the information has lost the necessary quality of confidentiality.” Having heard evidence *in camera*, however, Justice Dawson was satisfied that Mr. Jaballah was unable to identify the officer other than by their first name and that their full name was not otherwise public. As such, the officer’s identity retained the necessary quality of confidentiality such that it was appropriate to protect it.

[52] As a matter of general principle, Justice Dawson was satisfied that Canada’s national security does require that CSIS officers who engage, or will engage, in operational activities not be hindered or prevented from continuing such activities, or be put at risk, by the disclosure of their identities in court proceedings.

[53] At this time I do not need to determine the likelihood of any injury that may result from the release of CSIS employee identities or whether the public interest in disclosure of that information outweighs the public interest in non-disclosure. I have heard evidence and submissions on these questions and, as noted above, the determination of whether injury will result and the balancing of the competing public interests will be made in my overall review of the disputed information.

[54] The scope of the offence in subsection 18(1), as it read prior to the enactment of Bill C-44 and as it reads now in the amended Act, is limited by the exception set out in subsection 18(2) and the disclosures authorized under section 19. Accordingly, information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed for the purposes of the performance of duties and functions under any other act of Parliament or as required by any other law. This includes disclosure mandated by a designated judge of this Court who is

sur l’application de cette disposition. J’ai eu l’avantage de lire les motifs confidentiels de son jugement.

[51] Dans l’affaire susmentionnée, la plus grande préoccupation concernant la protection de l’identité du témoin découlait du fait que l’identité de ce dernier avait déjà été divulguée à M. Jaballah. Comme l’a souligné la juge Dawson au paragraphe 21 de ses motifs publics « [o]n ne peut pas garantir la confidentialité de renseignements si ceux-ci ont perdu leur caractère confidentiel nécessaire ». Toutefois, comme elle avait tenu l’audience à huis clos, la juge Dawson était convaincue que M. Jaballah ne pouvait pas identifier l’agent autrement que par son prénom et que son nom au complet n’avait pas été par ailleurs rendu public. Par conséquent, l’identité de l’agent avait conservé son caractère confidentiel nécessaire de telle sorte qu’il convenait de la protéger.

[52] À titre de principe général, pour assurer la sécurité nationale du Canada, la juge Dawson était convaincue qu’il convenait que les agents du SCRS, qui sont ou seront occupés à des activités opérationnelles, ne soient pas gênés dans la poursuite de leurs activités, ou exposés à un risque, du fait que leur identité a été divulguée dans le cadre d’une instance.

[53] Il n’est pas nécessaire à ce stade-ci que j’établisse la probabilité qu’un préjudice découle de la divulgation de l’identité d’employés du SCRS ou que j’examine la question de savoir si l’intérêt public à la divulgation des informations l’emporte sur l’intérêt public à leur non-divulgation. J’ai entendu les témoignages et les observations sur ces questions et, comme je l’ai déjà mentionné, les questions de préjudice et de mise en balance des intérêts publics divergents seront analysées dans l’examen global que je ferai des informations en cause.

[54] La portée de l’infraction prévue au paragraphe 18(1), telle que la disposition était libellée avant l’adoption du projet de loi C-44 et telle qu’elle est actuellement libellée dans la Loi révisée, est limitée par l’exception énoncée au paragraphe 18(2) et les autorisations de communication prévues à l’article 19. Par conséquent, les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées dans l’exercice des fonctions qui leur sont conférées en vertu de toute autre loi fédérale ou en

discharging his or her duties under section 38 of the CEA. This is consistent with the statement by the Federal Court of Appeal in *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 28, that section 18 as it read prior to the recent amendments did not limit the application of any other Act of Parliament.

[55] On this understanding of the law, this Court will consider the application of the *Ribic* principles to any redacted information that may include the names of CSIS employees or any other information from which their identities may be inferred. In considering whether injury would result to a protected national interest, the Court will carefully consider the Attorney General's submissions about the risks of harm to the Service's operational effectiveness and to the individuals concerned and their families. These will also be factors to consider when determining whether the public interest in disclosure of the information outweighs that in its non-disclosure.

B. *Interpretation and application of section 18.1*

[56] Before discussing the submissions of the parties, it may be helpful to begin with some fundamental principles of statutory interpretation, specifically two common law principles governing the temporal application of legislation.

[57] First, as Professor Ruth Sullivan explains in *Statutory Interpretation*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007), at page 248, it is strongly presumed that the legislature does not intend its laws to apply either retroactively or retrospectively. This rule is "rooted in common-law values, primarily rule of law, fairness, and the protection of private property": Sullivan, at page 254. Despite their importance, these presumptions may be rebutted by express statutory language or by necessary implication: Sullivan, at page 260.

conformité avec les exigences d'une autre règle de droit. Cela comprend les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'article 38 de la LPC. Cela est conforme aux observations formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 28, selon lesquelles l'article 18, dans sa version antérieure à la récente modification n'a pas pour effet de limiter l'application d'une autre loi fédérale.

[55] Selon cette interprétation de la loi, la Cour examinera l'application des principes énoncés dans la décision *Ribic* à toutes les informations caviardées qui pourraient comporter les noms d'employés du SCRS ou toutes les informations qui permettraient de découvrir leur identité. Pour analyser la question de savoir si un préjudice serait causé à un intérêt national protégé, la Cour examinera minutieusement les observations formulées par le procureur général au sujet des risques de préjudice quant à l'efficacité opérationnelle du Service et quant aux personnes concernées et leurs familles. Ces facteurs seront pris en compte pour décider si l'intérêt public à la divulgation des informations l'emporte sur l'intérêt public à leur non-divulgation.

B. *Interprétation et application de l'article 18.1*

[56] Avant d'analyser les observations des parties, il est peut-être utile de commencer par énoncer certains principes fondamentaux de l'interprétation législative, en particulier deux principes de common law qui régissent l'application de la loi dans le temps.

[57] Premièrement, comme l'explique la professeure Ruth Sullivan dans son ouvrage intitulé *Statutory Interpretation*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2007), à la page 248, il existe une forte présomption selon laquelle l'intention du législateur n'est pas de rendre les lois rétroactives ni rétrospectives. Cette règle trouve [TRADUCTION] « sa source dans les valeurs de la common law, principalement dans le principe de la primauté du droit, l'équité et la protection de la propriété privée » : Sullivan, à la page 254. Malgré leur importance, ces présomptions peuvent être réfutées par une disposition législative expresse ou par déduction nécessaire : Sullivan, à la page 260.

[58] The distinction between retrospective and retroactive application can be difficult to ascertain. In *Buskirk v. Canada (Solicitor General)*, 2012 FC 1463, [2014] 2 F.C.R. 317, at paragraph 59, Justice Michel Shore explained:

While legislation of retroactive application operates to “change the past legal effect of a past situation” and legislation of retrospective application operates to “change the future legal effect of a past situation”, legislation of immediate application operates to “change the future legal effect of an on-going situation” (Professor Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008), at page 669). [Emphasis added by Shore J.]

[59] Second, it is well established at common law that if a legislative provision is purely procedural it is presumed to have immediate effect, including with respect to ongoing litigation. The Supreme Court of Canada was clear on this point in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Application Under s. 83.28*) [at paragraphs 62 and 63]:

At common law, procedural legislation presumptively applies immediately and generally to both pending and future acts. As Sullivan, *supra*, discusses at p. 582, the presumption of immediate application has been characterized in a number of ways: that there is no vested right in procedure; that the effect of a procedural change is deemed beneficial for all; that procedural provisions are an exception to the presumption against retrospectivity; and that procedural provisions are ordinarily intended to have immediate effect. The rule has long been formulated in the following terms:

... where the enactment deals with procedure only, unless the contrary is expressed, the enactment applies to all actions, whether commenced before or after the passing of the Act.

(*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96; see also Sullivan, *supra*, at p. 582.)

This presumption will yield where the contrary intent of Parliament has been evinced: *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, at p. 235.

[58] Il peut être difficile d'établir une distinction entre une application rétrospective et une application rétroactive. Dans la décision *Buskirk c. Canada (Solliciteur général)*, 2012 CF 1463, [2014] 2 R.C.F. 317, au paragraphe 59, le juge Michel Shore a donné les explications suivantes :

Une disposition législative d'application rétroactive a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique passé d'une situation passée » et une disposition législative d'application rétrospective a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique futur d'une situation passée », alors qu'une disposition législative d'application immédiate a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique futur d'une situation présente » (professeur Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2008), à la page 669). [Soulignement ajoutés par le juge Shore.]

[59] Deuxièmement, il est bien établi en common law qu'une disposition législative de nature purement procédurale est présumée s'appliquer immédiatement, y compris à l'égard de litiges en cours. La Cour suprême du Canada a été claire à ce sujet dans l'arrêt *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Demande fondée sur l'article 83.28*) [aux paragraphes 62 et 63] :

En common law, les mesures législatives procédurales sont présumées s'appliquer immédiatement et généralement aux actes pour lesquels leur auteur est en train de subir son procès et aux actes futurs. Comme l'indique Sullivan, *op.cit.*, p. 582, la présomption d'application immédiate a fait l'objet de nombreuses descriptions voulant notamment qu'il n'existe aucun droit acquis en matière de procédure, qu'une évolution procédurale soit réputée avantageuse pour tous, que les dispositions procédurales fassent exception à la présomption de non-rétrospectivité et que les dispositions procédurales doivent normalement prendre effet immédiatement. La règle a longtemps été formulée ainsi :

[TRADUCTION] ... lorsque le texte législatif ne touche qu'à la procédure, il s'applique, sauf indication contraire, à toutes les actions intentées avant ou après son adoption.

(*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96; voir aussi Sullivan, *op. cit.*, p. 582.)

Cette présomption cédera le pas à l'intention contraire exprimée par le législateur : *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, p. 235.

[60] Rules of evidence are typically classified as procedural. However, in the same case, the Supreme Court of Canada noted that there are exceptions to this rule [at paragraph 57]:

Driedger and Sullivan generally describe procedural law as “law that governs the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings”: Sullivan, *supra*, at p. 583. Within this rubric, rules of evidence are usually considered to be procedural, and thus to presumptively apply immediately to pending actions upon coming into force: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. However, where a rule of evidence either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. Examples of such rules include solicitor-client privilege and legal presumptions arising out of particular facts.

[61] Thus, if a rule of evidence is not purely procedural but also affects substantive or vested rights it is presumed to apply prospectively—that is, only in cases commenced after the law is engaged. The Supreme Court of Canada clarified this point again in *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272 (*Dineley*) [at paragraphs 10 and 11]:

There are a number of rules of interpretation that can be helpful in identifying the situations to which new legislation applies. Because of the need for certainty as to the legal consequences that attach to past facts and conduct, courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

[60] Les règles de preuve sont généralement qualifiées de procédurales. Toutefois, dans le même arrêt, la Cour suprême du Canada a fait observer qu’il existe des exceptions à cette règle [au paragraphe 57] :

Driedger et Sullivan qualifient généralement le droit procédural de [TRADUCTION] « droit régissant les moyens de prouver des faits et d’établir des conséquences juridiques dans tout genre d’instance » : Sullivan, *op. cit.*, p. 583. À ce chapitre, les règles de preuve sont habituellement considérées comme étant de nature procédurale et sont donc présumées s’appliquer aux actions en cours dès leur entrée en vigueur : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Toutefois, si une règle de preuve crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Parmi ces règles, il y a le privilège avocat-client et les présomptions légales émanant de faits particuliers.

[61] Ainsi, une règle de droit qui n’est pas de nature purement procédurale, mais qui porte atteinte à des droits acquis ou substantiels est présumée s’appliquer prospectivement, c’est-à-dire aux seules actions intentées après l’adoption de la loi. La Cour suprême du Canada a une fois de plus clarifié ce point dans l’arrêt *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272 (*Dineley*) de la manière suivante [aux paragraphes 10 et 11] :

Plusieurs règles d’interprétation peuvent aider à circonscrire les cas où une nouvelle mesure législative trouve application. Vu le besoin d’assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l’application rétrospective de dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n’avoir d’effet que pour l’avenir, à moins qu’il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s’appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à

Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights. [My emphasis.]

[62] These principles of interpretation will yield when there is clear statutory language to the contrary. In this instance, given the absence of any statutory language signaling Parliament’s intent, the question before me is whether section 18.1 affects substantive rights.

- (1) Is the application of section 18.1 in these proceedings retrospective?

[63] If section 18.1 applies in these proceedings it will oust the jurisdiction of this Court to adjudicate the disclosure of information which may identify a human source under section 38 of the CEA. If it does not apply, the Court’s jurisdiction remains undisturbed. As previously noted, the legislation itself is silent as to its temporal application. While all parties agree that section 18.1 should not apply retroactively or retrospectively, they differ as to whether its application in these proceedings would be prospective.

[64] The Attorney General asserts that as of April 23, 2015, section 18.1 applies to all proceedings regardless of when they began, so long as there was no disclosure of human source information prior to that date. They highlight that subsection 18.1(2) refers only to a precise event of disclosure within a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information; not a proceeding writ large. Therefore, the fact that a section 38 review was already

venir (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s’appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s’impose pour statuer sur l’application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels. [Non souligné dans l’original.]

[62] Les principes d’interprétation en question céderont le pas à une disposition législative claire à l’effet contraire. En l’espèce, compte tenu de l’absence de toute disposition législative indiquant l’intention du législateur, la question que je dois trancher est de savoir si l’article 18.1 porte atteinte à des droits substantiels.

- (1) L’application de l’article 18.1 en l’espèce, est-elle rétrospective?

[63] Si l’article 18.1 s’applique en l’espèce, il écartera la compétence dont dispose la Cour en vertu de l’article 38 de la LPC de statuer sur la question de la communication des informations qui peuvent permettre d’identifier une source humaine. S’il ne s’applique pas, la compétence de la Cour demeure la même. Comme je l’ai déjà mentionné, la loi elle-même est muette quant à son application dans le temps. Bien que les parties s’entendent pour dire que l’article 18.1 ne devrait pas s’appliquer rétroactivement ou rétrospectivement, elles ne sont pas d’accord sur la question de savoir si son application en l’espèce serait prospective.

[64] Le procureur général affirme qu’à partir du 23 avril 2015, l’article 18.1 s’applique à toutes les instances, peu importe le moment où elles ont été intentées, pourvu qu’il n’y ait pas eu de divulgation des informations provenant d’une source humaine avant cette date. Il précise que le paragraphe 18.1(2) ne vise qu’une situation de divulgation précise dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production des informations, non

underway when Bill C-44 came into force is irrelevant so long as disclosure had not yet occurred. Without any instance of previous disclosure in DES-1-11, it cannot be said that the Attorney General is seeking to apply section 18.1 to a past event. Its application in this proceeding would be prospective.

[65] To support this argument, the applicant relies on section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21:

Law always speaking

10 The law shall be considered as always speaking, and where a matter or thing is expressed in the present tense, it shall be applied to the circumstances as they arise, so that effect may be given to the enactment according to its true spirit, intent and meaning.

[66] The Attorney General notes that section 18.1 is written in the present tense. Accordingly, the provision ought to be applied to circumstances as they arise; the “circumstances” being a specific instance of disclosure.

[67] The respondents insist that this argument begs the question. The circumstances to which section 18.1 applies is not disclosure, but rather the creation of a privilege that arises when a person is promised confidentiality and information is transferred from that person to CSIS as required by the definition of “human source” in section 2 of the CSIS Act. Consequently, precluding the disclosure of pre-existing human source information in these proceedings would be retroactive, or at the very least, retrospective. What the Attorney General seeks is to confer a new legal status on past events. For this reason, the respondents assert that section 18.1 must only apply to human sources who were or will be given the promise of confidentiality in exchange for information after Bill C-44 came into effect.

[68] The Attorney General argues that this proposition is “completely unworkable” because such an

dans une instance en termes larges. Par conséquent, le fait qu’un examen fondé sur l’article 38 ait été déjà en cours lorsque le projet de loi C-44 est entré en vigueur n’est pas pertinent, pour autant qu’une divulgation n’avait pas encore eu lieu. En l’absence de toute divulgation antérieure dans le dossier DES-1-11, on ne peut pas dire que le procureur général cherche à appliquer l’article 18.1 à une situation antérieure. L’application de cette disposition serait en l’espèce prospective.

[65] Au soutien de cet argument, le demandeur se fonde sur l’article 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui est ainsi libellé :

Principe général

10 La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s’applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet.

[66] Le procureur général souligne que l’article 18.1 est libellé au présent intemporel. Par conséquent, la disposition devrait s’appliquer à la situation du moment, la « situation » étant une situation de divulgation précise.

[67] Les défendeurs soutiennent avec insistance que l’argument susmentionné élude la question. La situation à laquelle l’article 18.1 s’applique n’est pas une divulgation, mais plutôt un privilège qui prend naissance lorsqu’une personne physique reçoit une promesse d’anonymat et qu’elle transmet les informations au SCRS, comme l’exige la définition de l’expression « source humaine » à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, le fait d’empêcher en l’espèce la divulgation des informations préexistantes provenant d’une source humaine serait rétroactif ou, à tout le moins, rétrospectif. Ce que le procureur général cherche à obtenir, c’est de conférer un nouveau statut juridique à une situation antérieure. C’est pour cette raison que les défendeurs affirment que l’article 18.1 ne doit s’appliquer qu’à des sources humaines qui ont reçu une promesse d’anonymat en contrepartie d’un transfert des informations après l’entrée en vigueur du projet de loi C-44.

[68] Le procureur général soutient qu’il est [TRADUCTION] « tout à fait impossible d’appliquer » la

interpretation would require a detailed analysis of every relationship before the provision's application could be ascertained. While some amount of review would certainly be necessary, I fail to see why this would be such a difficult undertaking given the Attorney General's assertion that section 18.1 only arises in the context of litigation. The Service keeps very detailed records of their relationships with human sources and the history of each developed source would be well documented. The Court has had some experience with cases in which the Service has relied on information obtained from human sources and has seen such records. In each case there would be a finite number of human sources, and the inquiry would be limited to determining when the relationship was established and when the source was promised confidentiality.

[69] The Attorney General also suggests that applying section 18.1 only to those who were promised confidentiality after the provision came into force could not have been Parliament's intent as it would render the legislation "utterly ineffective". Again, this argument is overstated and unpersuasive. The Attorney General has failed to demonstrate that the legislation could not function effectively on a going-forward basis. There is nothing in the excerpts from the Parliamentary record included in the Attorney General's submissions that suggests that Parliament considered the application of the provision to matters that were still underway before the courts as the legislation was being considered.

[70] If, as the Attorney General suggests and appears likely, the legislation was intended by Parliament as a response to the decision of the Supreme Court of Canada in *Harkat S.C.C.*, above, the intent was to create a class privilege which the courts, including the Supreme Court of Canada, had declared did not exist at common law. The legislation could have clearly stated, as has been done in other instances, that it was meant to be applied to proceedings that arose before it was enacted and continued thereafter. For any fresh proceedings, section 18.1 would be effective at protecting the confidentiality of those engaged as human sources after April 23, 2015.

solution proposée, parce qu'une telle interprétation exigerait une analyse détaillée de chaque relation avant que l'application de la disposition ne puisse être confirmée. Bien qu'il soit nécessaire de procéder à un certain examen, je ne vois pas pourquoi cela serait difficile, compte tenu de l'affirmation du procureur général selon laquelle l'article 18.1 n'est soulevé que dans le contexte d'un litige. Le Service tient des dossiers très détaillés quant à ses relations avec les sources humaines et l'historique de chaque source créée est bien documenté. La Cour s'est déjà penchée sur des affaires dans lesquelles le Service s'est fondé sur des informations obtenues de sources humaines et a vu de tels dossiers. Dans chaque affaire, il y avait un nombre déterminé de sources humaines et la question consistait seulement à déterminer le moment où la relation avait été établie et le moment où la source avait reçu une promesse d'anonymat.

[69] Le procureur général laisse entendre qu'il n'est pas possible que le législateur ait voulu que l'article 18.1 ne s'applique qu'aux seules sources ayant reçu une promesse d'anonymat après l'entrée en vigueur de la disposition, étant donné que cela rendrait la loi [TRADUCTION] « totalement inefficace ». Là encore, cet argument est exagéré et n'est pas convaincant. Le procureur général n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective. Rien dans les débats parlementaires figurant dans les observations du procureur général ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen.

[70] Si, comme le procureur général le laisse entendre et comme cela semble probable, la loi visait à faire suite à l'arrêt *Harkat C.S.C.*, précité, rendu par la Cour suprême du Canada. L'intention du législateur était de créer un privilège générique qui avait été déclaré inexistant en common law par les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada. La loi aurait pu clairement préciser, comme cela a été fait dans d'autres situations, qu'elle était censée s'appliquer à des instances qui avaient été intentées avant son adoption et qu'elle continuerait à s'appliquer par la suite. Pour toute instance nouvellement intentée, l'article 18.1 protégerait efficacement l'anonymat des personnes intervenues comme sources humaines après le 23 avril 2015.

[71] In proceedings that arose before the legislation was enacted, pre-existing human sources would continue to be protected as necessary by the CEA section 38 regime. The Attorney General has pointed to no example where the identity of a human source, or information from which the identity of a human source could be inferred, has been disclosed in a proceeding under section 38. In the present matter, the Attorney General may lead evidence and present argument that non-disclosure is necessary to protect the life and security of human sources, or to encourage them to provide information to the Service, under the injury and balancing branches of the *Ribic* test.

[72] In the particular context of this case, the relationships with human sources which may be at issue would have been developed by the Service at least 13 or 14 years earlier than the date of enactment of the legislation. In some instances they may go back decades. The underlying actions against the government were initiated more than 10 years ago and have been actively pursued over the course of the past 5 years. In my view, applying section 18.1 to information that was obtained by the Service many years earlier to prevent its disclosure post-enactment is to give the legislation retrospective effect. Having arrived at that conclusion, the question to be resolved is whether the legislation affects substantive or vested rights.

(2) Does section 18.1 affect substantive rights?

[73] I would note at the outset of this discussion that, as presently defined in the legislation following the enactment of Bill C-44, there is no limitation on the scope of the term “human source” other than that those persons described as such have received a promise of confidentiality and have or will provide information to the Service. There is no statutory recognition in the definition of a distinction between sources who may have received such a promise at the discretion of a CSIS officer, and sources that require protection because of genuine risks to their safety. Nor does the amended Act take into account, as experience has demonstrated in other cases, that sources may be motivated to assist the

[71] Dans les instances intentées avant l’adoption de la loi, les sources humaines préexistantes continueraient à être protégée en tant que de besoin sous le régime de l’article 38 de la LPC. Le procureur général n’a donné aucun exemple où l’identité d’une source humaine, ou les informations qui peuvent permettre d’identifier une source humaine, ont été divulguées en vertu de l’article 38 dans une instance. En l’espèce, le procureur général peut présenter selon les volets risque de préjudice et mise en balance du critère de la décision *Ribic* des éléments de preuve et des arguments selon lesquels la non-divulgaration est nécessaire pour protéger la vie et la sécurité des sources humaines, ou pour les encourager à fournir des informations au Service.

[72] En l’espèce, les relations avec les sources humaines qui peuvent être en cause auraient été établies par le Service au moins 13 ou 14 ans avant la date de l’adoption de la loi. Dans certains cas, elles remonteraient à des décennies. Les actions sous-jacentes ont été intentées contre le gouvernement il y a plus de 10 ans et ont été activement poursuivies au cours des 5 dernières années. À mon avis, l’application de l’article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le Service de nombreuses années plus tôt en vue d’empêcher leur divulgation après l’adoption de la loi équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi. Après avoir tiré cette conclusion, la question que je dois trancher est de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis.

(2) L’article 18.1 porte-il-atteinte à des droits substantiels?

[73] Je tiens à souligner au début de l’analyse que, selon sa définition actuelle par suite de l’adoption du projet de loi C-44, la portée de l’expression « source humaine » ne connaît d’autre limite que celle des personnes décrites comme ayant reçu une promesse d’anonymat et qui ont fourni ou fourniront des informations au Service. La définition ne comporte aucune consécration légale d’une distinction entre les informateurs qui peut recevoir une telle promesse à la discrétion d’un agent du SCRS, et une source qui exige une protection en raison d’un risque réel à sa sécurité. La Loi modifiée ne tient pas compte, comme l’expérience l’a démontré dans d’autres cas, de la motivation des sources

Service for a variety of reasons some of which may undermine their credibility despite the efforts of the Service to corroborate or otherwise verify the information. See for example, *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at paragraphs 436 and 437.

[74] Under the scheme envisaged by the amendments, the Court would have no role in determining whether protection was necessary in any specific case. The Court is also prohibited from examining the circumstances under which the promise of confidentiality was made or the source's reasons for providing information that may, in the light of other facts, be proven to be false. Those questions would be entirely left to CSIS to determine without any oversight by the Court. A broad class privilege such as that enacted does not allow for the weighing of competing public and private interests in assessing the information.

[75] As the majority in *Harkat S.C.C.* noted, at paragraph 85, while the “[p]olice have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary, because doing so can make it harder to use an informer as a witness” there is no similar constraint on CSIS. It is concerned primarily with obtaining security intelligence and can extend promises of confidentiality to anyone under any circumstances to achieve that purpose and without regard to whether the information will be admissible in court.

[76] Prior to the recent amendments, the Court would have exercised great care before it authorized the disclosure of source information. As I stated in *Almrei*, at paragraph 160:

The Court is sensitive to the fact that human sources are an important component of the resources available to security intelligence agencies in collecting information to protect national security....

[77] And in *Almalki* 2010, at paragraph 168, I noted that “the Court should be conscious of the effect that a

à aider le Service, qui découlerait de diverses raisons qui peuvent miner leur crédibilité malgré les efforts déployés par le Service pour corroborer ou autrement vérifier les informations. Voir par exemple la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, aux paragraphes 436 et 437.

[74] Sous le régime envisagé par les modifications, la Cour n'aurait aucun rôle à jouer pour trancher la question de savoir si la protection était nécessaire dans l'un ou l'autre cas précis. Il est également interdit à la Cour d'examiner les circonstances dans lesquelles la promesse d'anonymat a été faite ou les raisons ayant poussé la source à fournir les informations, qui peuvent, à la lumière d'autres faits, se révéler fausses. Il reviendrait entièrement au SCRS de trancher ces questions, sans aucune surveillance de la Cour. Un privilège générique large, comme celui prévu par la loi adoptée, ne permet pas de mettre en balance les intérêts publics et les intérêts privés divergents pour l'appréciation des informations.

[75] Comme la majorité l'a souligné dans l'arrêt *Harkat C.S.C.*, au paragraphe 85, les « [p]oliciers ont intérêt à ne pas promettre l'anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s'ils le font, il sera plus difficile d'avoir recours à lui comme témoin », mais aucune contrainte similaire n'existe en ce qui concerne le SCRS. Celui-ci s'attache principalement à obtenir les informations de sécurité et peut faire une promesse d'anonymat à toute personne, quelles que soient les conditions, sans égard à la question de savoir si les informations seront admissibles en cour.

[76] Avant les récentes modifications, la Cour faisait preuve de beaucoup de prudence avant d'autoriser la divulgation des informations provenant d'une source. Voici les observations que j'ai formulées dans la décision *Almrei*, au paragraphe 160 :

La Cour reconnaît que les sources humaines constituent un élément important des ressources dont disposent les organismes du renseignement de sécurité dans la collecte de renseignements visant à protéger la sécurité du pays [...]

[77] En outre, dans la décision *Almalki* 2010, au paragraphe 168, j'ai fait observer que « la Cour doit être

decision to order disclosure of such information may have on the recruitment of human sources [CSIS's] ability to do so is a public interest of considerable importance.”

[78] The Court closely protects human source information when it is presented in support of applications for warrants or other proceedings such as security certificates. In most instances it has been unnecessary for the Court to know the identity of a human source or to order that information disclosed to the special advocates or *amici curiae*. Frequently, it proved sufficient for the Court to rely upon a synopsis of the Service's records in relation to the human sources.

[79] Additionally, the Court was habitually provided with information pertaining to the source's reasons for cooperating with the Service such as loyalty to Canada or financial compensation. This, together with other evidence, helped the Court determine what weight, if any, should be given to the source information in making its overall determination on the merits of the application.

[80] Should the new section 18.1 apply in the present circumstances, the Court would have no opportunity to consider whether there was an overwhelming public interest in disclosure to offset these considerations absent a determination that the individual is not, in fact, a human source. There is virtually no scope left by the legislation to make that determination or to identify the source subject to, in criminal proceedings, the innocence at stake exception set out in subsection 18.1(4). That exception has no application in a civil matter such as the underlying actions and is, it has been suggested, constitutionally under-inclusive given that it does not recognize the role that human sources play in security certificate or other administrative law applications. (See Kent Roach, “The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44” (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451).

consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de tels renseignements peut avoir sur le recrutement de sources humaines [...] [La] capacité [du SCRS] de le faire représente un intérêt public d'une importance considérable ».

[78] La Cour protège étroitement les informations d'une source humaine lorsque celles-ci sont présentées à l'appui de demandes visant à obtenir un mandat ou dans d'autres instances, comme celles qui ont trait à des certificats de sécurité. Dans la plupart des cas, il n'a pas été nécessaire que la Cour connaisse l'identité d'une source humaine ou ordonne la divulgation des informations aux avocats spéciaux ou aux *amici curiae*. Fréquemment, il s'est avéré suffisant pour la Cour de se fonder sur un précis des documents du Service relatifs aux sources humaines.

[79] De plus, la Cour recevait habituellement des informations quant aux raisons pour lesquelles la source collaborait avec le Service, telles que la loyauté envers le Canada ou la rétribution financière. Cela, ainsi que d'autres éléments de preuve, permet à la Cour de décider le poids, le cas échéant, qui devrait être accordé aux informations provenant d'une source pour tirer sa conclusion générale sur le bien-fondé de la demande.

[80] Si le nouvel article 18.1 devait s'appliquer en l'espèce, la Cour n'aurait aucune occasion d'examiner la question de savoir s'il existe un intérêt public à la divulgation pour contrebalancer ces facteurs, en l'absence d'une conclusion selon laquelle la personne physique n'est pas, en réalité, une source humaine. La loi ne laisse pratiquement aucune possibilité pour tirer cette conclusion ou pour identifier la source sous réserve, dans les instances criminelles, de l'exception relative à la démonstration de l'innocence prévue au paragraphe 18.1(4). Cette exception ne s'applique pas dans des affaires civiles, telles que les actions sous-jacentes, et est, comme on l'a laissé entendre, trop limitative sur le plan constitutionnel, compte tenu du fait qu'elle ne reconnaît par le rôle joué par les sources humaines dans les affaires de certificat de sécurité ou dans des affaires de droit administratif. (Voir l'article par Kent Roach, « The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44 », (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451).

[81] Turning now to the submissions, the applicant, *amici* and respondents agree that section 18.1 sets out a process for adjudicating claims pertaining to the disclosure of information identifying human sources, or from which their identity may be inferred, and thereby creates a new rule of evidence. Where they differ is on whether the application of the provision affects substantive rights.

[82] The respondents and the *amici* argue that section 18.1 codifies a new class privilege which creates a substantive right for human sources. The right created is the protection of a human source's identity. This, the respondents contend, is analogous to solicitor-client privilege. In order to ensure that right is protected, the legislature included corresponding rules of evidence which prohibit the disclosure of identifying information. The rules of evidence are procedural in nature.

[83] In their submissions, the parties refer to the Supreme Court of Canada's decision in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311 (*Wildman*). In *Wildman*, at pages 331 and 332, Justice Lamer (as he then was) differentiated between the substantive nature of solicitor-client privilege and a new rule of evidence related to the competence and compellability of spouses:

Some rules of evidence must nevertheless be excluded for they are not merely procedural, they create rights and not merely expectations and, as such, are not only adjectival but of a substantive nature. Such has been found to be the case for rules or laws creating presumptions arising out of certain facts. (See, for example, as regards the presumption of advancement in questions of ownership of property as between husband and wife, *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548.) P. Roubier, in *Le droit transitoire*, 2nd ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, at p. 237, rationalizes their exclusion because, says he, [TRANSLATION] "As these rules are independent of the existence of an issue, they are not affected by the fact that there is litigation in progress". Such is also the case of the lawyer-client privilege resulting from a person's right to the confidentiality of his lawyer, irrespective of whether

[81] Je me penche à présent sur les observations présentées. Le demandeur, les *amici curiae* et les défendeurs conviennent que l'article 18.1 prévoit une procédure pour statuer sur les demandes se rapportant à la divulgation des informations qui identifient les sources humaines, ou qui permettent de découvrir leur identité, et crée, par conséquent, une nouvelle règle de preuve. Ils ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'application de la disposition porte atteinte à des droits substantiels.

[82] Les défendeurs et les *amici curiae* soutiennent que l'article 18.1 codifie un nouveau privilège générique qui crée un droit substantiel pour les sources humaines. Le droit créé est la protection de l'identité d'une source humaine. Les défendeurs affirment que ce droit est semblable au secret professionnel entre avocat et client. Afin d'assurer la protection de ce droit, le législateur a prévu des règles de preuve correspondantes qui interdisent la divulgation des informations d'identification. Les règles de preuve sont de nature procédurale.

[83] Dans leurs observations, les parties renvoient à l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311 (*Wildman*), rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, aux pages 331 et 332, le juge Lamer, tel était alors son titre, a établi une distinction entre le caractère fondamental du secret professionnel entre avocat et client et une nouvelle règle de preuve portant sur l'incapacité d'un conjoint à témoigner et à l'impossibilité de le contraindre à témoigner. Voici la teneur de ses observations :

Certaines règles de preuve doivent néanmoins être exclues, car elles ne sont pas de simples règles de procédure, elles créent des droits et non simplement des expectatives et, comme telles, elles sont non seulement des règles de forme, mais également des règles de fond. On a jugé qu'il en était ainsi des règles ou des lois créant des présomptions découlant de certains faits. (Voir par exemple l'arrêt *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548 en ce qui concerne la présomption d'avancement au sujet de la propriété de biens-fonds entre conjoints.) Dans *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la p. 237, P. Roubier rationalise l'exclusion de ces règles parce que, dit-il, « ces règles étant indépendantes de l'existence d'un litige, ne sont pas modifiées par la survenance d'un procès ». Il en est de même du secret professionnel entre avocat et client découlant du droit

there is litigation, (see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860)... But such is not the case as regards a spouse's incompetence to testify.

Spouses do not have a substantive right to the confidentiality as to what either was seen doing by the other or to the confidentiality of what was to the other communicated by either.

The incompetence and uncompellability of s. 4 of the *Canada Evidence Act*, *supra*, is not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural.

[84] The respondents and *amici* contend that like solicitor-client privilege, the right to confidentiality conferred by section 18.1 is substantive. This, they argue, is because the right stems from a person's status as a source which is attained as soon as certain events occur. Further still, both the right and status exist irrespective of whether there is litigation. Therefore, they submit, what is created by section 18.1 is not merely a new rule of evidence, but rather a class privilege.

[85] The respondents also rely on the Supreme Court of Canada's ruling in *Harkat* S.C.C., which arguably regarded the introduction of a class privilege as not merely a substantive change, but one that is so fundamental that it is generally beyond the law-making authority of the courts [at paragraph 87]:

Nor, in my view, should this Court create a new privilege for CSIS human sources. This Court has stated that "[t]he law recognizes very few 'class privileges'" and that "[i]t is likely that in future such 'class' privileges will be created, if at all, only by legislative action": *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to CSIS human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and CSIS or to encourage sources to come forward to CSIS (see

d'une personne aux rapports confidentiels avec son avocat, qu'il y ait ou non litige (voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). [...] Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'incapacité d'un conjoint à témoigner.

La confidentialité des rapports entre conjoints, lorsque l'un d'eux est témoin d'un acte de son conjoint ou lorsque l'un d'eux communique avec son conjoint, ne relève pas d'une règle de fond.

L'incapacité et l'impossibilité de contraindre prévues à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, ne résultent pas d'une règle de fond en matière de confidentialité, il s'agit d'une simple règle de procédure.

[84] Les défendeurs et les *amici curiae* soutiennent que, tout comme le secret professionnel entre avocat et client, le droit à l'anonymat conféré par l'article 18.1 est un droit substantiel. Ils affirment qu'il en est ainsi parce que le droit découle du statut d'une personne en tant que source, qui est obtenu dès la survenance de certains événements. Qui plus est, le droit et le statut existent tous les deux qu'il y ait litige ou non. Par conséquent, ils estiment que l'article 18.1 ne crée pas simplement une nouvelle règle de preuve, mais plutôt un privilège générique.

[85] Les défendeurs invoquent également l'arrêt *Harkat* C.S.C. de la Cour suprême du Canada qui, pourrait-on soutenir, a considéré la création d'un privilège générique non pas comme une simple modification de fond, mais comme une modification tellement fondamentale qu'elle échappe généralement au pouvoir des tribunaux de dire le droit [au paragraphe 87] :

À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de "privilèges génériques" » et qu'« [i]l est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège "générique" sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d'étendre un privilège aux sources humaines du SCRS : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, que

reasons of Abella and Cromwell JJ.), it can enact the appropriate protections....

[86] The Attorney General submits that the analogy between solicitor-client privilege and the privilege accorded to human sources is flawed. They argue instead, that similar to the facts in *Wildman*, the rule created by section 18.1 is purely procedural. Not only does the privilege created by section 18.1 arise solely in the context of a legal proceeding, rules governing privilege are rules of evidence, which are generally considered procedural. Litigants do not have a vested right in procedure or in the manner or mode of proof, and rules of procedure and rules of evidence can be changed and will be applied in ongoing proceedings: *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, rev'd by 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508, at paragraph 91.

[87] In support of this argument the applicant refers to the Supreme Court of Canada's decision in *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. In that case, a new provision of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 314] that had changed the admissibility and effect of documentary evidence was found to be purely procedural. The Court held [at page 420]:

... While s. 41 makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into; it deals with a matter of evidence only and, in my opinion, the learned trial judge was right in holding that it applied to the trial of the charge before him.

[88] This reasoning was cited by the Supreme Court of Canada in *Dineley*, above, at paragraph 66, when concluding that “[p]rovisions which make evidence admissible that was previously inadmissible or change the conditions under which evidence may be admitted are procedural.”

ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le SCRS ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs des juges Abella et Cromwell), il peut adopter les mesures de protection voulues [...]

[86] Le procureur général soutient que l’analogie entre le secret professionnel entre avocat et client et le privilège accordé à des sources humaine est erronée. Il affirme plutôt que, comme dans l’affaire *Wildman*, la règle créée par l’article 18.1 est purement procédurale. Non seulement le privilège créé par l’article 18.1 n’est soulevé que dans le contexte d’une procédure judiciaire, mais les règles qui régissent le privilège sont des règles de preuve, qui sont généralement considérées comme procédurales. Les justiciables n’ont pas de droit acquis relativement à une procédure ou un mode de preuve, et les règles de procédure et les règles de preuve peuvent être modifiées et s’appliqueront aux instances en cours : *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, infirmé par 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508, au paragraphe 91.

[87] Au soutien de cet argument, le demandeur renvoie à l’arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, il a été conclu qu’une nouvelle disposition de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1952, ch. 314] qui avait modifié l’admissibilité et les effets d’une preuve documentaire était purement procédurale. La Cour a conclu ainsi [à la page 420] :

[TRADUCTION] [...] Bien que l’art. 41 entraîne une modification majeure du droit de la preuve, il ne crée aucune infraction, il n’écarte aucun moyen de défense, il n’incrimine aucune conduite qui ne l’était pas déjà avant son adoption, il ne modifie la nature ou l’effet juridique d’aucune opération déjà complétée; il porte uniquement sur une question de preuve et, à mon avis, le savant juge de première instance a eu raison de conclure qu’il s’applique au procès sur l’accusation dont il était saisi.

[88] Le raisonnement susmentionné a été cité par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Dineley*, précité, au paragraphe 66, lorsqu’elle a conclu que « [l]es dispositions qui rendent admissible une preuve qui ne l’était pas auparavant ou modifient les conditions d’admissibilité de la preuve sont de nature procédurale ».

[89] A second argument advanced by the respondents and the *amici* is that section 18.1 has substantive effects because the privilege it creates directly impacts the scope of permissible disclosure. Under the section 38 regime there is a right to disclosure of information pertaining to human sources where the public interest in that disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. This test is a rigorous one, but the test for disclosure under section 18.1 is even more stringent. Information which could have been disclosed under the *Ribic* test may be barred from disclosure under section 18.1. The effect of its application, argue the respondents, is therefore substantive and not merely procedural, once again invoking the presumption against retroactivity and retrospectivity.

[90] The *amici* also refer to the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22 (*Bengy*), at paragraphs 45–50. In that decision it was found that amendments to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, through the *Citizen's Arrest and Self-defence Act*, S.C. 2012, c. 9, were substantive and not merely procedural. The Court held that the amendments altered the legal test for self-defence by changing the nature of what was relevant to the defence. Thus, the changes impacted the content and existence of the defence, not merely the manner in which it was presented. This, the Court noted, was “an indication that substantive rights are affected”: *Bengy*, above, at paragraph 45. The *amici* contend that section 18.1 similarly alters the legal test for disclosure of human source identifying information. The new test does not simply affect the procedure by which disclosure is achieved; it directly impacts the content and scope of the disclosure.

[89] Les défendeurs et les *amici curiae* prétendent de plus que l'article 18.1 contient une disposition de fond parce que le privilège qu'il crée a une incidence directe sur la divulgation autorisée. Sous le régime de l'article 38, il existe un droit à la divulgation des informations se rapportant à des sources humaines lorsque l'intérêt public à la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la non-divulgation. Il s'agit d'un critère rigoureux, mais le critère relatif à la divulgation prévu à l'article 18.1 est encore plus rigoureux. Il est possible que la divulgation des informations qui aurait été autorisée selon les critères de la décision *Ribic* soit interdite en vertu de l'article 18.1. Les défendeurs soutiennent que les effets de l'application de l'article 18.1 sont de nature substantielle et non simplement procédurale, et invoquent une fois de plus la présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive ou rétrospective.

[90] Les *amici curiae* renvoient aussi à l'arrêt *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22 (*Bengy*), aux paragraphes 45 à 50, rendu par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cet arrêt, il a été conclu que les modifications législatives au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, via la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, ch. 9, étaient de nature substantielle et non simplement de nature procédurale. La Cour a conclu que les modifications avaient changé le critère juridique en matière de légitime défense en modifiant la nature de ce qui était pertinent à la défense. Ainsi, les modifications ont eu une incidence sur le contenu et l'existence de la défense, et pas uniquement sur la manière dont elle était présentée. La Cour a fait observer qu'il s'agissait [TRADUCTION] « d'une indication selon laquelle une atteinte a été portée à des droits substantiels » : *Bengy*, précité, au paragraphe 45. Les *amici curiae* soutiennent que l'article 18.1 a modifié de la même manière le critère juridique concernant la divulgation des informations permettant d'identifier des sources humaines. Le nouveau critère ne porte pas seulement atteinte à la procédure par laquelle une divulgation est effectuée, il a une incidence directe sur le contenu et la portée de la divulgation.

[91] Finally, the respondents argue that if section 18.1 is applied in this specific case it would interfere with the vindication of their Charter rights. Relying on the Supreme Court of Canada's decision in *Dineley*, above, at paragraph 21, they assert that where a provision affects constitutional rights it is necessarily substantive in effect:

... However, the conclusion that the infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

[92] The respondents have brought the underlying civil actions, they assert, as an attempt to vindicate their constitutional rights which they allege were violated by the Attorney General and his agents. Without expressing a view on the merits of those allegations, this Court may reasonably infer that the application of section 18.1 in these proceedings could have an adverse effect on the respondents' ability to establish those claims in the Superior Court.

[93] Having considered these arguments, I am satisfied that the new legislation establishes a class privilege and that this privilege creates substantive rights for human sources and could have a substantive effect on the scope of permissible disclosure in these proceedings. Should it have such an effect, I am satisfied that it would limit the ability of the respondents to prove their claims against the defendant and their ability to establish that their constitutional rights were infringed. I conclude that section 18.1 should not be applied to the information at issue in these proceedings and that the information should continue to be subject to the *Ribic* test for disclosure.

[91] Enfin, les défendeurs font valoir que, si l'article 18.1 était appliqué en l'espèce, il contrecarrerait la défense de leurs droits garantis par la Charte. Ils invoquent l'arrêt *Dineley*, précité, au paragraphe 21, rendu par la Cour suprême du Canada, pour affirmer qu'une disposition qui porte atteinte à des droits constitutionnels est forcément de nature substantielle. Voici les observations formulées au paragraphe 21 :

[...] Toutefois, la conclusion selon laquelle l'atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu'il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s'agit d'une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Ainsi, la règle générale interdisant l'application rétrospective des mesures législatives devrait s'appliquer en cas d'atteinte à des droits constitutionnels.

[92] Les défendeurs ont engagé les actions civiles sous-jacentes pour tenter de défendre leurs droits constitutionnels qui auraient été violés par le procureur général et ses agents. Sans se prononcer sur le fond de ces allégations, la Cour peut raisonnablement tirer une conclusion selon laquelle l'application de l'article 18.1 en l'espèce pourrait nuire à la capacité des défendeurs d'établir le bien-fondé de leurs allégations devant la Cour supérieure.

[93] Après avoir examiné les arguments susmentionnés, je suis convaincu que la nouvelle loi établit un privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et pourrait avoir un effet substantiel sur la portée d'une divulgation autorisée en l'espèce. Si la loi devait produire un tel effet, je suis convaincu qu'elle limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations portées contre le défendeur et à établir que leurs droits constitutionnels ont été violés. Je conclus que l'article 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et que les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision *Ribic* relativement à la divulgation.

(3) Do the respondents have a vested right to the disclosure of human source identifying information, subject to section 38?

[94] Although I have found that section 18.1 affects substantive rights and should, therefore, not apply to the disputed information in these proceedings, I think it appropriate to address the parties' alternative submissions. The respondents argue that they have a vested right to the disclosure of human source information, subject to section 38. Conversely, the Attorney General asserts that there is no right to the continuation of a statutory regime, and as such, nothing bars the immediate application of section 18.1 in these proceedings.

[95] I will once again begin with the principles of statutory interpretation. As noted above, when a rule of evidence impinges on either substantive or vested rights it is presumed not to have immediate effect unless Parliament has clearly expressed its intent to the contrary: *Application under s. 83.28*, above, at paragraph 57. Similarly, the Supreme Court of Canada in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271 (*Gustavson Drilling*), at page 282, noted:

...The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board* ([1933] S.C.R. 629), at p. 638. The presumption that vested rights are not affected unless the intention of the legislature is clear applies whether the legislation is retrospective or prospective in operation. A prospective enactment may be bad if it affects vested rights and does not do so in unambiguous terms. This presumption, however, only applies where the legislation, is in some way ambiguous and reasonably susceptible of two constructions. [My emphasis.]

[96] The principle underlying this rule was expounded by Justice Duff, in *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, at page 417:

(3) Les défendeurs ont-ils sous réserve de l'article 38 un droit acquis à la divulgation de renseignements permettant l'identification de sources humaines?

[94] Bien que j'aie conclu que l'article 18.1 porte atteinte à des droits substantiels et qu'il ne devrait donc pas s'appliquer aux informations en cause en l'espèce, je suis d'avis qu'il convient de se pencher sur les observations subsidiaires des parties. Les défendeurs soutiennent qu'ils ont sous réserve de l'article 38 un droit acquis à la divulgation des informations relatives à une source humaine. À l'inverse, le procureur général affirme qu'il n'existe pas de droit au maintien d'un régime juridique, et que, par conséquent, rien n'empêche l'application immédiate de l'article 18.1 en l'espèce.

[95] Je commencerai encore une fois par énoncer les principes d'interprétation législative. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsqu'une règle de preuve porte atteinte à un droit substantiel ou à des droits acquis, elle est présumée ne pas avoir d'effet immédiat, à moins que le législateur ait clairement exprimé son intention contraire : *Demande fondée sur l'art. 83.28*, précitée, au paragraphe 57. De même, la Cour suprême du Canada a formulé les observations suivantes dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271 (*Gustavson Drilling*), à la page 282 :

[...] Selon la règle, une loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits existants relatifs aux personnes ou aux biens, sauf si le texte de cette loi exige une telle interprétation : *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board* ([1933] R.C.S. 629), à la p. 638. La présomption selon laquelle une loi ne porte pas atteinte aux droits acquis à moins que la législature ait clairement manifesté l'intention contraire, s'applique sans discrimination, que la loi ait une portée rétroactive ou qu'elle produise son effet dans l'avenir. Ce dernier type de loi peut être mauvais s'il porte atteinte à des droits acquis sans l'exprimer clairement. Toutefois, cette présomption s'applique seulement lorsque la loi est d'une quelconque façon ambiguë et logiquement susceptible de deux interprétations. [Non souligné dans l'original.]

[96] Le principe sous-jacent à la règle susmentionnée a été énoncé par le juge Duff dans l'arrêt *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, à la page 417 :

... the rule that statutory enactments generally are to be regarded as intended only to regulate the future conduct of persons is, as Parke B. said in *Moon v. Durden*, in 1848 (2 Ex. 22, at pages 42 and 43),

deeply founded in good sense and strict justice

because speaking generally it would not only be widely inconvenient but

a flagrant violation of natural justice

to deprive people of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law of the time.

[97] The test to determine when a right has vested was outlined by Justice Bastarache in *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530, at paragraphs 37 and 38, citing the work of transitional law scholar Pierre-André Côté [*The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000]:

... Côté maintains that an individual must meet two criteria to have a vested right: (1) the individual's legal (juridical) situation must be tangible and concrete rather than general and abstract; and (2) this legal situation must have been sufficiently constituted at the time of the new statute's commencement

[98] Finding that a right has vested does not end the inquiry. Professor Sullivan tells us that the weight of the presumption must also be assessed. This requires the court to consider how "arbitrary or unfair it would be to apply the new legislation to the facts in question and whether these unwarranted consequences are necessary or warranted by the goals to be achieved": *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 826.

[99] The respondents and the *amici* argue that the right to disclosure under section 38 has vested in this case. The respondents have moved well past the mere possibility of availing themselves of a particular legal right. To the contrary, the section 38 process was engaged and was actively being pursued for five years prior to the

[TRANSDUCTION] [...] la règle selon laquelle les dispositions législatives doivent être généralement considérées comme visant uniquement à régir la conduite future d'une personne trouve, comme l'a déclaré Parke dans la décision *Moon v. Durden*, en 1848 (2 Ex. 22, aux pages 42 et 43),

son fondement essentiel dans le bon sens et la justice stricte,

parce que de façon générale, non seulement il serait extrêmement inopportun de priver les gens de droits acquis lors d'opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit alors applicable, mais il s'agirait d'une

violation flagrante du principe de justice naturelle.

[97] Le critère applicable pour savoir si un droit est acquis a été énoncé par le juge Bastarache dans l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, aux paragraphes 37 et 38, citant l'œuvre du professeur Pierre-André Côté [*Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Édition Thémis, 1999] sur le droit transitoire :

[...] Cet auteur soutient que le justiciable doit satisfaire à deux critères pour avoir un droit acquis : (1) sa situation juridique est individualisée et concrète, et non générale et abstraite, et (2) sa situation juridique était constituée au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi [...]

[98] Le fait de conclure qu'un droit est acquis ne met pas fin à l'examen. La professeure Sullivan nous enseigne qu'il faut également apprécier le poids à accorder à la présomption. Ainsi, le tribunal doit examiner comment [TRANSDUCTION] « l'application de la nouvelle loi aux faits en question serait arbitraire et inéquitable et si ces conséquences injustifiées sont nécessaires ou s'expliquent par les buts qui doivent être atteints » : *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014), à la page 826.

[99] Selon les défendeurs et les *amici curiae*, le droit à la divulgation fondée sur l'article 38 est acquis en l'espèce. Les défendeurs ont largement dépassé le stade de la simple possibilité de se prévaloir d'un droit particulier découlant de la loi. Au contraire, la procédure fondée sur l'article 38 a été initiée et été activement

enactment of Bill C-44. Furthermore, the respondents assert that there has already been a binding and final determination in this case regarding the right to the disclosure of human source information.

[100] As discussed above, in DES-1-10, the Attorney General claimed that the common law informer privilege extended to CSIS sources thereby preventing the disclosure of identifying information. I found that such an absolute privilege did not exist in the context of intelligence sources, and that the disclosure of source identities would be decided in accordance with the *Ribic* test. I also acknowledged that while human source information was not a significant issue in those proceedings, it was necessary to address the matter “given the likelihood of further proceedings involving other documents that may be produced on discovery to the respondents”: *Almalki* 2010, above, at paragraph 163. The [Federal] Court of Appeal affirmed my decision, finding no error in the conclusion that the informer privilege rule did not extend to CSIS human sources: *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 34. The Attorney General did not appeal that determination further.

[101] The collection of documents before me in DES-1-10 was specifically requested by the respondents as a subset of full production in order to allow the parties to begin mediation. It was anticipated that further documents would be subject to a section 38 review should the civil claims proceed to trial. For this reason, it has been recognized in DES-1-11 that, despite the fact that a new application was commenced, there is in substance just one section 38 review process over which the legal determinations made in DES-1-10 have binding effect.

[102] The respondents contend that the judgment of the Federal Court of Appeal in DES-1-10, released June 13, 2011, settled the law on the protection afforded

suivie pendant cinq ans avant l’adoption du projet de loi C-44. En outre, les défendeurs soutiennent qu’une décision contraignante et définitive a déjà été rendue en l’espèce relativement au droit à la communication des informations relatives à une source humaine.

[100] Comme je l’ai mentionné précédemment, dans le dossier DES-1-10, le procureur général a soutenu que le privilège de common law relatif aux indicateurs de police s’applique aux sources du SCRS et empêche ainsi la divulgation des informations d’identifications. J’ai conclu qu’un tel privilège absolu n’existe pas dans le contexte des sources de renseignement et que la question concernant la divulgation de l’identité des sources serait tranchée conformément au critère de la décision *Ribic*. J’ai également reconnu que, même si l’information provenant d’une source humaine ne revêtaient pas une grande importance dans cette instance, il était nécessaire que j’exprime mon avis sur la question « compte tenu du risque qu’il y ait d’autres instances portant sur d’autres documents qui peuvent être produits aux défendeurs lors de l’enquête préalable » : *Almalki* 2010, précitée, au paragraphe 163. La Cour d’appel fédérale a confirmé ma décision et a estimé que je n’avais pas commis d’erreur en n’appliquant pas aux sources humaines du SCRS les règles régissant le privilège relatif aux indicateurs de police : *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 34. Le procureur général n’a pas interjeté appel de la décision.

[101] La série de documents dont j’étais saisi dans le dossier DES-1-10 avait été expressément demandée par les défendeurs afin de permettre aux parties de commencer la médiation, et ne constituait qu’une partie des documents demandés. Il était prévu que d’autres documents soient assujettis à un examen fondé sur l’article 38 si les actions civiles devaient être instruites. C’est pourquoi il a été reconnu dans le dossier DES-1-11 que, malgré le fait qu’une nouvelle demande ait été introduite, il n’y avait au fond qu’une seule procédure fondée sur l’article 38 à l’égard de laquelle les conclusions de droit tirées dans le dossier DES-1-10 avaient une force contraignante.

[102] Les défendeurs soutiennent que l’arrêt rendu le 13 juin 2011 par la Cour d’appel fédérale dans le dossier DES-1-10 a arrêté le droit sur la question de la

CSIS sources in this case. They further submit that the determination of the courts in DES-1-10 applies in these proceedings not only as a matter of *stare decisis*, but as a matter of *res judicata*. In *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125, Justice Wagner, writing for the majority of the Supreme Court of Canada explained how *res judicata* applies to judgments [at paragraph 30]:

Before going further in my analysis, I must highlight a distinction between two concepts that are central to the resolution of this appeal: that of a “final judgment” and that of a “final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties”. A judgment need not dispose of the litigation in its entirety to be final. If it disposes of any substantive interlocutory *issue*, *res judicata* will apply. On the other hand, *res judicata* will also apply to a final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties, but it then disposes of the *case* in its entirety and makes any further proceedings unnecessary. [Emphasis in original.]

[103] The respondents also highlight the [Federal] Court of Appeal’s decision in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242 (*Apotex*), which made it clear that *res judicata* not only applies to claims that were raised in a prior proceeding, but to issues that could have been raised [at paragraph 26]:

Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies (*Angle* and *Doering*, *supra*). It applies not only to issues decided finally and conclusively, but also to arguments that could have been raised by a party in exercise of reasonable diligence (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (F.C.A.)). Issue estoppel applies where an issue has been decided in one action between the parties, and renders that decision conclusive in a later action between the same parties, notwithstanding that the cause of action may be different (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O’Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). The second cause of action,

protection accordée aux sources du SCRS en l’espèce. Ils affirment en outre que les conclusions de la cour dans le dossier DES-1-10 s’appliquent en l’espèce non seulement en raison du principe du respect des décisions des tribunaux supérieurs, mais aussi en raison de celui de la chose jugée. Dans l’arrêt *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125, le juge Wagner, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada a expliqué comment la notion de *res judicata* s’applique aux jugements [au paragraphe 30] :

Avant de poursuivre mon analyse, je dois faire ressortir une distinction entre deux notions dont l’importance est cruciale pour l’issue du présent pourvoi : la notion de « jugement définitif » et celle de « jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties ». Un jugement n’a pas à statuer sur le litige en entier pour être définitif. S’il statue sur toute *question* de fond interlocutoire, il acquerra l’autorité de la chose jugée. Par contre, un jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties acquiert aussi l’autorité de la chose jugée, mais il tranche le *litige* en entier et rend inutile la prise de toute autre mesure dans l’instance. [Italique dans l’original.]

[103] Les défendeurs invoquent également l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242 (*Apotex*), de la Cour d’appel fédérale, qui établit de manière non équivoque que le principe de l’autorité de la chose jugée s’applique non seulement à des questions qui ont été soulevées dans une instance antérieure, mais aussi à des arguments qui auraient pu être soulevés. Voici les observations formulées par la Cour [au paragraphe 26] :

L’irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question déjà tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit (arrêts *Angle* et *Doering*, précités). Elle s’applique non seulement aux questions tranchées de manière finale et concluante, mais également aux arguments qui auraient pu être soulevés par une partie faisant preuve de diligence raisonnable (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (C.A.F.)). L’irrecevabilité pour identité des questions en litige s’applique quand une question a été tranchée dans une action entre les parties et que cette décision est déterminante pour une action ultérieure entre les mêmes parties, sans égard au fait que la cause d’action puisse différer

however, must involve issues of fact or law which were decided as a fundamental step in the logic of the prior decision. Issue estoppel does not arise if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings. The test for such an inquiry is whether the determination on which it is sought to found the estoppel is so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former (*Angle, supra*; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); affirmed by [1984] 2 S.C.R. 555).

[104] The respondents assert that the judgment of the [Federal] Court of Appeal in DES-1-10 meets the criteria set out in *Apotex*. They describe Justice Létourneau's findings as squarely and conclusively granting the respondents a vested right to the disclosure of human source information, subject only to the determination of relevance, injury and balancing of interests under section 38. They also contend that such a finding was a necessary step towards the conclusion of the proceeding.

[105] As the Attorney General submits, in order for *res judicata* to apply, three elements must be established: (1) the same question has been decided; (2) the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (3) the parties to the judicial decision were the same as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 25.

[106] The question at issue in DES-1-10 and in *Harkat* S.C.C., was whether the common law informer privilege extended to CSIS human sources. This is a different question than the one before me now. At that time the class privilege created by section 18.1 did not exist. Thus, the previous judgments could not have decided the issue of whether the privilege created by section 18.1 applies within a section 38 review.

(*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). Toutefois, la seconde cause d'action doit mettre en cause des questions de fait ou de droit qui ont été tranchées comme élément fondamental de la logique de la décision antérieure. Il n'y a pas d'irrecevabilité pour identité des questions en litige si la question visée a été soulevée de manière annexe ou incidente dans la procédure antérieure. Le critère à l'égard de ce point est de savoir si la décision sur laquelle on cherche à fonder l'irrecevabilité est si fondamentale pour trancher le fond que la seconde décision ne puisse être maintenue sans la première (arrêt *Angle*, précité; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); confirmé par [1984] 2 R.C.S. 555).

[104] Les défendeurs affirment que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans le dossier DES-1-10 répond au critère énoncé dans l'arrêt *Apotex*. Ils expliquent que, dans ses conclusions, le juge Létourneau accorde aux défendeurs d'une manière claire et concluante un droit acquis à la divulgation des informations relatives à des sources humaines, sous la seule réserve de la conclusion concernant l'application des critères de pertinence, de préjudice et de mise en balance des intérêts énoncés à l'article 38. Ils estiment également qu'une telle conclusion était une étape nécessaire en vue de la conclusion de l'instance.

[105] Comme l'affirme le procureur général, pour que le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique, il faut que l'existence des trois éléments suivants soit établie : 1) la même question a été tranchée; 2) la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion est finale et 3) les parties dans la décision judiciaire invoquée sont les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 25.

[106] La question soulevée dans le dossier DES-1-10 et dans l'arrêt *Harkat* C.S.C. était de savoir si le privilège de common law relatif aux indicateurs de police s'applique aux sources humaines du SCRS. Il s'agit d'une question différente de celle dont je suis actuellement saisi. À ce moment-là, le privilège générique créé par l'article 18.1 n'existait pas. Ainsi, les jugements antérieurs ne pouvaient pas permettre de trancher la question de savoir si le privilège créé par l'article 18.1

[107] The Attorney General maintains that the respondents do not have a vested right to have human source claims determined under section 38. Again, the applicant relies upon an understanding of disclosure as a precise event within a proceeding, and argues that because disclosure has not yet taken place the respondents have no vested rights to human source information. To find in favour of this argument I would have to accept that in a section 38 review the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. I have difficulty with that proposition because the right to discovery is part of the trial process from the outset. The question to be determined in a section 38 review is whether information in the discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds.

[108] The Attorney General rightly contends that there is no vested right in the continuation of a statutory regime. To support this proposition, the applicant relies on Justice Dickson's [as he then was] majority decision in *Gustavson Drilling*, above, at page 283, which holds "[t]he mere right existing in the members of a community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued". But in this context we are not dealing with the repeal of an existing statute or even of an existing common law privilege. *Harkat S.C.C.* established definitively that the privilege did not exist at common law.

[109] *Gustavson* dealt with tax legislation and the Court was clear: "[t]he only rights which a taxpayer in any taxation year can be said to enjoy with respect to claims for exemption are those which the *Income Tax Act* of that year give him": *Gustavson Drilling*, above, at page 282. The analogy to this case is weak. The Supreme Court found that there was nothing ambiguous about the procedural nature of taxing statutes. It is overreaching in my view to compare the right to disclosure

s'appliquait dans le contexte d'un examen fondé sur l'article 38.

[107] Le procureur général affirme que les défendeurs n'ont pas de droit acquis à ce que les questions liées aux sources humaines soient tranchées en vertu de l'article 38. Là encore, le demandeur se fonde sur l'interprétation selon laquelle une divulgation est un événement précis au sein d'une instance, et soutient que, puisque la divulgation n'a pas encore eu lieu, les défendeurs n'ont aucun droit acquis à l'égard des informations relatives à des sources humaines. Pour souscrire à cet argument, je devrais accepter que, dans un examen fondé sur l'article 38, le droit d'obtenir des informations n'est acquis qu'au moment même où celles-ci sont divulguées. Il est difficile pour moi d'accepter cette thèse parce que le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début. La question à trancher dans un examen fondé sur l'article 38 est de savoir si, à l'étape de l'enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l'intérêt public.

[108] Le procureur général fait valoir à bon droit qu'il n'existe pas de droit acquis au maintien d'un régime juridique. À l'appui de cette thèse, le demandeur se fonde sur la décision majoritaire rendue par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Gustavson Drilling*, précité, à la page 283, selon laquelle « [l]e simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis ». Toutefois, en l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'un texte législatif abrogé ni même d'un privilège de common law existant. L'arrêt *Harkat C.S.C.* a définitivement établi que le privilège n'existe pas en common law.

[109] L'arrêt *Gustavson* portait sur la législation fiscale et la Cour suprême du Canada a clairement affirmé que : « [l]es seuls droits dont un contribuable peut se prévaloir au cours d'une année d'imposition au regard de réclamations d'exemptions sont ceux que lui accorde la *Loi de l'impôt sur le revenu* alors en vigueur » : *Gustavson Drilling*, précité, à la page 282. La comparaison avec cet arrêt est faible. La Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'y avait aucune ambiguïté quant à la

in an ongoing proceeding with the right to a specific tax exemption where annual changes ought to be anticipated by taxpayers, if not expected.

[110] I am satisfied that at the time section 18.1 was brought into force the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of these section 38 proceedings. Under that regime, human source identifying information is subject to a determination of the public interest privilege claims asserted by the Attorney General. The balancing of the competing public interests of full disclosure and national security can be achieved in this proceeding through the *Ribic* test without ousting the vested rights of the respondents.

VI. CONCLUSION

[111] The Court has determined that application of section 18.1 in these proceedings would be retrospective, and creates a new privilege that affects the substantive rights of the respondents. The Court has also determined that, subject to the weighing of the competing public and private interests under section 38, the respondents have a vested right to disclosure of human source identifying information in order to support their claims in the Ontario Superior Court. Thus, the retrospective application of section 18.1 is held to be invalid. The Court will proceed to consider whether release of the information would cause injury to one of the protected national interests and, if so, whether the risk of that harm outweighs the public interest in disclosure.

nature procédurale des lois fiscales. À mon avis, il est exagéré de comparer le droit à la divulgation dans une instance en cours et le droit à une exonération fiscale particulière dans un cas où les contribuables auraient dû prévoir les modifications annuelles ou s’y attendre.

[110] Je suis convaincu qu’au moment où l’article 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l’article 38. Sous ce régime, informations d’identifications de sources humaines sont assujettis à une conclusion portant sur les prétentions avancées par le procureur général selon lesquelles il existe un privilège d’intérêt public. La mise en balance du facteur de l’intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l’espèce en fonction du critère de la décision *Ribic* sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs.

VI. CONCLUSION

[111] La Cour a conclu que l’application de l’article 18.1 en l’espèce serait rétrospective, et créerait un nouveau privilège qui porte atteinte aux droits substantiels des défendeurs. La Cour a également conclu que, sous réserve de la mise en balance des intérêts publics et privés divergents en vertu de l’article 38, les défendeurs ont un droit acquis à la divulgation des informations permettant l’identification de sources humaines afin qu’ils puissent étayer leurs demandes présentées à la Cour supérieure de l’Ontario. Ainsi, l’application rétrospective de l’article 18.1 est jugée invalide. La Cour examinera la question de savoir si la divulgation des informations est susceptible de nuire à l’un des trois intérêts nationaux protégés et, dans l’affirmative, si le risque de préjudice l’emporte sur l’intérêt public à la divulgation.

IMM-2227-15
2016 FC 315

IMM-2227-15
2016 CF 315

Silvia Myrian Moya (*Applicant*)

Silvia Myrian Moya (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: MOYA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : MOYA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Kane J.—Toronto, January 18; Ottawa, March 15, 2016.

Cour fédérale, juge Kane—Toronto, 18 janvier; Ottawa, 15 mars 2016.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) dismissing applicant's appeal of decision by Refugee Protection Division (RPD) that applicant neither Convention refugee nor person in need of protection — Applicant filing initial refugee claim but failing to pursue application for permanent residence — Filing second claim based on allegations of abuse, violence — RAD disagreeing with RPD's finding that applicant not Convention refugee in past; considering compelling reasons exception pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 108(4) — RAD finding, inter alia, Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) not obviating need to assess level of past persecution; applicant's persecution not rising to atrocious, appalling level, not meeting high threshold for compelling reasons — Whether RAD erring by applying wrong test for compelling reasons, in not finding that compelling reasons existed — RAD not erring in interpreting compelling reasons exception — Not fettering discretion — Not regarding level of past persecution as condition precedent to undertaking compelling reasons analysis — Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj stating compelling reasons exception directed at special, limited category; those suffering appalling persecution within that category should be given refugee protection — Compelling reasons exception only applying to tiny minority of complainants — Alfaka Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration) acknowledging interpretation in Suleiman, noting requirements of s. 108(4) met when past persecution not appalling, atrocious but highlighting exceptional nature of such situations relative to other cases — Consistent with underlying principle that exception applying to tiny minority of complainants — Interpretation reconciling Obstoj, Suleiman case law — Suleiman not rejecting principle that compelling reasons exception intended for tiny minority of refugee claimants — RAD taking into account

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger — La demanderesse a déposé une première demande d'asile, mais elle n'a pas donné suite à sa demande de résidence permanente — Elle a déposé une seconde demande d'asile fondée sur des allégations d'abus et de violence — La SAR n'a pas partagé la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'avait pas la qualité de réfugiée au sens de la Convention par le passé; elle a examiné l'applicabilité des raisons impérieuses conformément à l'art. 108(4) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La SAR a conclu entre autres que la décision Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) n'élimine pas la nécessité d'évaluer le degré de persécution par le passé; la persécution subie par la demanderesse par le passé n'avait pas atteint le degré qualifié d'épouvantable et d'atroce et elle ne satisfaisait pas à la norme élevée requise pour appliquer l'exception relative aux raisons impérieuses — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour les raisons impérieuses et si elle a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de raisons impérieuses — La SAR n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des raisons impérieuses — La SAR n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire — La SAR n'a pas considéré le degré de persécution subie par le passé comme une condition préalable à l'analyse des raisons impérieuses — La décision Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj énonce que l'exception relative aux raisons impérieuses vise une catégorie particulière et limitée; les personnes qui ont été victimes de persécution épouvantable appartiendraient à cette catégorie et devraient

that applicant having to establish compelling reasons arising out of previous persecution justifying refusal to avail herself of state protection — Not limiting its consideration of compelling reasons to narrower category of appalling, atrocious persecution — RAD also considering whether applicant's past persecution meeting high threshold for compelling reasons — Not committing error in imposing high threshold — RAD reasonably concluded applicant not establishing compelling reasons — Not erring if atrocious, appalling threshold imposed — Cannot be faulted for relying on case law reflecting that appalling, atrocious past persecution constituting high threshold required to establish compelling reasons — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's appeal of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection.

The applicant, a citizen of Argentina, filed a refugee claim based on her political opinion when she first arrived in Canada in 1988. The applicant did not pursue her application for permanent residence, which was deemed abandoned in 2005. She filed a second refugee claim in 2014 based on allegations that her former husband was abusive and violent both while they were together in Argentina and in Canada and that he continues to threaten her.

The RPD accepted that the applicant may have suffered abuse, but did not find her account or the supporting evidence of recent threats from her former husband to be credible. The RPD found that state protection would be available if the

*se voir accorder l'asile — L'exception relative aux raisons impérieuses s'applique uniquement à une infime minorité de plaignants actuels — La décision Alfaka Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration) a reconnu l'interprétation faite dans la décision Suleiman, notant que les exigences de l'art. 108(4) peuvent être satisfaites lorsqu'il n'est pas prouvé que la persécution passée était épouvantable ou atroce, mais a souligné que ces situations doivent être de nature exceptionnelle par rapport à d'autres cas — Cela est cohérent avec le principe sous-jacent voulant que l'exception s'applique à une petite minorité de demandeurs d'asile — Cette interprétation vise aussi à concilier les décisions *Obstoj* et *Suleiman* — La décision *Suleiman* n'a pas rejeté le principe selon lequel l'exception relative aux raisons impérieuses vise une petite minorité de demandeurs d'asile — L'analyse effectuée par la SAR a tenu compte du fait que la demanderesse doit établir les raisons impérieuses tenant à sa persécution passée qui justifient son refus de se prévaloir de la protection de l'État — La SAR n'a pas restreint l'examen des raisons impérieuses à la catégorie plus étroite des persécutions épouvantables et atroces — La SAR a également examiné si la persécution passée décrite par la demanderesse avait atteint le seuil élevé préalable à la dispense pour des raisons impérieuses — Le fait d'imposer un seuil élevé ne constitue pas une erreur de la part de la SAR — La SAR a raisonnablement conclu que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence de raisons impérieuses — Si la SAR avait imposé le critère de la persécution atroce et épouvantable, elle n'aurait pas commis une erreur de droit — On ne peut pas reprocher à la SAR de s'être fondée sur la jurisprudence qui reflète le fait que le niveau d'atrocité de la persécution passée constitue le seuil élevé requis pour prouver l'existence des raisons impérieuses — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger.

La demanderesse, une citoyenne de l'Argentine, a déposé une demande d'asile du fait de ses opinions politiques à son arrivée au Canada en 1988. La demanderesse n'a pas donné suite à sa demande de résidence permanente, laquelle a été considérée comme abandonnée en 2005. Elle a déposé une seconde demande d'asile en 2014 sur la base d'allégations voulant que son ex-mari ait été abusif et violent alors qu'ils étaient ensemble en Argentine et au Canada et qu'il continue de la menacer.

La SPR a admis qu'il était possible que la demanderesse ait subi de mauvais traitements, mais n'a pas trouvé que son récit et la preuve à l'appui des menaces de la part de son ex-mari étaient crédibles. La SPR a conclu que la demanderesse

applicant were to return to Argentina, and that the applicant would not have been a Convention refugee in the past and, therefore, the compelling reasons exception did not apply. However, the RAD disagreed with the RPD's finding that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection in the past and considered whether to apply the "compelling reasons" exception pursuant to subsection 108(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The RAD found, *inter alia*, that although the decision in *Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* addresses the issue of subjective fear, it does not obviate the need to assess the level of past persecution. The RAD noted that the level of atrocity must be considered and that several cases have used the term "atrocious and appalling", adding that the applicant's experience of persecution did not rise to that level. The RAD found that there was insufficient persuasive evidence to conclude that the applicant had met the high threshold for compelling reasons.

The main issue was whether the RAD erred by applying the wrong test for compelling reasons and in not finding that compelling reasons existed.

Held, the application should be dismissed.

The RAD did not err in interpreting the compelling reasons exception or in determining that compelling reasons had not been established. The RAD found that the applicant would have been a refugee in the past, but the reasons for refugee protection have ceased to exist because, state protection is now available and there is no credible evidence of an ongoing risk from her former husband. The RAD did not fetter its discretion. It did not regard the level of past persecution, or whether it was appalling and atrocious, as a condition precedent to undertaking the compelling reasons analysis. Once the RAD found that the applicant would have been a Convention refugee in the past, it readily embarked on its consideration of whether the compelling reasons exception should apply. Two principles emerge from *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, wherein the reference to "appalling" persecution is first found: first, the compelling reasons exception is directed at a special and limited category; and, second, those who have suffered appalling persecution would be within that category and should be given refugee protection. The compelling reasons exception applies only to a tiny minority of complainants. Some of the subsequent case law has found that *Obstoj* does not require that the past persecution be appalling; rather that appalling persecution constitutes a compelling reason and that the level of atrocity must be considered. Other case law has adopted appalling and atrocious

bénéficierait de la protection de l'État si elle devait retourner en Argentine et elle n'aurait pas été une réfugiée au sens de la Convention par le passé et, par conséquent, que les raisons impérieuses ne s'appliquaient pas. Toutefois, la SAR ne partageait pas la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger par le passé et a examiné l'applicabilité de l'exception relative aux « raisons impérieuses » conformément au paragraphe 108(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La SAR a conclu, entre autres, que bien que la décision *Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* aborde la question de la crainte subjective, elle n'élimine pas la nécessité d'évaluer le degré de persécution par le passé. La SAR a fait remarquer que le degré d'atrocité devait être pris en compte et que l'expression « atroce et épouvantable » avait été utilisée dans plusieurs affaires, ajoutant que les persécutions subies par la demanderesse n'atteignaient pas ce degré. La SAR a conclu que les preuves convaincantes étaient insuffisantes pour conclure que la demanderesse avait satisfait au seul élevé préalable à la dispense pour des raisons impérieuses.

Il s'agissait principalement de savoir si la SAR a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour les raisons impérieuses et si elle a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de raisons impérieuses.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La SAR n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des raisons impérieuses et dans sa conclusion selon laquelle l'existence de raisons impérieuses n'avait pas été établie. La SAR a conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée par le passé, mais que les motifs à l'origine de l'asile n'existaient plus puisque la protection de l'État était maintenant offerte et qu'il n'y avait aucune preuve crédible du risque que poserait toujours son ex-mari. La SAR n'a pas entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle n'a pas considéré le degré de persécution subie par le passé ou la question de savoir si elle était épouvantable et atroce comme une condition préalable à l'analyse des raisons impérieuses. Ayant conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé, la SAR s'est ensuite empressée de déterminer si les raisons impérieuses devaient s'appliquer. Deux principes ressortent de la décision *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj* où la référence à la persécution « épouvantable » trouve son origine : premièrement, l'exception relative aux raisons impérieuses vise une catégorie particulière et limitée; et, deuxièmement, les personnes qui ont été victimes de persécution épouvantable appartiendraient à cette catégorie et devraient se voir accorder l'asile. L'exception relative aux raisons impérieuses s'applique uniquement à une infime minorité de plaignants actuels. Dans certaines décisions subséquentes, il a été conclu que la décision *Obstoj* n'exigeait

past persecution as the threshold of persecution that should be established to find compelling reasons. The RAD referred to several cases pre-dating *Suleiman*, all of which refer to the exceptional nature of the provision or to appalling and atrocious persecution.

With respect to the threshold that applies to determine whether compelling reasons have been established, the Court in *Alfaka Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration)* acknowledged the interpretation in *Suleiman*, noting that the requirements of subsection 108(4) may be met when past persecution is not demonstrated to be appalling or atrocious but highlighted that these situations must be “truly exceptional or extraordinary” relative to other cases. This is consistent with the underlying principle that the exception applies to a “tiny minority” of refugee claimants. This interpretation also seeks to reconcile the *Obstoj* and *Suleiman* case law. *Suleiman* does not reject the principle that the compelling reasons exception is for a “special and limited category” and a “tiny minority” of refugee claimants. The statutory provision at issue requires that the applicant establish compelling reasons arising out of her previous persecution that justifies her refusal to avail herself of the state protection of her country of origin. The RAD’s analysis took this into account. The RAD did not limit its consideration of compelling reasons to the narrower category of appalling and atrocious persecution; it considered whether the past persecution described by the applicant, in comparison to other cases, reached the threshold where the exception had and had not been established. Although several of those cases refer to appalling persecution as the threshold, there is no error in imposing a high threshold as all the case law consistently notes this requirement. The RAD reasonably concluded that the applicant had not established compelling reasons. The RAD would not have erred if it had imposed the atrocious and appalling threshold. The RAD cannot be faulted for relying on the case law that reflects that the level of atrocity of past persecution must be considered and the preponderance of the case law that reflects that appalling and/or atrocious past persecution is the high threshold required to establish compelling reasons.

pas que la persécution subie par le passé soit épouvantable, mais que la persécution épouvantable constituait une raison impérieuse et qu’il fallait examiner le degré d’atrocité. Dans d’autres décisions, la persécution épouvantable et atroce subie par le passé a été adoptée en tant que seuil de persécution qui doit être établi pour conclure à l’existence de raisons impérieuses. La SAR a fait référence à plusieurs cas antérieurs à la décision *Suleiman*, qui renvoient tous à la nature exceptionnelle de la disposition ou à la persécution épouvantable et atroce.

En ce qui concerne le seuil qui s’applique pour déterminer si, dans les faits, l’existence de raisons impérieuses a été établie, la Cour dans la décision *Alfaka Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* a reconnu l’interprétation faite dans la décision *Suleiman*, notant que les exigences du paragraphe 108(4) peuvent être satisfaites lorsqu’il n’est pas prouvé que la persécution passée était épouvantable ou atroce, mais a souligné que ces situations doivent être « véritablement exceptionnelles ou extraordinaires » par rapport à d’autres cas. Cela est cohérent avec le principe sous-jacent voulant que l’exception s’applique à une « petite minorité » de demandeurs d’asile. Cette interprétation vise aussi à concilier les décisions *Obstoj* et *Suleiman*. La décision *Suleiman* ne rejette pas le principe selon lequel l’exception relative aux raisons impérieuses vise une « catégorie spéciale et limitée » et une « petite minorité » de demandeurs d’asile. La disposition législative en litige exige que la demanderesse établisse les raisons impérieuses tenant à sa persécution passée qui justifient son refus de se prévaloir de la protection de l’État dans son pays d’origine. L’analyse effectuée par la SAR en a tenu compte. La SAR n’a pas restreint l’examen des raisons impérieuses à la catégorie plus étroite des persécutions épouvantables et atroces; elle a examiné si la persécution passée décrite par la demanderesse, par rapport à d’autres cas, avait atteint le seuil lorsque l’exception avait et n’avait pas été prouvée. Si plusieurs de ces cas renvoient au critère des persécutions effroyables, le fait d’imposer un seuil élevé ne constitue pas une erreur étant donné que l’ensemble de la jurisprudence souligne systématiquement cette exigence. La SAR a raisonnablement conclu que la demanderesse n’avait pas prouvé l’existence de raisons impérieuses. Si la SAR avait imposé le critère de la persécution atroce et épouvantable, elle n’aurait pas commis une erreur de droit. On ne peut pas reprocher à la SAR de s’être fondée sur la jurisprudence qui reflète le fait que le niveau d’atrocité de la persécution passée doit être pris en compte et sur l’orientation de la jurisprudence qui reflète que la persécution épouvantable ou atroce par le passé est le seuil élevé requis pour prouver l’existence des raisons impérieuses.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 108.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

CASES CITED

APPLIED:

Alfaka Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 1044, 378 F.T.R. 45; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 1125, [2005] 2 F.C.R. 26; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Diallo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1450, 259 F.T.R. 273; *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574; *Czesak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1149; *Rokni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 182 (T.D.) (QL); *Danailov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 1019 (T.D.) (QL); *Saha v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 304; *Molefe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 317; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 188; *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739, (1992), 93 D.L.R. 144 (C.A.); *Kotorri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1195, 279 F.T.R. 149; *Adjibi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 525, 219 F.T.R. 54; *Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244; *Shahid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 89 F.T.R. 106, 28 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.); *Isacko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 890; *Lawani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15559 (F.C.T.D.); *Nwaozor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 517, 206 F.T.R. 1; *Shpati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 237; *Dini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 217, 202 F.T.R. 39; *Lici v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1451,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 108.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Alfaka Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 1044; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1125, [2005] 2 R.C.F. 26; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Diallo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1450; *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574; *Czesak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1149; *Rokni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 182 (1^{re} inst.) (QL); *Danailov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 1019 (1^{re} inst.) (QL); *Saha c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 304; *Molefe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 317; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 188; *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.); *Kotorri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1195; *Adjibi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 525; *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635; *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 251 (1^{re} inst.) (QL); *Isacko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 890; *Lawani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15559 (C.F. 1^{re} inst.); *Nwaozor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 517; *Shpati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 237; *Dini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 217; *Lici c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1451; *Kostrzewa c. Canada (Citoyenneté et*

401 F.T.R. 274; *Kostrzewa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1449; *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15191, 254 N.R. 388 (F.C.A.); *Sabaratnam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 844, 10 Imm. L.R. (4th) 328; *Mwaura v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 874, [2016] 1 F.C.R. 542.

REFERRED TO:

Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration), 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811; *Nahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1208; *Khachatourian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 182; *Balde v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 624, 35 Imm. L.R. (4th) 161; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; *Bledy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 210, 97 Imm. L.R. (3d) 243; *Henguva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 483, 432 F.T.R. 191; *Meza Varela v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1364; *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 646; *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532, 124 F.T.R. 160; *Ruszo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1004, 440 F.T.R. 106; *Elemah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 77.

AUTHORS CITED

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996, online: <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>.

Immigration and Refugee Board of Canada. *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*, December 31, 2010, online: <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (*X (Re)*, 2015 CanLII 52123) dismissing the applicant's appeal of the Refugee Protection Division (RPD) decision that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection. Application dismissed.

Immigration, 2012 CF 1449; *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15191 (C.A.F.); *Sabaratnam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 844; *Mwaura c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 874, [2016] 1 R.C.F. 542.

DÉCISIONS CITÉES :

Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811; *Nahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1208; *Khachatourian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 182; *Balde c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 624; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Bledy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 210; *Henguva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 483; *Meza Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1364; *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 646; *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL); *Ruszo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1004; *Elemah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 77.

DOCTRINE CITÉE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives no 4 : Reven dicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2010, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (*X (Re)*, 2015 CanLII 52123) qui a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger. Demande rejetée.

APPEARANCES

Prasanna Balasundaram and Caitlin Maxwell for applicant.
Kareena R. Wilding for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] KANE J.: The applicant seeks judicial review of the decision of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (RAD) dated April 27, 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 52123] which dismissed her appeal of the decision of the Refugee Protection Division (RPD). The RAD confirmed that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection. The RAD found that the applicant would have been a Convention refugee in the past and considered the “compelling reasons” exception pursuant to subsection 108(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act), but found that the exception did not apply in the circumstances.

[2] On judicial review, the applicant submits that the RAD erred in its review of the RPD decision with respect to: the application of the Chairperson’s Gender Guidelines (Guidelines); the assessment of the psychological report; the assessment of the applicant’s credibility; and, the state protection analysis. The applicant also submits that the RAD erred in its approach to the appeal and its assessment of the evidence and applied the wrong test for the compelling reasons exception.

ONT COMPARU

Prasanna Balasundaram et Caitlin Maxwell pour la demanderesse.
Kareena R. Wilding pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Downtown Legal Services, Toronto, pour la demanderesse.
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] LA JUGE KANE : La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la Section d’appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, datée du 27 avril 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 52123], qui rejetait l’appel interjeté par la demanderesse contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR). La SAR a confirmé que la demanderesse n’est pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger. Le SAR a estimé que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé et aurait pris en considération l’exception relative aux « raisons impérieuses » conformément au paragraphe 108(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), mais elle a conclu que l’exception ne s’appliquait pas dans les circonstances.

[2] Lors du contrôle judiciaire, la demanderesse soutient que la SAR a commis une erreur dans son examen de la décision de la SPR en ce qui concerne les éléments suivants : l’application des directives du président concernant la persécution fondée sur le sexe (les directives); l’évaluation du rapport psychologique; l’évaluation de la crédibilité de la demanderesse; et, l’analyse de la protection de l’État. La demanderesse soutient également que la SAR a commis une erreur dans son approche à l’égard de l’appel et dans son appréciation de la preuve et qu’elle a appliqué le mauvais critère pour l’exception relative aux raisons impérieuses.

[3] I find that the RPD performed its appellate role and conducted an independent assessment of the evidence, including the RPD's credibility findings, and reasonably found that the RPD did not err. The RAD interpreted subsection 108(4) based on the jurisprudence, considered all the evidence and reasonably found that the applicant had not established compelling reasons for refusing to avail herself of the protection of her country of origin. Deference is owed to the RAD's determination and it is not for the Court to re-weigh the evidence.

I. Background

[4] The applicant is a citizen of Argentina. She recounts that she filed a refugee claim based on her political opinion when she first arrived in Canada in December 1988, but is unaware of what happened to this claim. The record indicates that her claim was not evaluated, but received an approval-in-principle by the Canadian Immigration Backlog Office in 1996. She did not pursue her application for permanent residence, which was deemed abandoned in 2005.

[5] She filed a second refugee claim in September 2014 based on allegations that her former husband, Juan Francisco Gil (Juan), who she joined in Canada in 1988, was abusive and violent both while they were together in Argentina and in Canada and that he continues to threaten her. Prior to the RPD hearing, the applicant submitted an updated Basis of Claim Form (BOC) with a detailed narrative of her account of severe abuse by Juan.

[6] The applicant left Juan in 1989 and the two were eventually divorced in 2002. Juan was convicted in Canada of sexual assault with respect to another person and was incarcerated. Following his release, he was deported to Argentina in 1992. The applicant alleges that she has received threats from people calling on Juan's behalf. The applicant also alleges that Juan's sister advised the applicant's father that Juan had died around

[3] J'estime que la SPR a rempli son rôle en tant que tribunal d'appel et a procédé à une évaluation indépendante de la preuve, y compris les conclusions de la SPR en matière de crédibilité, et a raisonnablement conclu que la SPR n'avait pas commis d'erreur. La SAR a interprété le paragraphe 108(4) en se fondant sur la jurisprudence, a examiné tous les éléments de preuve et a raisonnablement constaté que la demanderesse n'avait pas établi les raisons impérieuses de son refus de se prévaloir de la protection de son pays d'origine. Il y a lieu de faire preuve de déférence envers la décision de la SAR et il n'incombe pas à la Cour de réévaluer les éléments de preuve.

I. Contexte

[4] La demanderesse est citoyenne de l'Argentine. Elle dit avoir déposé une demande d'asile du fait de ses opinions politiques à son arrivée au Canada en décembre 1988, mais ignore ce qu'il est advenu de cette demande. Le dossier indique que sa demande n'a pas été évaluée, mais qu'elle a fait l'objet d'une approbation de principe par le bureau d'Immigration Canada chargé de l'arriéré en 1996. Elle n'a pas donné suite à sa demande de résidence permanente, laquelle a été considérée comme abandonnée en 2005.

[5] Elle a déposé une seconde demande d'asile en septembre 2014 sur la base d'allégations voulant que son ex-mari, Juan Francisco Gil (Juan), qu'elle avait rejoint au Canada en 1988, ait été abusif et violent alors qu'ils étaient ensemble en Argentine et au Canada et qu'il continue de la menacer. Avant l'audience devant la SPR, la demanderesse a présenté un formulaire Fondement de la demande d'asile (FDA) mis à jour dans lequel elle raconte de façon détaillée les graves sévices infligés par Juan.

[6] La demanderesse a quitté Juan en 1989 et ils ont fini par divorcé en 2002. Juan a été reconnu coupable au Canada d'agression sexuelle envers une autre personne et a été incarcéré. Après sa libération, il a été déporté en Argentine en 1992. La demanderesse prétend avoir reçu des menaces téléphoniques de personnes agissant pour le compte de Juan. La demanderesse prétend également que la sœur de Juan avait informé le père de la

2003 or 2004, in order to lure the applicant to return to Argentina. She further alleges that Juan's friends visited her family's home looking for her in 2009. The applicant claims that Juan is dangerous, the police will not help her and that she fears returning to Argentina.

II. The RPD Decision

[7] The RPD found that the applicant is not a Convention refugee or person in need of protection.

[8] The RPD accepted that the applicant may have suffered abuse, but did not find her account or the supporting evidence of recent threats from Juan to be credible. The applicant's statements regarding her interactions with the police in Argentina and her explanation of her efforts to obtain permanent resident status in Canada were also found to be not credible.

[9] The determinative issue for the RPD was state protection. The RPD found that state protection would be available if the applicant were to return to Argentina and that she had not rebutted the presumption of state protection.

[10] The RPD also found that the applicant would not have been a Convention refugee in the past and, therefore, the compelling reasons exception did not apply. The RPD noted that the applicant had embellished her claim, which called into question all of her evidence, including the abuse she suffered.

III. The RAD Decision

[11] The RAD confirmed the decision of the RPD and found that the applicant is not a Convention refugee or a person in need of protection. The RAD also found that there were no compelling reasons to exempt the applicant from this finding.

demanderesse que Juan était mort en 2003 ou 2004, afin d'inciter la demanderesse à retourner en Argentine. Elle prétend également que les amis de Juan étaient à sa recherche et se sont rendus dans sa maison familiale en 2009. La demanderesse soutient que Juan est dangereux, que la police ne l'aidera pas et elle dit avoir peur de retourner en Argentine.

II. Décision de la SPR

[7] La SPR a conclu que la demanderesse n'a ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger.

[8] La SPR a admis qu'il était possible que la demanderesse ait subi de mauvais traitements, mais n'a pas trouvé que son récit et la preuve à l'appui des menaces de la part de Juan étaient crédibles. Les déclarations de la demanderesse concernant ses interactions avec la police en Argentine et son explication des efforts qu'elle a déployés pour obtenir le statut de résident permanent au Canada ont également été jugées non crédibles.

[9] La question déterminante pour la SPR était la protection de l'État. La SPR a conclu que la demanderesse bénéficierait de la protection de l'État si elle devait retourner en Argentine et qu'elle n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État.

[10] La SPR a également conclu que la demanderesse n'aurait pas été une réfugiée au sens de la Convention par le passé et, par conséquent, que les raisons impérieuses ne s'appliquaient pas. La SPR a noté que la demanderesse avait embelli sa demande, ce qui a remis en cause l'ensemble de son témoignage, y compris la violence dont elle a été victime.

III. Décision de la SAR

[11] La SAR a confirmé la décision de la SPR et a conclu que la demanderesse n'a ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger. La SAR a également conclu qu'il n'y avait aucune raison impérieuse d'exempter la demanderesse de cette conclusion.

[12] The RAD cited the decision in *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811 (*Huruglica*) and indicated it would conduct a full fact-based appeal.

[13] The RAD noted that credibility is an issue in every claim, although, as the RPD found, it was not the determinative issue. The RAD assessed the credibility findings and deferred to several, but not all, of the RPD's findings.

[14] The RAD agreed with the RPD's findings regarding the credibility of the supporting evidence from the applicant's sisters, that aspects of her account of her interactions with the police in Argentina were not plausible, and that her explanation of her efforts to obtain permanent resident status in Canada was not credible.

[15] The RAD found that the RPD erred by offering the applicant an opportunity to submit additional documents, but not reconvening after receiving those documents. However, given that the determinative issue was state protection, the RAD found that this error was not fatal.

[16] The RAD found that the RPD had applied the Gender Guidelines [*Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*] and was sensitive to the needs of the applicant. The RAD also found that the RPD had considered the psychologist's report. The RAD noted that the RPD did not dispute the diagnosis of PTSD [post-traumatic stress disorder], but this did not overcome the credibility concerns or establish that the applicant's depression or diagnosis of PTSD was caused by persecution in Argentina. The RAD added [at paragraph 40], "there is no persuasive evidence that the doctor is in any position to state categorically that the claimant before it is a victim of domestic abuse."

[12] La SAR a invoqué la décision dans la décision *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811 (*Huruglica*) et a indiqué qu'elle instruirait un appel fondé sur les faits.

[13] La SAR a noté que la crédibilité était un aspect important dans toute demande d'asile, bien que, comme l'a conclu la SPR, ce n'était pas la question déterminante. La SAR a évalué les conclusions en matière de crédibilité et s'en est remise à plusieurs, mais pas à la totalité, des conclusions de la SPR.

[14] Le SAR est d'accord avec les conclusions de la SPR concernant la crédibilité de la preuve à l'appui fournie par les sœurs de la demanderesse, à savoir que certains aspects de son témoignage de ses interactions avec la police en Argentine n'étaient pas plausibles, et que son explication des efforts déployés pour obtenir le statut de résident permanent au Canada n'était pas crédible.

[15] La SAR a conclu que la SPR avait commis une erreur en offrant à la demanderesse la possibilité de présenter des documents supplémentaires, mais en ne reprenant pas l'audience après avoir reçu ces documents. Toutefois, étant donné que la question déterminante étant la protection de l'État, la SAR a conclu que cette erreur n'était pas fatale.

[16] La SAR a conclu que la SPR avait appliqué les directives concernant la persécution fondée sur le sexe [*Directives no 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*] et qu'elle avait été sensible aux besoins de la demanderesse. Le SAR a également conclu que la SPR avait examiné le rapport de la psychologue. La SAR a noté que la SPR n'avait pas contesté le diagnostic de trouble de stress posttraumatique, mais que cela ne l'avait pas emporté sur les préoccupations au sujet de la crédibilité et n'avait pas permis d'établir que la dépression et le diagnostic de stress posttraumatique de la demanderesse avaient été causés par la persécution subie en Argentine. La SAR a ajouté [au paragraphe 40] ce qui suit : « [I]l n'y a pas d'éléments de preuve convaincants que le professionnel de la santé est en mesure d'affirmer catégoriquement que

[17] The RAD assessed the country condition documents and, based on a forward looking assessment, agreed with the RPD and found that there would now be adequate state protection in Argentina if the applicant were to return.

[18] However, the RAD disagreed with the RPD's finding that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection in the past. The RAD found that the RPD's findings that the applicant had suffered abuse and that state protection measures between 1984 and 1988 would have been less effective than today were inconsistent with its finding that the applicant had not rebutted the presumption of state protection in the past.

[19] As a result of finding that the applicant would have been a Convention refugee in the past, the RAD considered whether to apply the compelling reasons exception.

[20] The RAD acknowledged the applicant's argument that it should adopt the approach in *Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1125, [2005] 2 F.C.R. 26 (*Suleiman*), which provides that a variety of circumstances can trigger a compelling reasons finding. The applicant also argued that the RAD should find that the RPD erred in not finding that the repeated violent assaults rose to the level of "atrocious and appalling" persecution, if that standard must be met, and in not explaining why it did not find compelling reasons.

[21] The RAD referred to several cases, some of which were decided long before *Suleiman* and others more recently, and found that although *Suleiman* addresses the issue of subjective fear, it does not obviate the need to assess the level of past persecution.

la demandeur d'asile est victime de violence conjugale ».

[17] La SAR a évalué les documents décrivant la situation dans le pays en cause et, en s'appuyant sur une évaluation prospective, elle s'est dite d'accord avec la SPR et a conclu que la demanderesse bénéficierait maintenant d'une protection adéquate de l'État en Argentine si elle devait y retourner.

[18] Toutefois, la SAR ne partageait pas la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger par le passé. La SAR a estimé que les conclusions de la SPR, à savoir que la demanderesse avait subi des violences et que des mesures de protection de l'État entre 1984 et 1988 auraient été moins efficaces qu'aujourd'hui, étaient incompatibles avec sa conclusion selon laquelle la demanderesse n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État par le passé.

[19] Ayant conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé, la SAR a examiné l'applicabilité des raisons impérieuses.

[20] La SAR a admis l'argument de la demanderesse voulant que soit adoptée l'approche dans la décision *Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1125, [2005] 2 R.C.F. 26 (*Suleiman*), qui prévoit que diverses circonstances peuvent mener à une conclusion sur les raisons impérieuses. La demanderesse a également fait valoir que la SAR devrait conclure que la SPR avait commis une erreur en ne constatant pas que les agressions violentes répétées avaient atteint un degré qui peut être qualifié d'« atroce » ou d'« épouvantable », si ce critère doit être satisfait, et en n'expliquant pas pourquoi elle avait conclu à l'absence de raisons impérieuses.

[21] La SAR a fait référence à plusieurs décisions, dont certaines ont été rendues bien avant la décision *Suleiman* et d'autres plus récemment, et a constaté que, bien que la décision *Suleiman* aborde la question de la crainte subjective, elle n'élimine pas la nécessité d'évaluer le degré de persécution par le passé.

[22] The RAD noted that persecution, by definition, involves death, physical harm or other penalties and that the compelling reasons exception applies to a very limited group of refugee claimants and to cases of exceptional persecution. The RAD identified its task as to determine whether the applicant's circumstances could be distinguished from cases of persecution that do not fall within subsection 108(4), which is a question of fact. The RAD noted that the level of atrocity must be considered and that several cases have used the term "atrocious and appalling", adding that the applicant's experience of persecution did not rise to that level.

[23] The RAD also noted the applicant's arguments that the RPD had erred in its compelling reasons analysis by not considering the psychologist's report and the psychological after-effects of her abuse.

[24] The RAD acknowledged that evidence of continuing psychological after-effects is relevant to the compelling reasons determination, but found that it is not a separate test to be met.

[25] Although the RAD disagreed with the RPD and accepted that the applicant would have been a Convention refugee in the past, the RAD found, based on its independent assessment of all the evidence, including the psychological report, the applicant's background, the passage of time and the sustainable credibility findings, that there was insufficient persuasive evidence to conclude that she had met the high threshold for compelling reasons.

IV. The Issues

[26] The applicant raises the same issues on judicial review with respect to the RAD decision as she did before the RAD with respect to the RPD decision:

[22] La SAR a constaté que la persécution, par définition, implique la mort, des dommages physiques ou d'autres peines et que l'exception relative aux raisons impérieuses s'applique à un groupe très restreint de demandeurs d'asile et à des cas de persécution hors du commun. La SAR a déterminé que sa tâche consistait à établir si les circonstances de la demanderesse pouvaient être distinguées des cas de persécution qui ne relèvent pas du paragraphe 108(4), ce qui constitue une question de fait. La SAR a fait remarquer que le degré d'atrocité devait être pris en compte et que l'expression « atroce et épouvantable » avait été utilisée dans plusieurs affaires, ajoutant que les persécutions subies par la demanderesse n'atteignaient pas ce degré.

[23] La SAR a également pris note des arguments de la demanderesse voulant que la SPR ait commis une erreur dans son analyse des raisons impérieuses en ne tenant pas compte du rapport de la psychologue et des séquelles psychologiques résultant des abus qu'elle a subis.

[24] La SAR a reconnu que la preuve de séquelles psychologiques permanentes était pertinente pour prendre une décision quant aux raisons impérieuses, mais elle a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un critère distinct devant être satisfait.

[25] Même si la SAR était en désaccord avec la SPR et a accepté le fait que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé, la SAR a conclu, en se fondant sur son évaluation indépendante de toutes les preuves, y compris le rapport psychologique, les antécédents de la demanderesse, le passage du temps et les conclusions valables sur la crédibilité, que les preuves convaincantes étaient insuffisantes pour conclure qu'elle avait satisfait au seuil élevé préalable à la dispense pour des raisons impérieuses.

IV. Questions en litige

[26] Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la demanderesse soulève les mêmes questions à l'égard de la décision de la SAR que celles qu'elle a soulevées devant la SAR à l'égard de la décision de la SPR :

- | | |
|--|---|
| <p>(1) The RAD erred in finding that the RPD considered and applied the Gender Guidelines;</p> <p>(2) The RAD erred in its assessment of the RPD's credibility findings and in confirming the RPD's credibility findings without a sufficiently independent assessment;</p> <p>(3) The RAD erred in its assessment of the expert evidence, i.e. the psychologist's report;</p> <p>(4) The RAD applied the wrong test for state protection and erred in its assessment of state protection;</p> <p>(5) The RAD erred by applying the wrong test for compelling reasons, and erred in not finding that compelling reasons existed.</p> | <p>1) La SAR a commis une erreur en concluant que la SPR avait examiné et appliqué les directives concernant la persécution fondée sur le sexe;</p> <p>2) La SAR a commis une erreur dans son appréciation des conclusions de la SPR en matière de crédibilité et en confirmant les conclusions de la SPR en matière de crédibilité sans avoir procédé à une évaluation suffisamment indépendante;</p> <p>3) La SAR a commis une erreur dans son évaluation de la preuve d'expert, à savoir le rapport de la psychologue;</p> <p>4) La SAR a appliqué le mauvais critère pour la protection de l'État et a commis une erreur dans son évaluation de la protection de l'État;</p> <p>5) La SAR a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour les raisons impérieuses et a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de raisons impérieuses.</p> |
|--|---|

[27] The applicant also raises additional arguments relating to these issues, all of which have been addressed, resulting in a lengthy decision.

[27] La demanderesse invoque également des arguments supplémentaires en lien avec ces questions, qui ont toutes été traitées, d'où une longue décision.

V. The Standard of Review

V. Critère de contrôle

[28] The RAD conducted an appeal of the RPD's decision. The Court conducts a judicial review of the RAD's decision.

[28] La SAR a instruit un appel de la décision de la SPR. La Cour procède à un contrôle judiciaire de la décision de la SAR.

[29] With respect to the approach to be applied by the RAD to the RPD decision, the jurisprudence has been consistent in establishing that the RAD should perform its appellate function: *Huruglica*, at paragraph 54. With respect to questions of credibility, although there are some nuances, the jurisprudence has established that the RAD may defer to the RPD where the RPD has heard the witnesses directly, has had an opportunity to probe their testimony or has had some advantage not enjoyed by the RAD (see, for example, *Huruglica*, at paragraph 55; *Nahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1208, at paragraph 25). However, the Court has also noted that such deference should follow from an

[29] En ce qui concerne l'approche que la SAR doit adopter à l'égard de la décision de la SPR, la jurisprudence a toujours établi que la SAR devait remplir sa fonction d'appel : *Huruglica*, au paragraphe 54. En ce qui a trait aux questions de crédibilité, bien qu'il y ait quelques nuances, la jurisprudence a établi que la SAR pouvait s'en remettre à la SPR dans le cas où la SPR avait entendu directement les témoins, avait eu la possibilité de les interroger sur leur témoignage ou avait bénéficié d'un avantage dont était privée la SAR (voir, par exemple, *Huruglica*, au paragraphe 55; *Nahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1208, au paragraphe 25). Toutefois, la Cour a également fait

independent assessment of the evidence, given that the RAD is performing an appellate function (see, for example, *Khachatourian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 182 (*Khachatourian*), at paragraph 31; *Balde v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 624, 35 Imm. L.R. (4th) 161, at paragraph 23).

[30] With respect to the Court's review of the RAD's decision, the applicant argues that the RAD applied the wrong legal test for both state protection and compelling reasons.

[31] There is a distinction between whether the correct legal test was applied, which is reviewed on the standard of correctness, and for which no deference is owed, and whether the decision maker applied the correct test to the particular facts, which is a question of mixed fact and law reviewed on the reasonableness standard, and for which deference is owed.

[32] The RAD's state protection and compelling reasons analyses, which involve the application of the law to the facts, and the RAD's decision regarding the RPD's credibility findings are reviewed on the standard of reasonableness.

[33] The reasonableness standard focuses on "the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" and considers "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 (*Dunsmuir*), at paragraph 47). The Court will not re-weigh the evidence or re-make the decision.

VI. The RAD did not err in finding that the RPD had considered and applied the Gender Guidelines

[34] The applicant acknowledges that the RPD offered procedural protections to her in accordance with the

remarquer que cette déférence devait découler d'une évaluation indépendante de la preuve, étant donné que la SAR remplit une fonction d'appel (voir, par exemple, *Khachatourian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 182 (*Khachatourian*), au paragraphe 31; *Balde c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 624, au paragraphe 23).

[30] En ce qui concerne l'examen par la Cour de la décision de la SAR, la demanderesse fait valoir que la SAR a appliqué le mauvais critère juridique pour la protection de l'État et les raisons impérieuses.

[31] Il convient de faire la distinction entre la question de savoir si le critère juridique approprié a été appliqué, lequel est examiné selon la norme de la décision correcte, et qui n'appelle aucune retenue particulière, et la question de savoir si le décideur a appliqué le bon critère aux faits particuliers, ce qui constitue une question mixte de faits et de droit examinée selon la norme du caractère raisonnable, et qui appelle une retenue particulière.

[32] L'analyse faite par la SAR de la protection de l'État et des raisons impérieuses, qui implique l'application de la loi aux faits, et la décision de la SAR en ce qui concerne les conclusions de la SPR en matière de crédibilité sont examinées selon la norme de la décision raisonnable.

[33] La norme de la décision porte sur « l'existence d'une justification, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel » ainsi que sur « 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 (*Dunsmuir*), au paragraphe 47). La Cour ne réévaluera pas les preuves et ne changera pas la décision.

VI. La SAR n'a pas commis d'erreur en concluant que la SPR avait examiné et appliqué les directives concernant la persécution fondée sur le sexe

[34] La demanderesse reconnaît que la SPR lui a offert des garanties procédurales conformément aux directives,

Guidelines, but argues that the RAD did not go far enough in its independent assessment of the evidence, including the psychological report, to determine whether the RPD had considered the applicant's evidence through the lens of a victim of domestic violence. Similarly, the applicant argues that the RAD did not adequately apply the Guidelines in assessing the content of her testimony.

[35] I do not agree. It is apparent that the RAD assessed the evidence, including reviewing the audio recording of the RPD hearing, to conclude that the RPD had applied the Guidelines and was sensitive to the applicant's needs as a victim of domestic violence. The RAD did not ignore or misapply the Guidelines in its assessment of the applicant's evidence or the psychologist's report.

[36] The Guidelines are not the law but, as the name implies, are intended to guide the decision maker. In *Diallo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1450, 259 F.T.R. 273 (*Diallo*), at paragraphs 32 and 33, Justice Mactavish noted that the Guidelines alert the decision maker "to the effect that social, cultural, traditional and religious norms can have on the testimony of those claiming to fear gender-based persecution."

[37] In *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574, at paragraphs 5–7, Justice Pinard referred to the principles that the Guidelines are not intended to serve as a "cure" for deficiencies in the applicant's claim or evidence; cannot be treated as corroborating any evidence of gender-based persecution; do not create new grounds to find persecution; and, do not need to be specifically mentioned when they are considered.

[38] The Guidelines encourage the decision maker to consider the applicant's testimony in accordance with her circumstances as a domestic abuse victim in a society that differs from Canada. They do not cure the

mais fait valoir que la SAR n'est pas allée assez loin dans son évaluation indépendante de la preuve, y compris le rapport psychologique, pour déterminer si la SPR avait examiné la preuve de la demanderesse du point de vue d'une victime de violence familiale. Dans le même ordre d'idées, la demanderesse soutient que la SAR n'a pas appliqué correctement les directives pour évaluer le contenu de son témoignage.

[35] Je ne suis pas de cet avis. Il est évident que la SAR a évalué la preuve, y compris l'examen de l'enregistrement audio de l'audience devant la SPR, pour parvenir à la conclusion que la SPR avait appliqué les directives et avait été sensible aux besoins de la demanderesse en tant que victime de violence familiale. La SAR n'a pas ignoré ou appliqué de façon erronée les directives dans son évaluation de la preuve de la demanderesse ou du rapport de la psychologue.

[36] Les directives n'ont pas force de loi, mais comme le sous-entend leur nom, elles ont pour objet d'indiquer au décideur la direction à suivre. Dans la décision *Diallo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1450 (*Diallo*), aux paragraphes 32 et 33, la juge Mactavish a souligné que les lignes directrices sensibilisaient le décideur « à l'effet que peuvent avoir les normes sociales, culturelles, traditionnelles et religieuses sur le témoignage de ceux qui prétendent craindre d'être persécutés du fait de leur sexe ».

[37] Dans la décision *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574, aux paragraphes 5 à 7, le juge Pinard a évoqué les principes selon lesquels les directives ne sont pas conçues pour corriger toutes les lacunes que comportent la demande ou la preuve de la demanderesse; elles ne peuvent pas être traitées comme si elles corroboraient un quelconque élément de preuve étayant la thèse de la persécution fondée sur le sexe; ne créent pas de nouveaux motifs permettant de conclure qu'une personne est victime de persécution; et n'ont pas besoin d'être explicitement mentionnées lorsqu'elles sont prises en compte.

[38] Les directives encouragent le décideur à examiner le témoignage de la demanderesse en tenant compte de sa situation en tant que victime de violence familiale dans une société qui diffère de celle du Canada. Elles ne

reasonable credibility findings, which include the applicant's claims of recent threats, and cannot buttress the state protection analysis.

[39] The RAD conducted its independent assessment of the evidence with the Guidelines in mind and reasonably found that the RPD applied the Guidelines.

VII. The RAD did not err in its assessment of the RPD's credibility findings

[40] The applicant argues that the RAD erred by not conducting a sufficiently independent assessment of the evidence and in confirming the RPD's credibility findings.

[41] The applicant also submits that neither the RPD nor the RAD made clear credibility findings regarding her account of persecution which is highly relevant to the establishment of compelling reasons.

[42] I find that the RAD followed the guidance of *Huruglica* and conducted an independent assessment of the evidence, including the evidence upon which the credibility findings were based. The RAD is entitled to defer to some or all of those findings and clearly indicated whether it did so.

[43] The RAD acknowledged that the RPD found that state protection was the determinative issue, although the RPD also found that the applicant was not a credible witness. The RAD reasonably found that this was not an error given that the credibility findings were made within the context of the state protection analysis, i.e., the abuse alleged by the applicant and her efforts to seek state protection and the evidence of recent threats. The RAD noted that credibility is always an issue and that this had been clearly stated at the outset of the RPD hearing.

corrigent pas les conclusions raisonnables en matière de crédibilité, qui comprennent les allégations de menaces récentes avancées par la demanderesse, et ne peuvent pas étayer l'analyse de la protection de l'État.

[39] La SAR a procédé à son évaluation indépendante de la preuve en gardant les directives à l'esprit et a raisonnablement conclu que la SPR avait appliqué les directives.

VII. La SAR n'a pas commis d'erreur dans son évaluation des conclusions de la SPR en matière de crédibilité

[40] La demanderesse fait valoir que la SAR a commis une erreur en ne procédant pas à une évaluation suffisamment indépendante de la preuve et en confirmant les conclusions de la SPR en matière de crédibilité.

[41] La demanderesse soutient également que ni la SPR ni la SAR n'ont tiré de conclusions claires en matière de crédibilité au sujet de son récit de persécution, qui était pourtant très pertinent pour l'établissement de raisons impérieuses.

[42] J'estime que la SAR a suivi les lignes directrices de la décision *Huruglica* et a procédé à une évaluation indépendante de la preuve, y compris les éléments de preuve sur lesquels se fondaient les conclusions en matière de crédibilité. La SAR a le droit de s'en remettre à une partie ou à la totalité de ces conclusions et elle a clairement indiqué si ce droit a été exercé.

[43] La SAR a reconnu que la SPR avait conclu que la protection de l'État était la question déterminante, bien que la SPR ait également constaté que la demanderesse n'était pas un témoin crédible. La SAR a raisonnablement conclu qu'il n'y avait pas eu d'erreur étant donné que les conclusions sur la crédibilité avaient été tirées dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État, à savoir les abus allégués par la demanderesse, les efforts déployés par celle-ci pour obtenir la protection de l'État et la preuve de menaces récentes. La SAR a souligné que la crédibilité était toujours un point litigieux et que cela avait été clairement indiqué au début de l'audience devant la SPR.

[44] The RAD considered all the plausibility and credibility findings made by the RPD. The RAD reasonably found that the implausibility finding relating to the lack of police action in Argentina was not an error, noting the inconsistency in the applicant's statements.

[45] With respect to the applicant's efforts to pursue permanent resident status in Canada, the RAD noted that it listened to the recording of the hearing which confirmed that the applicant was given ample opportunity to explain her delay and lack of action and that the RPD probed those explanations. The RAD reasonably concluded, based on its assessment, that her explanations did not make sense.

[46] Based on its own assessment of the evidence, the RAD confirmed the RPD's finding that the events recounted in the letters from the applicant's sisters, alleging recent threats from Juan, did not occur, as the letters were contradictory and lacked specific details. The applicant's submission that these credibility findings should not be attributed to her overlooks that the letters were submitted to support her assertion that Juan continues to threaten her. The letters did not do so. The RAD's findings are reasonable.

[47] It cannot be said that the RAD simply deferred to the RPD's credibility findings. For example, the RAD did not defer to the RPD's findings regarding a letter from a friend suggesting that Juan planned revenge. In addition, despite the RAD's deference to the RPD's findings about the applicant's attempts to engage the police in Argentina, the RAD found that the applicant would have been a Convention refugee at that time because state protection was not sufficient.

[44] La SAR a examiné toutes les conclusions tirées par la SPR en matière de vraisemblance et de crédibilité. La SAR a raisonnablement conclu que la conclusion d'in vraisemblance à propos de l'absence d'intervention policière en Argentine ne constituait pas une erreur et a relevé l'incohérence dans les déclarations de la demanderesse.

[45] En ce qui concerne les efforts déployés par la demanderesse pour obtenir le statut de résident permanent au Canada, la SAR a fait remarquer qu'elle avait écouté l'enregistrement de l'audience, lequel avait confirmé que la demanderesse avait eu amplement l'occasion d'expliquer son retard et son inaction et que la SPR avait examiné ces explications. La SAR a raisonnablement conclu, en s'appuyant sur son évaluation, que ses explications n'avaient pas de sens.

[46] Sur la base de sa propre évaluation de la preuve, la SAR a confirmé la conclusion de la SPR selon laquelle les événements relatés dans les lettres des sœurs de la demanderesse, faisant état de menaces récentes de la part de Juan, n'ont pas eu lieu, étant donné que les lettres étaient contradictoires et ne renfermaient pas de détails particuliers. L'argument de la demanderesse selon lequel ces conclusions en matière de crédibilité ne devraient pas lui être attribuées ne tient pas compte du fait que les lettres ont été présentées à l'appui de son affirmation voulant que Juan continue de la menacer. Les lettres n'ont pas permis d'étayer son affirmation. Les conclusions de la SAR sont raisonnables.

[47] On ne saurait prétendre que la SAR s'est contentée d'accepter les conclusions de la SPR en matière de crédibilité. Par exemple, la SAR n'a pas fait preuve de déférence à l'égard des conclusions de la SPR au sujet d'une lettre d'un ami qui suggérait que Juan prévoyait se venger. En outre, malgré la déférence de la SAR à l'égard des conclusions de la SPR à propos des tentatives de la demanderesse de faire intervenir la police en Argentine, la SAR a conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention à cette époque compte tenu du fait que la protection de l'État était insuffisante.

VIII. The RAD did not err in its assessment of the psychologist's report

[48] The applicant submits that the RAD failed to properly consider the psychologist's report which is relevant to her account of the persecution she suffered, including the subjective trauma she would experience upon return to Argentina, and which, in turn, is relevant to the application of the compelling reasons exception.

[49] The applicant notes that the psychologist, Dr. Browne, stated that her PTSD resulted from the stressors associated with domestic violence. She argues that because neither the RAD nor the RPD made explicit negative credibility findings regarding her testimony, there is no reason to doubt Dr. Browne's conclusions. The applicant also notes that Dr. Browne stated that she did not exaggerate and, therefore, there is no reason for the RAD to give this report little weight.

[50] The applicant argues that the RAD erred by relying on *Czesak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1149 (*Czesak*), which the applicant characterizes as an outlier in the jurisprudence, for the proposition that expert evidence should be accorded little weight by administrative tribunals. If the RAD had concerns about the report it could have exercised its powers under the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, to question the psychologist.

[51] The applicant also submits that the RAD erred in deferring to the RPD's finding that there could have been other causes for her depression because such a finding goes beyond the knowledge of the RPD and the RPD does not enjoy any particular advantage in making this determination.

[52] I do not agree that the RAD erred in its treatment of the psychologist's report.

VIII. La SAR n'a pas commis d'erreur dans son évaluation du rapport de la psychologue

[48] La demanderesse soutient que la SAR n'a pas correctement examiné le rapport de la psychologue à l'appui de son récit au sujet des persécutions qu'elle a subies, y compris le traumatisme subjectif qu'elle subirait à son retour en Argentine, et qui, à son tour, est utile pour l'application de l'exception relative aux raisons impérieuses.

[49] La demanderesse rappelle que la psychologue, la D^{re} Browne, a déclaré que le stress posttraumatique dont elle souffrait résultait des facteurs de stress liés à la violence familiale. Selon elle, étant donné que ni la SPR ni la SAR n'ont tiré explicitement de conclusions négatives quant à la crédibilité de son témoignage, il n'y a aucune raison de douter les conclusions de la D^{re} Browne. La demanderesse souligne également que la D^{re} Browne a précisé qu'elle n'avait pas exagéré et que, par conséquent, il n'y a aucune raison pour que la SAR accorde peu de poids à ce rapport.

[50] La demanderesse fait valoir que la SAR a commis une erreur en se fondant sur la décision *Czesak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1149 (*Czesak*), que la demanderesse qualifie d'aberration dans la jurisprudence, en ce qui concerne la proposition selon laquelle la preuve d'expert devrait se voir accorder peu de poids par les tribunaux administratifs. Si la SAR avait des préoccupations au sujet du rapport, elle aurait pu exercer ses pouvoirs en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, à savoir interroger la psychologue.

[51] La demanderesse soutient également que la SAR a commis une erreur en s'en remettant à la conclusion de la SPR selon laquelle il aurait pu y avoir d'autres causes à sa dépression du fait que ce constat dépasse les connaissances de la SPR et que la SPR ne bénéficie d'aucun avantage particulier dans cette décision.

[52] Je ne suis pas d'accord pour dire que la SAR a commis une erreur dans sa façon de traiter le rapport de la psychologue.

[53] Contrary to the applicant's submission, the RPD and RAD did not accept that the applicant's allegations of persecution were completely credible. The RAD found that it was open to the RPD to "cast aspersions" on the credibility of the applicant. However, unlike the RPD, the RAD found that the applicant would have been a Convention refugee in the past.

[54] Dr. Browne's report states that the applicant was referred for psychological screening to assess her psychological functioning and to assist her claim for refugee protection. Dr. Browne clearly notes that the events were recounted to her by the applicant. Dr. Browne describes the results of four tests administered to the applicant noting that: the applicant's scores on these tests were consistent with severe anxiety, severe depression and a severe level of post-traumatic distress; and, the results did not indicate signs of symptom exaggeration. Dr. Browne concludes that the applicant "presents with Post Traumatic Stress Disorder ... resulting from the stressors associated with years of domestic violence and the lack of confidence concerning her future prospects".

[55] The RAD noted that the RPD did not dispute the diagnosis, but could not conclude that the applicant's depression was the result of persecution in Argentina. Although the applicant takes issue with the RAD's deference to the RPD, the RAD's comments must be read in the context of its consideration of Dr. Browne's report. In addition, the RAD's deference to the RPD is not the basis of its finding that "there is no persuasive evidence that the doctor is in any position to state categorically that the claimant before it is a victim of domestic abuse" [at paragraph 40]. That finding is based on the RAD's own assessment of the evidence, its deference to the RPD's credibility findings, and its understanding of the jurisprudence.

[53] Contrairement à l'argument de la demanderesse, la SPR et la SAR n'ont pas admis que les allégations de persécution de la demanderesse étaient complètement crédibles. La SAR a conclu que la SPR était libre de jeter le doute sur la crédibilité de la demanderesse. Cependant, contrairement à la SPR, la SAR a conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé.

[54] Le rapport de la D^{re} Browne affirme que la demanderesse avait été référée pour obtenir une évaluation psychologique en vue d'évaluer son fonctionnement psychologique et d'appuyer sa demande d'asile. La D^{re} Browne note clairement que les événements lui ont été relatés par la demanderesse. La D^{re} Browne décrit les résultats des quatre tests qu'elle a fait passer à la demanderesse en notant ce qui suit : les résultats de la demanderesse à ces tests étaient compatibles avec une anxiété sévère, une grave dépression et un niveau sévère de détresse posttraumatique; et les résultats ne révèlent aucun signe d'exagération des symptômes. La D^{re} Browne conclut en disant que la demanderesse [TRADUCTION] « présente un état de stress posttraumatique [...] résultant de facteurs de stress associés à des années de violence familiale et au manque de confiance en ce qui concerne ses perspectives d'avenir ».

[55] La SAR a fait remarquer que la SPR n'avait pas contesté le diagnostic, mais qu'elle ne pouvait pas conclure que la dépression de la demanderesse avait été causée par la persécution subie en Argentine. Bien que la demanderesse conteste la retenue exercée par la SAR à l'égard de la SPR, les commentaires de la SAR doivent être interprétés dans le contexte de l'examen du rapport de la D^{re} Browne. De plus, la retenue exercée par la SAR à l'égard de la SPR ne constitue pas le fondement de la conclusion selon laquelle « il n'y a pas d'éléments de preuve convaincants que le [médecin] est en mesure d'affirmer catégoriquement que la demandeuse d'asile est victime de violence conjugale » [au paragraphe 40]. Cette conclusion s'appuie sur l'évaluation de la preuve effectuée par la SAR, sur la déférence témoignée par cette dernière à l'égard des conclusions de la SPR en matière de crédibilité et sur sa compréhension de la jurisprudence.

[56] Although the applicant submits that the RAD erred in relying on *Czesak* to find that the psychologist's report is not persuasive evidence that the applicant is a victim of domestic abuse, this mischaracterizes both the RAD's findings and the decision in *Czesak*.

[57] Other jurisprudence has also cautioned that the recounting of events to a psychologist or a psychiatrist does not make these events more credible and that an expert report cannot confirm allegations of abuse. For example, the RAD referred to *Rokni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 182 (T.D.) (QL), and *Danailov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 1019 (T.D.) (QL), which note that opinion evidence is only as valid as the truth of the facts upon which it is based. The same caution was noted by Justice Phelan in *Saha v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 304, at paragraph 16: "It is within the RPD's mandate to discount psychological evidence when the doctor merely regurgitates what the patient says are the reasons for his stress and then reaches a medical conclusion that the patient suffers stress because of those reasons."

[58] In *Molefe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 317, Justice Mosley addressed the applicant's argument that her psychological report had not been considered by the RPD in evaluating her testimony. Justice Mosley endorsed the comments of Justice Annis in *Czesak*, noting (at paragraph 31):

Expert opinion reports should not be given exalted status in administrative proceedings simply because they are prepared by a licensed professional. That is particularly true, when as here, the report is not relevant to the Board's key credibility findings and determination on state protection. In *Czesak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1149 at paras 37-40, Justice Annis warned of the dangers posed by expert reports submitted to administrative tribunals.

[56] Bien que la demanderesse soutienne que la SAR a commis une erreur en se fondant sur la décision *Czesak* pour conclure que le rapport de la psychologue ne constitue pas une preuve convaincante que la demanderesse est une victime de violence familiale, cela dénature les conclusions de la SAR et la décision *Czesak*.

[57] D'autres décisions ont également averti que le récit d'événements qui est fait à un psychologue ou à un psychiatre ne rend pas ces événements plus crédibles et qu'un rapport d'expert ne peut pas confirmer les allégations de mauvais traitements. Ainsi, la SAR a évoqué la décision *Rokni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 182 (1^{re} inst.) (QL), et la décision *Danailov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 1019 (1^{re} inst.) (QL), qui font remarquer que le témoignage d'opinion n'est valide que dans la mesure où les faits sur lesquels il repose sont vrais. La même mise en garde a été formulée par le juge Phelan dans la décision *Saha c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 304, au paragraphe 16 : « La SPR a le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve psychologique lorsque le docteur ne fait que reprendre ce que le patient lui a dit quant aux motifs expliquant son stress, et qu'il en tire ensuite une conclusion médicale selon laquelle le patient souffre de stress en raison de ces motifs. »

[58] Dans la décision *Molefe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 317, le juge Mosley a examiné l'argument de la demanderesse selon lequel son rapport psychologique n'avait pas été pris en considération par la SPR dans l'évaluation de son témoignage. Le juge Mosley a approuvé les commentaires du juge Annis dans la décision *Czesak* en faisant remarquer ce qui suit (au paragraphe 31) :

Dans le cadre de procédures administratives, il ne faut pas accorder un statut supérieur aux rapports présentant l'avis d'experts uniquement parce qu'ils ont été préparés par un professionnel agréé. Cela est particulièrement vrai quand, comme c'est le cas en l'espèce, le rapport n'est pas pertinent en ce qui a trait aux conclusions principales de la Commission relatives à la crédibilité et à la protection de l'État. Dans la décision *Czesak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1149, aux paragraphes 37 à 40, le juge Annis a formulé une mise en

Moreover, I am of the view that decision-makers should be wary of reliance upon forensic expert evidence obtained for the purpose of litigation, unless it is subject to some form of validation. This remark would apply to the report of Dr. Koczorowska which went as far as to advocate on the applicant's behalf in the guise of an opinion on the very issue before the panel.

Our legal system has a long experience in dealing with forensic experts testifying on matters relating to technical evidence for the purpose of assisting courts in their determinations. From that experience, the courts have developed what I would describe as a guarded and cautionary view on conclusions of forensic experts which have not undergone a rigorous validation process under court procedures.

...

This is not to say that every expert report prepared for litigation should be dismissed as having no, or little, weight. But what the court's experience with forensic experts does suggest in relation to these reports being proffered before administrative tribunals where there exists no defined procedure to allow for their validation, is that caution should be exercised in accepting them at face value, particularly when they propose to settle important issues to be decided by the tribunal. In my view therefore, unless there is some means to corroborate either the neutrality or lack of self-interest of the expert in relation to the litigation process, they generally should be accorded little weight. [Emphasis added by Mosley J.]

[59] As noted above, the applicant pointed to excerpts of *Czesak*, but the relevant passages reveal that Justice Annis' concern focused on psychological reports that advocate in the guise of an opinion and "propose to settle important issues to be decided by the tribunal." Justice Annis found that in such cases, without some way to probe the opinion, little weight should be attached to it.

[60] In the present case, Dr. Browne did not go so far as to advocate that the applicant should be found to be

garde en ce qui concerne les dangers que posent les rapports d'experts présentés aux tribunaux administratifs.

De plus, j'estime que les décideurs ne devraient se fier qu'avec prudence aux éléments de preuve des experts judiciaires obtenus aux fins du litige, sauf s'ils font l'objet d'une certaine forme de validation. Cette remarque vise le rapport de la D^{re} Koczorowska, qui est allée jusqu'à intervenir en la faveur de la demanderesse en formulant un avis sur la question précisément débattue devant le tribunal.

Notre système juridique a une longue expérience des relations avec les experts judiciaires qui témoignent sur des questions relatives à des éléments de preuve techniques pour aider les tribunaux à rendre leurs décisions. Forts de cette expérience, les tribunaux ont, me semble-t-il, appris à jauger avec prudence et circonspection les conclusions des experts judiciaires qui n'ont pas fait l'objet d'un processus de validation rigoureux dans le cadre de procédures judiciaires.

[...]

Il ne s'ensuit pas que tout rapport d'expert rédigé aux fins du litige doive être rejeté au motif qu'il n'aurait pas beaucoup de poids, sinon aucun. Ce que la Cour a plutôt retenu de son expérience avec les experts judiciaires, relativement à la production de rapports devant des tribunaux administratifs en l'absence de procédure de validation définie, est la nécessité d'exercer une grande prudence avant d'accepter les rapports sans réserve, particulièrement lorsqu'ils seraient de nature à trancher des questions importantes en litige devant la Cour. Par conséquent, selon moi, à moins qu'il ne soit possible de garantir la neutralité ou l'absence d'intérêt personnel de l'expert dans le cadre du litige, il convient généralement de leur accorder peu de poids. [Soulignement ajouté par le juge Mosley.]

[59] Comme précité, la demanderesse s'est appuyée sur des extraits de la décision *Czesak*, mais les passages pertinents révèlent que la préoccupation du juge Annis portait sur les rapports psychologiques qui interviennent en la faveur d'un demandeur en formulant un avis et « sont de nature à trancher des questions importantes en litige devant la Cour ». Le juge Annis a constaté que dans de tels cas, lorsqu'il n'était pas possible de sonder l'avis, peu de poids devait lui être accordé.

[60] En l'espèce, la D^{re} Browne n'est pas allée jusqu'à recommander qu'on reconnaisse à la demanderesse le

a Convention refugee or person in need of protection. Dr. Browne conducted a series of tests to reach the diagnosis of PTSD. That diagnosis is not in dispute. However, the applicant seeks to rely on the events reported to Dr. Browne and Dr. Browne's reference to the "stressors caused by domestic abuse" as evidence of the nature of the abuse she experienced in Argentina or as corroboration of her allegations.

[61] The RAD did not err in finding, based on its assessment of the evidence, that the RPD had considered Dr. Browne's report, did not dispute the diagnosis of PTSD but could not conclude that this was the result of the alleged persecution. Moreover, Dr. Browne's report did not and could not address the credibility issues regarding the recent threats or the state protection issues, which the RPD had found to be determinative.

[62] The RAD also made its own findings. Contrary to the applicant's argument, the RAD did not state that it attached little weight to the report. Rather, the RAD considered the report and found that it did not overcome the credibility concerns noted by the RPD nor did it support that the cause of the applicant's PTSD was the alleged abuse by Juan.

[63] With respect to the applicant's submission that the RAD displaced the role of the expert, it must be recalled that Dr. Browne's role was to assess the applicant's psychological functioning, an assessment which the RAD accepted.

[64] The RAD did not err in referring to *Czesak*, which reiterates and elaborates on the caution noted in other jurisprudence. Moreover, the RAD did not base its assessment of Dr. Browne's report on *Czesak*. The RAD considered the appropriate weight to attach to it and it is not the role of the Court to re-weigh the evidence.

statut de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger. La D^{re} Browne a procédé à une série de tests pour pouvoir établir le diagnostic de trouble de stress posttraumatique. Le diagnostic n'est pas contesté. Toutefois, la demanderesse tente de s'appuyer sur les événements rapportés à la D^{re} Browne et sur les « facteurs de stress causés par la violence familiale » mentionnés par la D^{re} Browne en tant qu'éléments de preuve de la nature des abus qu'elle a subis en Argentine ou en tant qu'éléments corroborant ses allégations.

[61] La SAR n'a pas commis d'erreur en concluant, en fonction de son appréciation de la preuve, que la SPR avait examiné le rapport de la D^{re} Browne, n'avait pas contesté le diagnostic de trouble de stress posttraumatique, mais qu'elle ne pouvait pas conclure que cela était dû à la persécution alléguée. En outre, le rapport de la D^{re} Browne n'a pas abordé et ne pouvait pas aborder les questions de crédibilité en ce qui concerne les menaces récentes ou la question de la protection de l'État, questions que la SPR a jugées déterminantes.

[62] La SAR a également tiré ses propres conclusions. Contrairement à l'argument de la demanderesse, la SAR n'a pas indiqué avoir accordé peu de poids au rapport. Au contraire, la SAR a examiné le rapport et a conclu qu'il ne surmontait pas les problèmes de crédibilité soulignés par la SPR et qu'il ne soutenait pas non plus que les abus qu'aurait commis Juan étaient la cause du trouble de stress posttraumatique de la demanderesse.

[63] En ce qui concerne l'argument de la demanderesse selon lequel la SAR avait supplanté le rôle de l'experte, il convient de rappeler que le rôle de la D^{re} Browne consistait à évaluer le fonctionnement psychologique de la demanderesse, évaluation que la SAR a acceptée.

[64] La SAR n'a pas commis d'erreur en invoquant la décision *Czesak*, qui réitère et développe la mise en garde soulignée dans d'autres décisions. De plus, la SAR ne s'est pas appuyée sur la décision *Czesak* pour effectuer son évaluation du rapport de la D^{re} Browne. La SAR s'est penchée sur le poids à lui donner et le rôle de la Cour n'est pas de réévaluer les éléments de preuve.

[65] Although the applicant points to the conclusions of the test that indicated that she did not exaggerate, that test referred to exaggeration of her symptoms and not of her account of persecution.

[66] Dr. Browne's report was also taken into account by the RAD in the context of its consideration of the compelling reasons exception, but as noted below, psychological after-effects do not automatically lead to the application of the compelling reasons exception.

[67] The applicant's submission that the RAD could have relied on its powers under the *Inquiries Act* to probe Dr. Browne's report does not respond to the issue noted by the RAD and in the jurisprudence that recounting events of abuse to an expert does not buttress the account of the abuse. Dr. Browne, even if summoned to appear before the RAD, could only address the tests she administered, the results and the diagnosis, none of which are in dispute.

IX. The RAD did not err in its state protection analysis

[68] The applicant argues that the RAD erred in its findings with respect to the RPD's forward looking state protection findings. In addition, the applicant argues that the RAD applied the wrong test for state protection by failing to acknowledge that state protection must be adequate at the operational level and by relying on the fact that Argentina is a democracy, which does not necessarily mean that state protection is available.

[69] The applicant adds that the RAD erred by relying on *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 188 (*Mudrak*), which she submits is inconsistent with other jurisprudence, is contrary to the UNHCR [United Nations High Commissioner for Refugees] principles and is currently under appeal. In *Mudrak*, the

[65] Bien que la demanderesse évoque les conclusions du test selon lesquelles elle n'avait pas exagéré, il était question de l'exagération de ses symptômes et non pas de son récit de persécution.

[66] Le rapport de la D^{re} Browne a également été pris en compte par la SAR dans le cadre de l'examen de l'exception relative aux raisons impérieuses, mais comme il est indiqué ci-dessous, les séquelles psychologiques ne conduisent pas automatiquement à l'application de l'exception relative aux raisons impérieuses.

[67] L'argument de la demanderesse selon lequel la SAR aurait pu exercer ses pouvoirs conférés par la *Loi sur les enquêtes* pour sonder le rapport de la D^{re} Browne ne répond pas à la question soulignée par la SAR et la jurisprudence, à savoir que le fait de relater des abus à un expert n'étaye pas le récit des abus. La D^{re} Browne, même si elle avait été citée à comparaître devant la SAR, n'aurait pu parler que des tests qu'elle a fait passer, des résultats et du diagnostic, aucun de ces éléments n'étant contesté.

IX. La SAR n'a pas commis d'erreur dans son analyse de la protection de l'État

[68] La demanderesse fait valoir que la SAR a commis une erreur dans ses conclusions relativement aux conclusions prospectives de la SPR en matière de protection de l'État. En outre, la demanderesse soutient que la SAR a appliqué le mauvais critère pour la protection de l'État en ne reconnaissant pas que la protection de l'État doit être suffisante au niveau opérationnel et en invoquant le fait que l'Argentine est une démocratie, ce qui ne signifie pas nécessairement que la protection de l'État est offerte.

[69] La demanderesse ajoute que la SAR a commis une erreur en se fondant sur la décision *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 188 (*Mudrak*), qui, selon elle, va à l'encontre d'autres décisions, est contraire aux principes du HCR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] et

Court found that governments should not be required to demonstrate operational adequacy.

[70] The applicant also argues that there should not be a heavy evidentiary burden on refugee claimants to establish a lack of state protection as this puts vulnerable claimants, particularly victims of gendered violence, at a disadvantage.

[71] I do not agree. Both the RPD and the RAD understood the principles governing state protection, applied the correct test, and reasonably found that state protection in Argentina is adequate, including at the operational level, although not perfect, and that the applicant had not met her onus to rebut the presumption of adequate state protection.

[72] These principles start from the premise that refugee protection is considered to be surrogate or substitute protection in the event of a failure of national protection (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at page 709). There is a presumption that a state is capable of protecting its citizens which is only rebutted by clear and convincing evidence that state protection is inadequate or non-existent; the evidence adduced must be “relevant, reliable and convincing evidence which satisfies the trier of fact on a balance of probabilities that the state protection is inadequate” (*Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, at paragraph 30).

[73] To be adequate, perfection is not the standard, but state protection must be effective to a certain degree and the state must be both willing and able to protect (*Bledy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 210, 97 Imm. L.R. (3d) 243, at paragraph 47). State protection must be adequate at the operational level (*Henguva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 483, 432 F.T.R. 191, at paragraph 18; *Meza Varela v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1364, at paragraph 16).

fait actuellement l’objet d’un appel. Dans la décision *Mudrak*, la Cour a estimé que les gouvernements ne devraient pas être tenus de démontrer l’efficacité concrète de ces mesures.

[70] La demanderesse fait également valoir que les demandeurs d’asile ne devraient pas avoir le lourd fardeau d’établir un manque de protection de l’État, car cela met les demandeurs vulnérables, en particulier les victimes de violence sexiste, dans une situation désavantageuse.

[71] Je ne suis pas de cet avis. La SPR et la SAR ont compris les principes qui régissent la protection de l’État, ont appliqué le bon critère, et raisonnablement constaté que la protection de l’État en Argentine est adéquate, y compris au niveau opérationnel, bien qu’elle ne soit pas parfaite, et que la demanderesse ne s’était pas acquittée de son fardeau de réfuter la présomption de protection adéquate de l’État.

[72] Ces principes partent du postulat que la protection des réfugiés est considérée comme une protection de substitution ou de remplacement en cas de défaillance de la protection nationale (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la page 709). La présomption selon laquelle un État est capable de protéger ses citoyens est seulement réfutée par une preuve claire et convaincante que la protection de l’État est insuffisante ou inexistante; il faut produire une preuve « pertinente, digne de foi et convaincante qui démontre au juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, que la protection accordée par l’État en question est insuffisante » (*Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, au paragraphe 30).

[73] Si la perfection n’est pas la norme, pour qu’elle soit adéquate, la protection de l’État doit présenter un certain niveau d’efficacité et l’État doit être à la fois disposé à offrir une protection et capable de le faire (*Bledy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 210, au paragraphe 47). La protection de l’État doit être suffisante au niveau opérationnel (*Henguva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 483, au paragraphe 18; *Meza Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1364, au paragraphe 16).

[74] As noted by the applicant, democracy alone does not ensure effective state protection; the quality of the institutions providing protection must be considered (*Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 646 (*Sow*), at paragraph 11).

[75] The onus on an applicant to seek state protection varies with the nature of the democracy and is commensurate with the state's ability and willingness to provide protection (*Sow*, at paragraph 10; *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.), at paragraph 5). However, an applicant cannot simply rely on their own belief that state protection will not be forthcoming (*Ruszo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1004, 440 F.T.R. 106, at paragraph 33).

[76] Contrary to the applicant's argument, the RAD and the RPD did not rely on the fact that Argentina is a democracy as a "proxy" for state protection, but thoroughly considered the country condition documents.

[77] The applicant has made no recent efforts to seek protection in Argentina because she has been in Canada for almost 30 years. The RPD and RAD could only consider the objective country condition evidence to determine whether her unwillingness or inability to engage state protection upon her return is justified.

[78] The RPD extensively analyzed the documentary evidence demonstrating action to address domestic violence at both legislatively and at the operational level. The RPD noted the criminal offences, including prohibitions on domestic violence and sexual violence, the Femicide Law and the penalties for gender-based violence. The RPD also noted the implementation of the Domestic Violence Office of the Supreme Court of Argentina, which offers an interdisciplinary approach, including the provision of services, referrals to shelters, risk assessments, protection orders and training for the police, and noted other services and organizations to assist victims. The RPD acknowledged that problems remained in responding to domestic and gender-based

[74] Comme l'a fait remarquer la demanderesse, la démocratie à elle seule n'est pas gage d'une protection efficace de l'État; il faut prendre en compte la qualité des institutions qui assurent la protection (*Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 646 (*Sow*), au paragraphe 11).

[75] Le fardeau qui incombe à un demandeur de demander la protection de l'État varie selon la nature de la démocratie et est proportionnel à la capacité et à la volonté de l'État d'assurer la protection (*Sow*, au paragraphe 10; *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL), au paragraphe 5). Toutefois, le demandeur ne peut pas simplement compter sur sa propre conviction que la protection de l'État ne sera pas offerte (*Ruszo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1004, au paragraphe 33).

[76] Contrairement à l'argument de la demanderesse, la SAR et la SPR n'ont pas évoqué le fait que l'Argentine est une démocratie comme substitut à la notion de protection de l'État, mais ont bien examiné les documents sur les conditions dans le pays.

[77] La demanderesse n'a pas fait d'efforts récents pour obtenir la protection en Argentine parce qu'elle est au Canada depuis près de 30 ans. La SPR et la SAR ne pouvaient examiner que les preuves objectives des conditions du pays pour déterminer si son refus ou son incapacité de demander la protection de l'État à son retour est justifié.

[78] La SPR a longuement analysé la preuve documentaire faisant état de mesures de lutte contre la violence familiale aux niveaux législatif et opérationnel. La SPR a pris note des infractions pénales, y compris l'interdiction de la violence familiale et de la violence sexuelle, la loi contre le féminicide et les sanctions en cas de violence fondée sur le sexe. La SPR a également pris note de la création du bureau des violences familiales de la Cour suprême de l'Argentine, qui offre une approche interdisciplinaire, y compris la prestation de services, l'aiguillage vers des refuges, des évaluations des risques, des ordonnances de protection et de la formation pour la police, et a relevé l'existence d'autres services et d'organisations d'aide aux victimes. La SPR

violence, including the lack of financial resources for victims and the need for attitudinal change.

[79] There was no new evidence presented to the RAD. The state protection analysis was based on its assessment of the same evidence on the record before the RPD. The RAD noted that the assessment was forward looking and did not err in finding that the RPD had conducted a thorough state protection analysis.

[80] The RAD referred to *Mudrak*, however, the RAD's finding that adequate state protection would be available was not based on the proposition in *Mudrak*. The RAD reasonably found, based on its review of the country condition documents and based on the well-established jurisprudence, that there was adequate state protection at the operational level. The RAD also confirmed the RPD's finding, based on the RPD's thorough analysis, which highlighted several specific operational measures for domestic violence victims, and found that the applicant would have adequate state protection if she were to return to Argentina, acknowledging that some obstacles remained, but perfection is not the standard.

[81] Although the onus on the applicant to rebut the presumption of state protection varies with the level of democracy, including the quality of the institutions providing protection, the applicant did not point to any country condition evidence which the RAD or RPD ignored or misunderstood or which contradicted their findings that adequate, not perfect, state protection would be available to the applicant. The onus is not reduced because the applicant is a victim of domestic violence. The nature of the applicant's allegations and whether protection would be available to her as a victim of domestic violence were considered in the context of the state protection analysis.

[82] The RAD acknowledged that the RPD did not say why the applicant had not rebutted the presumption of

a reconnu que des problèmes subsistent dans la riposte à la violence familiale et à la violence fondée sur le sexe, y compris le manque de ressources financières pour les victimes et la nécessité d'un changement d'attitude.

[79] Aucune nouvelle preuve n'a été présentée à la SAR. L'analyse de la protection de l'État reposait sur son appréciation de la même preuve que celle au dossier présenté à la SPR. La SAR a fait remarquer que l'évaluation était prospective et qu'elle n'avait pas commis d'erreur en concluant que la SPR avait procédé à une analyse en profondeur de la protection de l'État.

[80] Bien que la SAR se soit appuyée sur la décision *Mudrak*, la conclusion de la SAR selon laquelle la protection de l'État aurait été offerte ne reposait pas sur l'argument de la décision *Mudrak*. La SAR a raisonnablement conclu, après avoir examiné les documents sur les conditions du pays et la jurisprudence bien établie, que la protection de l'État était suffisante au niveau opérationnel. La SAR a également confirmé la conclusion de la SPR, fondée sur l'analyse approfondie effectuée par la SPR, qui a mis en évidence plusieurs mesures opérationnelles spécifiques pour les victimes de violence familiale, et a conclu que la demanderesse bénéficierait d'une protection suffisante de l'État si elle devait retourner en Argentine, en reconnaissant que certains obstacles subsistent, mais que la perfection n'est pas la norme.

[81] Bien que le fardeau qui incombe à la demanderesse de réfuter la présomption de protection de l'État varie avec le niveau de démocratie, y compris la qualité des institutions assurant la protection, la demanderesse n'a signalé aucune preuve des conditions du pays que la SAR ou la SPR a ignorée ou mal comprise ou qui contredisait leurs conclusions que la demanderesse bénéficierait d'une protection suffisante, mais pas parfaite, de l'État. Le fait que la demanderesse est victime de violence familiale ne réduit pas le fardeau de la preuve. La nature des allégations de la demanderesse et la question de savoir si une protection lui serait offerte en tant que victime de violence familiale ont été examinées dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État.

[82] La SAR a reconnu que la SPR n'avait pas dit pourquoi la demanderesse n'avait pas réfuté la

state protection before 1988 while in Argentina, but found that this could be inferred from the credibility findings. Contrary to the applicant's arguments, this is not a reviewable error or an improper inference by the RAD. As noted above, the RAD did not even agree with this finding and found that the applicant would have been a Convention refugee at that time.

[83] The RAD agreed with the RPD that state protection would be available to the applicant based on a forward looking assessment. This finding has nothing to do with inferences about why she had not rebutted the presumption in the past.

X. Did the RAD err in applying the wrong test for compelling reasons and in not finding that compelling reasons were established?

The Applicant's Submissions

[84] The applicant raises four arguments.

[85] First, the applicant argues that the RAD fettered its discretion by finding that her past persecution in Argentina was not appalling and atrocious and did not go on to consider whether compelling reasons existed to justify the exception. In other words, the RAD took the approach that atrocious and appalling persecution was a condition precedent to considering whether the applicant had established that there were compelling reasons.

[86] Second, or alternatively, the applicant argues that the RAD failed to analyze the jurisprudence, which reveals two different approaches to the determination of the compelling reasons exception. The applicant argues that the RAD applied the "wrong" test; it erred in law by requiring appalling and atrocious past persecution as the threshold to find that an applicant has established compelling reasons.

présomption de protection de l'État avant 1988 tandis qu'elle se trouvait en Argentine, mais a conclu que cette déduction pourrait être tirée des conclusions sur la crédibilité. Contrairement aux arguments de la demanderesse, il ne s'agit pas d'une erreur susceptible de révision ou d'une conclusion inadmissible de la part de la SAR. Comme il est indiqué plus haut, la SAR n'était même pas d'accord avec cette conclusion et a conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée à cette époque.

[83] La SAR était d'accord avec la SPR pour dire que selon l'évaluation prospective, la demanderesse bénéficierait d'une protection de l'État. Cette constatation n'a rien à voir avec les conclusions quant à la raison pour laquelle elle n'a pas réfuté la présomption par le passé.

X. La SAR a-t-elle commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour les raisons impérieuses et en concluant qu'il n'y avait pas de raisons impérieuses?

Les arguments de la demanderesse

[84] La demanderesse a fait valoir quatre arguments.

[85] Premièrement, la demanderesse fait valoir que la SAR a restreint son pouvoir discrétionnaire en concluant que la persécution qu'elle avait subie en Argentine n'était pas épouvantable et atroce et qu'elle n'a pas déterminé si des raisons impérieuses justifiaient l'exception. En d'autres termes, la SAR a retenu l'approche selon laquelle les persécutions atroces et épouvantables constituaient une condition qui devait être remplie avant de déterminer si la demanderesse avait prouvé l'existence de raisons impérieuses.

[86] Deuxièmement, ou à titre subsidiaire, la demanderesse soutient que la SAR n'a pas analysé la jurisprudence, qui révèle deux approches différentes pour la détermination de l'exception relative aux raisons impérieuses. La demanderesse affirme que la SAR a appliqué le « mauvais » critère; elle a commis une erreur de droit en exigeant que la persécution soit épouvantable et atroce pour pouvoir conclure que la demanderesse avait démontré des raisons impérieuses.

[87] The applicant argues that the focus in the subsection 108(4) analysis should be on the words “compelling reasons”, which are not limited to atrocious and appalling persecution. The applicant submits that the RAD specifically found that she did not meet the “high threshold” required to apply the compelling reasons exception, which was based on the RAD’s erroneous view that this high threshold requires appalling and atrocious past persecution.

[88] The applicant submits that the jurisprudence suggesting that the persecution must be atrocious and appalling, which is derived from *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.) (*Obstoj*), should be rejected because this interpretation goes beyond the clear words of subsection 108(4) and has been found to be an error.

[89] The applicant points to *Suleiman*, where the Court found that compelling reasons are not limited to appalling and atrocious past persecution and should be interpreted with reference to all the circumstances, including the subjective trauma that would be experienced by the applicant upon return to her country. In *Kotorri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1195, 279 F.T.R. 149 (*Kotorri*), Justice Beaudry adopted *Suleiman* and found that it was an error in law to elevate the threshold of persecution to atrocious and appalling.

[90] Third, the applicant argues that the RAD failed to adequately consider the nature of her past persecution, which the applicant argues was, in any event, atrocious and appalling, and the psychological impact and trauma she would experience if she were to return to Argentina.

[91] Fourth, the applicant argues that the RAD erred by failing to explain the factors it considered both for and against the application of the compelling reasons exception, noting that in *Adjibi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 525, 219

[87] La demanderesse soutient que dans l’analyse du paragraphe 108(4), l’accent devrait être mis sur l’expression « raisons impérieuses », qui ne se limite pas à la persécution atroce et épouvantable. La demanderesse soutient que la SAR a expressément conclu qu’elle ne satisfaisait pas à la « norme élevée » requise pour appliquer l’exception relative aux raisons impérieuses, conclusion qui s’appuyait sur l’opinion erronée de la SAR voulant que cette norme élevée exige une persécution épouvantable et atroce par le passé.

[88] La demanderesse soutient que la jurisprudence qui laisse entendre que la persécution doit être atroce et épouvantable, qui découle de la décision *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.) (*Obstoj*), devrait être rejetée étant donné que cette interprétation va plus loin que les termes clairs du paragraphe 108(4) et qu’elle a été jugée erronée.

[89] La demanderesse évoque la décision *Suleiman*, dans lequel la Cour a conclu que des raisons impérieuses ne se limitaient pas à la persécution épouvantable et atroce par le passé et devaient être interprétées en tenant compte de toutes les circonstances, y compris le traumatisme subjectif qui serait subi par le demandeur à son retour dans son pays. Dans la décision *Kotorri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1195 (*Kotorri*), le juge Beaudry a adopté la décision *Suleiman* et a conclu que le fait d’élever le niveau de persécution à celui d’atroce et d’épouvantable constituait une erreur.

[90] Troisièmement, la demanderesse affirme que la SAR n’a pas tenu compte de manière adéquate de la nature de la persécution qu’elle avait subie, que la demanderesse qualifie, en tout état de cause, d’atroce et d’épouvantable, et des répercussions psychologiques et du traumatisme qu’elle subirait si elle devait retourner en Argentine.

[91] Quatrièmement, la demanderesse fait valoir que la SAR a commis une erreur en omettant d’expliquer les facteurs qu’elle a pris en compte pour et contre l’application de l’exception relative aux raisons impérieuses, notant que dans la décision *Adjibi c. Canada (Ministre*

F.T.R. 54 (*Adjibi*), at paragraph 33, Justice Dawson found that this was required.

The Respondent's Submissions

[92] The respondent acknowledges that there are two lines of jurisprudence: one which is derived from *Obstoj* and focuses on past persecution of an atrocious and appalling nature and another which is derived from *Suleiman* and finds that compelling reasons include other circumstances, including the applicant's subjective trauma upon return, but still requires a high threshold.

[93] The respondent submits that the RAD considered all the jurisprudence and did not err in noting that the compelling reasons exception applies to a limited number of claimants and that the level of persecution is a factor.

[94] In its written argument, the respondent argued that the RAD reasonably found that the applicant's past persecution did not reach the appalling and atrocious level. The respondent clarified this argument in oral submissions and submits that the RAD did not find that only appalling and atrocious persecution would constitute compelling reasons, but reasonably found that the high threshold required had not been met, based on its consideration of all the evidence.

[95] The respondent also points to the jurisprudence that confirms that it is a reviewable error to fail to consider subsection 108(4) only where the past persecution is exceptionally severe and rises to the level of appalling or atrocious (*Alfaka Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1044, 378 F.T.R. 45 (*Alharazim*), at paragraphs 49 and 52).

The RAD did not err in interpreting the compelling reasons exception or in determining that compelling reasons had not been established

de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 525 (*Adjibi*), au paragraphe 33, la juge Dawson a conclu que cela était nécessaire.

Les arguments du défendeur

[92] Le défendeur reconnaît qu'il y a deux courants jurisprudentiels : celui qui découle de la décision *Obstoj* et se concentre sur la persécution passée de nature atroce et épouvantable et celui qui découle de la décision *Suleiman* et constate que des raisons impérieuses comprennent d'autres circonstances, y compris les traumatismes subjectifs du demandeur à son retour dans son pays, mais exige quand même un seuil élevé.

[93] Le défendeur soutient que la SAR a tenu compte de l'ensemble de la jurisprudence et n'a pas commis d'erreur en notant que l'exception relative aux raisons impérieuses s'applique à un nombre limité de demandeurs et que le degré de persécution constitue un facteur.

[94] Dans sa plaidoirie écrite, le défendeur a soutenu que la SAR avait raisonnablement constaté que la persécution subie par la demanderesse par le passé n'avait pas atteint le degré qualifié d'épouvantable et d'atroce. Le défendeur a précisé cet argument dans sa plaidoirie et soutient que la SAR n'a pas conclu que seule la persécution épouvantable et atroce constituerait des raisons impérieuses, mais a raisonnablement conclu que le seuil élevé n'avait pas été atteint à la suite de l'examen de toutes les preuves.

[95] Le défendeur mentionne également la jurisprudence qui confirme que le fait de ne pas tenir compte du paragraphe 108(4) constitue une erreur susceptible de révision uniquement lorsque la persécution passée est exceptionnellement sévère et atteint un degré qualifié d'épouvantable ou d'atroce (*Alfaka Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1044 (*Alharazim*), aux paragraphes 49 et 52).

La SAR n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des raisons impérieuses et dans sa conclusion selon laquelle l'existence de raisons impérieuses n'avait pas été établie

The RAD did not fetter its discretion

[96] In *Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244 (*Brovina*), Justice Layden-Stevenson found (at paragraph 5):

.... For the board to embark on a compelling reasons analysis, it must first find that there was a valid refugee (or protected person) claim and that the reasons for the claim have ceased to exist (due to changed country conditions). It is only then that the Board should consider whether the nature of the claimant's experiences in the former country were so appalling that he or she should not be expected to return and put himself or herself under the protection of that state.

[97] At paragraph 6, Justice Layden-Stevenson emphasized that: "In the absence of a finding of past persecution, subsection 108(4) has no application."

[98] In the present case, the RAD found that the applicant would have been a refugee in the past, but the reasons for refugee protection have ceased to exist because, among other reasons, state protection is now available and there is no credible evidence of an ongoing risk from Juan. The RAD then embarked on the compelling reasons analysis.

[99] The RAD did not fetter its discretion. The RAD did not regard the level of past persecution, or whether it was appalling and atrocious, as a condition precedent to undertaking the compelling reasons analysis. Once the RAD found that the applicant would have been a Convention refugee in the past, it readily embarked on its consideration of whether the compelling reasons exception should apply.

[100] The issue in the present case is whether the RAD correctly interpreted the compelling reasons exception, considered all the evidence and reached a reasonable decision that compelling reasons had not been established.

La SAR n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire

[96] Dans la décision *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635 (*Brovina*), la juge Layden-Stevenson a conclu ce qui suit (au paragraphe 5) :

[...] Pour que la Commission entreprenne une analyse des raisons impérieuses, elle doit d'abord conclure qu'il existait une demande valide du statut de réfugié (ou de personne à protéger) et que les motifs de la demande ont cessé d'exister (en raison d'un changement de la situation dans le pays). C'est alors seulement que la Commission doit évaluer si la nature des expériences du demandeur dans l'ancien pays était à ce point épouvantable que l'on ne devrait pas s'attendre à ce qu'il ou elle rentre dans son pays et se réclame de la protection de l'État.

[97] Au paragraphe 6, la juge Layden-Stevenson a souligné ce qui suit : « En l'absence d'une conclusion de persécution dans le passé, le paragraphe 108(4) ne s'applique pas. »

[98] En l'espèce, la SAR a conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée par le passé, mais que les motifs à l'origine de l'asile n'existaient plus puisque, entre autres choses, la protection de l'État était maintenant offerte et qu'il n'y avait aucune preuve crédible du risque que poserait toujours Juan. La SAR s'est ensuite penchée sur l'analyse des raisons impérieuses.

[99] La SAR n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire. La SAR n'a pas considéré le degré de persécution subie par le passé ou la question de savoir si elle était épouvantable et atroce comme une condition préalable à l'analyse des raisons impérieuses. Ayant conclu que la demanderesse aurait été une réfugiée au sens de la Convention par le passé, la SAR s'est ensuite empressée de déterminer si les raisons impérieuses devaient s'appliquer.

[100] La question en l'espèce est de savoir si la SAR a correctement interprété l'exception relative aux raisons impérieuses, a examiné tous les éléments de preuve et a pris une décision raisonnable, à savoir que l'existence de raisons impérieuses n'avait pas été établie.

The interpretation and application of subsection 108(4)

[101] There is a significant amount of jurisprudence regarding the interpretation of subsection 108(4) and its predecessor. The statutory provision is set out in Annex A.

[102] Two approaches have emerged in the jurisprudence, along with additional distinctions and nuances within those approaches.

[103] The genesis of the reference to “appalling” persecution is in *Obstoj*, at page 748 with respect to the predecessor to subsection 108(4):

.... It is hardly surprising, therefore, that it should also be read as requiring Canadian authorities to give recognition of refugee status on humanitarian grounds to this special and limited category of persons, i.e. those who have suffered such appalling persecution that their experience alone is a compelling reason not to return them, even though they may no longer have any reason to fear further persecution.

The exceptional circumstances envisaged by subsection 2(3) must surely apply to only a tiny minority of present day claimants. I can think of no reason of principle, and counsel could suggest none, why the success or failure of claims by such persons should depend upon the purely fortuitous circumstance of whether they obtained recognition as a refugee before or after conditions had changed in their country of origin. [Emphasis added.]

[104] Two principles emerge from *Obstoj*: first, the compelling reasons exception is directed at a special and limited category; and, second, those who have suffered appalling persecution would be within that category and should be given refugee protection. The emphasis is clear that the compelling reasons exception applies to only a “tiny minority of present day complainants.”

L'interprétation et l'application du paragraphe 108(4)

[101] Il y a une jurisprudence abondante en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application du paragraphe 108(4) et de la disposition qu'il a remplacée. La disposition législative est définie à l'Annexe A.

[102] Deux approches ont fait leur apparition dans la jurisprudence, ainsi que des distinctions et des nuances supplémentaires dans ces approches.

[103] La référence à la persécution « épouvantable » trouve son origine dans la décision *Obstoj*, à la page 748, en ce qui concerne la disposition qui a précédé le paragraphe 108(4) :

[...] Il n'est donc guère surprenant que ce paragraphe doive être interprété comme exigeant des autorités canadiennes qu'elles accordent la reconnaissance du statut de réfugié pour des raisons d'ordre humanitaire à cette catégorie spéciale et limitée de personnes, c'est-à-dire ceux qui ont souffert d'une persécution tellement épouvantable que leur seule expérience constitue une raison impérieuse pour ne pas les renvoyer, lors même qu'ils n'auraient plus aucune raison de craindre une nouvelle persécution.

Les circonstances exceptionnelles envisagées par le paragraphe 2(3) doivent certes s'appliquer uniquement à une petite minorité de demandeurs actuels. Je ne vois aucune raison de principe, et l'avocat n'en a pu proposer aucune, pour laquelle le succès ou l'échec des demandes de ces personnes devrait dépendre seulement du fait purement fortuit de savoir si elles ont obtenu la reconnaissance du statut de réfugié avant ou après le changement de la situation dans leur pays d'origine. [Non souligné dans l'original.]

[104] Deux principes ressortent de la décision *Obstoj* : premièrement, l'exception relative aux raisons impérieuses vise une catégorie particulière et limitée; et, deuxièmement, les personnes qui ont été victimes de persécution épouvantable appartiendraient à cette catégorie et devraient se voir accorder l'asile. L'accent est clairement mis sur le fait que l'exception relative aux raisons impérieuses s'applique uniquement à une [TRADUCTION] « infime minorité de plaignants actuels ».

[105] Some of the subsequent jurisprudence has found that *Obstoj* does not require that the past persecution be appalling, rather that appalling persecution constitutes a compelling reason and that the level of atrocity must be considered. Other jurisprudence has adopted appalling and atrocious past persecution as the threshold or level of persecution that should be established to find compelling reasons.

[106] The RAD referred to several cases which pre-date *Suleiman*, all of which refer to the exceptional nature of the provision and/or to appalling and atrocious persecution.

[107] For example, in *Brovina*, the Court [at paragraph 5] referred to the need to consider whether the past experiences were “so appalling” that the person should not be expected to return.

[108] In *Shahid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 89 F.T.R. 106 (F.C.T.D.) (*Shahid*), the Court noted the duty to consider the level of atrocity, as well as the impact on the applicant’s physical and mental state to determine whether an experience constituted compelling reasons (at paragraph 25):

It seems clear, having regard to *Obstoj* and *Hassan*, supra, that the Board erred in construing ss. 2(3) as requiring ongoing fear of persecution. The Board, once it embarked upon the assessment of the applicant’s claim under ss. 2(3), had the duty to consider the level of atrocity of the acts inflicted upon the applicant, the repercussions upon his physical and mental state, and determine whether this experience alone constituted a compelling reason not to return him to his country of origin. That it failed to do. While I have serious doubt as to whether the claimant can, in this instance, meet the high threshold established by the case law, this is a matter for the Board to decide after consideration of the relevant factors. The decision will accordingly be quashed, and the matter will be returned for a new hearing before a differently constituted tribunal. [Emphasis added.]

[105] Dans certaines décisions subséquentes, il a été conclu que la décision *Obstoj* n’exigeait pas que la persécution subie par le passé soit épouvantable, mais que la persécution épouvantable constituait une raison impérieuse et qu’il fallait examiner le degré d’atrocité. Dans d’autres décisions, la persécution épouvantable et atroce subie par le passé a été adoptée en tant que seuil ou degré de persécution qui doit être établi pour conclure à l’existence de raisons impérieuses.

[106] La SAR a fait référence à plusieurs cas antérieurs à la décision *Suleiman*, qui renvoient tous à la nature exceptionnelle de la disposition ou à la persécution épouvantable et atroce.

[107] Par exemple, dans la décision *Brovina*, la Cour [au paragraphe 5] a évoqué la nécessité de déterminer si les expériences passées étaient « à ce point épouvantable[s] » que l’on ne devrait pas s’attendre à ce que la personne rentre dans son pays.

[108] Dans la décision *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 251 (1^{re} inst.) (QL) (*Shahid*), la Cour a souligné le devoir de prendre en considération le degré d’atrocité, ainsi que les répercussions sur l’état physique et mental du requérant pour déterminer si une expérience constituait des raisons impérieuses (au paragraphe 25) :

Il est clair, à la lumière des décisions *Obstoj* et *Hassan*, supra, que la Commission a commis une erreur en interprétant le paragraphe 2(3) comme ne s’appliquant qu’aux personnes qui craignent toujours d’être persécutées. Une fois qu’elle a entrepris d’examiner la demande du requérant au regard du paragraphe 2(3), la Commission est tenue de prendre en considération le degré d’atrocité des actes dont il a été la victime ainsi que les répercussions de ces actes sur son état physique et mental, puis de juger si ces facteurs constituent en soi une raison impérieuse de ne pas le renvoyer dans son pays d’origine. Ce qu’elle n’a pas fait en l’espèce. Bien que je doute sérieusement que le demandeur puisse, en l’espèce, satisfaire à la norme élevée établie par la jurisprudence, c’est là une question à trancher par la Commission compte tenu des facteurs applicables. En conséquence, la décision entreprise sera annulée, et l’affaire renvoyée à un tribunal de composition différente pour nouvelle instruction. [Non souligné dans l’original.]

[109] In *Isacko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 890, the Court also directs the decision maker to consider the level of atrocity.

[110] In *Lawani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15559 (F.C.T.D.), the Court found that a decision that past persecution did not reach the appalling and atrocious level was not reasonable and in *Nwaozor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 517, 206 F.T.R. 1, the Court cited *Obstoj* and noted the need to consider the level of atrocity.

[111] In *Suleiman*, at paragraphs 16 and 17, Justice Martineau rejected the notion that past persecution must be atrocious and appalling to establish compelling reasons, noting that a rigid test based on the level of atrocity should be avoided and that establishing compelling reasons is a factual determination based on all the evidence:

It must not be forgotten that subsection 108(4) of the Act refers only to “compelling reasons arising out of previous persecution, torture, treatment or punishment”. It does not require a determination that such acts or situation be “atrocious” and “appalling”. Indeed, a variety of circumstances may trigger the application of the “compelling reasons” exception. The issue is whether, considering the totality of the situation, i.e. humanitarian grounds, unusual or exceptional circumstances, it would be wrong to reject a claim or make a declaration that refugee protection has ceased in the wake of a change of circumstances. “Compelling reasons” are examined on a case-by-case basis. Each case is a “*cas d’espèce*”. In practice, this means that each case must be assessed and decided on its own merit, based on the totality of the evidence submitted by the claimants. As was decided by the Federal Court of Appeal in *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 254 N.R. 388, at paragraph 6, in every case in which the Board concludes that a claimant has suffered past persecution, where there has been a change of country conditions to such an extent as to eliminate the source of the claimant’s fear, the Board is obligated to consider whether the evidence presented establishes the existence of “compelling reasons”. [Footnote omitted; emphasis in original.]

[109] Dans la décision *Isacko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 890, la Cour ordonne également au décideur d’examiner le degré d’atrocité.

[110] Dans la décision *Lawani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 15559 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a conclu que la décision selon laquelle la persécution subie par le passé n’avait pas atteint le niveau qualifié d’épouvantable et d’atroce n’était pas raisonnable et dans la décision *Nwaozor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 517, la Cour a cité la décision *Obstoj* et a souligné la nécessité d’examiner le degré d’atrocité.

[111] Dans la décision *Suleiman*, aux paragraphes 16 et 17, le juge Martineau a rejeté l’idée selon laquelle la persécution passée doit être atroce et épouvantable pour établir l’existence de raisons impérieuses, notant qu’un critère rigide basé sur le degré d’atrocité devrait être évité et que l’établissement des raisons impérieuses est une détermination factuelle fondée sur toutes les preuves :

Il ne faut pas oublier que le paragraphe 108(4) de la Loi renvoie seulement à « des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs ». Il ne requiert pas qu’il soit tranché qu’un tel acte ou une telle situation est « atroce » et « épouvantable ». En effet, diverses circonstances peuvent enclencher l’application de l’exception à l’égard des « raisons impérieuses ». La question est celle de savoir si en prenant en compte l’ensemble de la situation, c’est-à-dire les motifs d’ordre humanitaire et les circonstances inhabituelles ou exceptionnelles, il serait erroné de rejeter une demande ou de faire une déclaration selon laquelle les raisons pour demander l’asile n’existent plus par suite du changement de circonstances. Les « raisons impérieuses » sont examinées au cas par cas. Chaque cas est un « cas d’espèce ». En pratique, cela signifie que chaque cas doit être évalué et tranché selon son bienfondé compte tenu de l’ensemble de la preuve présentée par les demandeurs. Comme il a été statué dans l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 254 N.R. 388, au paragraphe 6, dans tous les cas dans lesquels la Commission conclut qu’un demandeur a subi de la persécution dans le passé, elle est tenue, lorsqu’il y a eu un changement dans la situation du pays dans une mesure suffisante pour éliminer la source de la crainte du

demandeur, d'examiner la question de savoir si la preuve présentée prouve qu'il existe des « raisons impérieuses ». [Note en bas de page omise; souligné dans l'original.]

[112] The broader interpretation of the compelling reasons exception endorsed by Justice Martineau also includes consideration of the trauma caused by repatriation as a compelling reason (at paragraphs 18–20); however, the determinative issue was set out in paragraph 21:

.... In the case at bar, it is apparent that the Board erred in inferring that the test in *Obstoj* necessitates that the persecution reach a level to qualify it as “atrocious” and “appalling” for the “compelling reasons” exception to apply. This error of law vitiates the subsequent determination made by the Board that the applicants are not Convention refugees.

[113] In *Kotorri*, at paragraph 27, Justice Beaudry adopted *Suleiman* and found that the requirement of appalling and atrocious persecution “improperly elevated the threshold of persecution beyond what is established by the case law.” However, Justice Beaudry referred only to *Elemah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 779 and *Suleiman*. It appears that the other jurisprudence which had continued to interpret *Obstoj* as setting appalling and atrocious as the threshold was not raised.

[114] The RAD also noted jurisprudence post-*Suleiman*. In *Shpati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 237, Justice Snider found that the decision maker reasonably found that the applicant’s past experience did not reach the level of appalling and atrocious, noting that there was no basis to find that any evidence had been ignored and that the Court’s role is not to re-weigh the evidence. Justice Snider declined to consider the new argument raised at the hearing that “appalling and atrocious” is too high a standard for subsection 108(4). However, Justice Snider commented that the test set out in *Obstoj* “has been consistently in use since [*Obstoj*]” (at paragraph 13) and added, that apart from *Dini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 217, 202 F.T.R. 39 and the

[112] L’interprétation plus large de l’exception relative aux raisons impérieuses approuvée par le juge Martineau comprend également la prise en compte du traumatisme causé par le rapatriement en tant que raison impérieuse (aux paragraphes 18 à 20); cependant, la question déterminante était énoncée au paragraphe 21 :

[...] En l’espèce, il est évident que la Commission a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que le critère établi dans l’arrêt *Obstoj* requiert que la persécution soit d’un tel niveau qu’elle puisse être qualifiée d’« atroce » et d’« épouvantable » pour que l’exception à l’égard des « raisons impérieuses » s’applique. Cette erreur de droit vicie la décision rendue par la suite par la Commission selon laquelle les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention.

[113] Dans la décision *Kotorri*, au paragraphe 27, le juge Beaudry a adopté la décision *Suleiman* et a conclu que l’exigence de persécution épouvantable et atroce « élève incorrectement le niveau de persécution au-delà de ce qui est établi par la jurisprudence ». Toutefois, le juge Beaudry a évoqué seulement la décision *Elemah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 779 et à la décision *Suleiman*. Il semble que les autres cas de jurisprudence qui continuaient d’interpréter la décision *Obstoj* comme faisant de la persécution épouvantable et atroce la norme n’aient pas été soulevés.

[114] La SAR a également mentionné des décisions postérieures à la décision *Suleiman*. Dans la décision *Shpati c. Canada (Citoyenneté Immigration)*, 2007 CF 237, la juge Snider a statué que le décideur avait raisonnablement conclu que l’expérience passée du demandeur n’avait pas atteint le degré qualifié d’épouvantable et d’atroce, en faisant remarquer qu’il n’y avait aucune raison de constater qu’un élément de preuve avait été ignoré et qu’il n’incombait pas à la Cour de réévaluer les éléments de preuve. La juge Snider a refusé de tenir compte du nouvel argument soulevé à l’audience selon lequel la norme de l’acte « épouvantable et atroce » est trop élevée pour le paragraphe 108(4). Toutefois, la juge Snider a fait remarquer que le critère énoncé dans la décision *Obstoj* [TRADUCTION] « a toujours été en usage

question certified in that case, “there is no jurisprudence that raises a doubt about the correctness of this test”. The RAD noted this finding. Although Justice Snider referred to *Kotorri* regarding the standard of review, it appears that it was not argued that *Kotorri*, like *Suleiman*, had taken a different approach.

[115] The RAD also cited *Lici v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1451, 401 F.T.R. 274, at paragraph 21, where Justice Near noted that compelling reasons only apply in exceptional circumstances and that the decision maker is entitled to weigh the evidence of an applicant’s past persecution and determine whether past persecution reaches “the threshold of ‘atrocious and appalling.’” The RAD also referred to *Kostrzewska v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1449, which noted the “appalling and atrocious” standard, although that reference related to the RPD’s failure to consider the exception, not whether compelling reasons had been established.

[116] The respondent referred to *Alharazim* and other recent cases which reflect the view that persecution should reach the level of appalling and atrocious for a finding of compelling reasons.

[117] In *Alharazim*, Justice Crampton considered the past jurisprudence and addressed two distinct issues: first, whether and in what circumstances the decision maker is required to even consider the compelling reasons exception; and, second, once the decision maker embarks on that assessment, what must be established to find compelling reasons (at paragraphs 49–53):

Having regard to the foregoing, I am satisfied that the class of situations in respect of which it may be a reviewable error for decision-maker under the IRPA to fail to consider the potential applicability of subsection 108(4)

depuis [*Obstoj*] » (au paragraphe 13) et a ajouté, qu’en dehors de la décision *Dini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 217 et de la question certifiée dans ce cas, [TRADUCTION] « il n’y a pas de jurisprudence qui soulève un doute quant à l’exactitude de ce critère ». La SAR a pris note de cette conclusion. Bien que la juge Snider ait évoqué la décision *Kotorri* relativement à la norme de contrôle, il semblerait qu’il n’ait pas été avancé que la décision *Kotorri*, comme la décision *Suleiman*, avait adopté une approche différente.

[115] La SAR a également cité la décision *Lici c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1451, au paragraphe 21, dans lequel le juge Near a fait remarquer que les raisons impérieuses ne s’appliquent que dans des circonstances exceptionnelles et que le décideur est en droit de pondérer la preuve ayant trait aux persécutions subies par le demandeur et de déterminer si elles ont atteint « le seuil des souffrances “atrocies et épouvantables” ». La SAR a également évoqué la décision *Kostrzewska c. Canada (Citoyenneté Immigration)*, 2012 FC 1449, qui a souligné le critère de la persécution « épouvantable et atroce », bien que cela renvoyait à l’omission de la SPR de tenir compte de l’exception, pas à la question de savoir si l’existence de raisons impérieuses avait été établie.

[116] Le défendeur a fait référence à la décision *Alharazim* et d’autres cas récents qui reflètent le point de vue selon lequel la persécution devrait atteindre un degré tel qu’on la qualifie d’épouvantable et d’atroce pour conclure à l’existence de raisons impérieuses.

[117] Dans la décision *Alharazim*, le juge Crampton a examiné la jurisprudence antérieure et a abordé deux questions distinctes : premièrement, la question de savoir si le décideur doit tenir compte de l’exception relative aux raisons impérieuses et dans quelles circonstances il doit le faire; et, deuxièmement, une fois que le décideur a entrepris cette évaluation, ce qui doit être démontré pour conclure à l’existence de raisons impérieuses (aux paragraphes 49 à 53) :

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que la catégorie de situations à l’égard de laquelle un décideur peut, en appliquant la LIPR, commettre une erreur susceptible de contrôle en omettant d’examiner l’applicabilité

ought to be narrowly circumscribed, to ensure that it only includes truly exceptional or extraordinary situations. These will be situations in which there is *prima facie* evidence of past persecution that is so exceptional in its severity as to rise to the level of “appalling” or “atrocious.”

I am mindful of the decisions in *Elemah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 779, at para. 28, and *Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1125, at paras. 16 - 21, which state that subsection 108(4) does not require a determination that the severity of the claimed past persecution rose to the level of being “atrocious” or “appalling,” before a positive finding may be made under that subsection. Those cases both dealt with situations in which the RPD conducted assessments under subsection 108(4) or its predecessor.

I acknowledge that there may be situations in which it may be possible to meet the requirements of subsection 108(4), without the need to demonstrate past persecution that rises to the level of having been “atrocious” or “appalling.” In keeping with the settled jurisprudence established in *Obstoj*, above, and its progeny discussed above, those situations must be truly exceptional or extraordinary, relative to other cases in which refugee protection has been granted.

However, for the purposes of determining when it may be a reviewable error for a member of the RPD, an Immigration Officer or another decision-maker under the IRPA to fail to conduct an assessment under subsection 108(4), it is appropriate to define a narrow category of situations in respect of which such an assessment is required. [Emphasis in original.]

Keeping in mind the insights provided by paragraph 136 of the UN Handbook and the difficulty that would be associated with attempting to identify, *ex ante*, exceptional situations that do not involve severe past persecution, it is appropriate to confine that category of situations to those that in which there is prima facie evidence of “appalling” or “atrocious” past persecution. In those cases, a decision-maker under the IRPA is required to perform an assessment under subsection 108(4) of the IRPA. In all other cases, a decision-maker may exercise discretion as to whether to perform such an assessment. [Emphasis added.]

du paragraphe 108(4) doit être circonscrite étroitement, pour faire en sorte que cette catégorie inclue uniquement des situations véritablement exceptionnelles ou extraordinaires. Il s’agira de situations qui comportent une preuve *prima facie* de persécution passée qui est d’une gravité si exceptionnelle qu’elle atteint un degré tel qu’on la qualifie d’« épouvantable » ou d’« atroce ».

Je tiens compte des décisions *Elemah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 779, au paragraphe 28, et *Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1125, aux paragraphes 16 à 21, qui indiquent que le paragraphe 108(4) ne requiert pas qu’il soit tranché que la gravité de la persécution passée alléguée est « atroce » ou « épouvantable », avant qu’une conclusion favorable puisse être tirée en vertu de ce paragraphe. Ces deux affaires visaient des situations dans lesquelles la SPR a effectué des évaluations en vertu du paragraphe 108(4) ou de la disposition qui l’a précédé.

Je reconnais qu’il peut y avoir des situations dans lesquelles il peut être possible de répondre aux exigences du paragraphe 108(4), sans qu’il soit nécessaire de démontrer une persécution passée atteignant un degré qui peut être qualifié d’« atroce » ou d’« épouvantable ». Conformément à la jurisprudence établie dans l’arrêt *Obstoj*, précité, et aux décisions qui ont été rendues dans sa foulée, ces situations doivent être véritablement exceptionnelles ou extraordinaires par rapport à d’autres cas dans lesquels l’asile a été accordé.

Toutefois, aux fins de déterminer les cas dans lesquels peut constituer une erreur susceptible de contrôle l’omission d’un commissaire de la SPR, d’un agent d’immigration ou d’un autre décideur qui applique la LIPR d’effectuer une évaluation en vertu du paragraphe 108(4), il y a lieu de définir une catégorie étroite de situations à l’égard desquelles une telle évaluation est exigée. [Souligné dans l’original.]

Gardant à l’esprit les éclaircissements fournis par le paragraphe 136 du Guide des Nations Unies et la difficulté qui serait liée à la tentative d’identifier, au préalable, des situations exceptionnelles qui ne comportent pas une persécution passée grave, il convient de limiter cette catégorie de situations à celles dans lesquelles il y a une preuve prima facie de persécution passée « épouvantable » ou « atroce ». Dans ces cas, un décideur qui applique la LIPR est tenu d’effectuer une évaluation en vertu du paragraphe 108(4) de la LIPR. Dans tous les autres cas, un décideur peut exercer son pouvoir discrétionnaire concernant la question de savoir s’il doit ou non effectuer une telle évaluation. [Non souligné dans l’original.]

[118] Justice Crampton distinguished the duty on the decision maker to proactively consider the compelling reasons exception from the discretion the decision maker has to consider the exception.

[119] With respect to whether the decision maker should even consider the exception, Justice Crampton found that the RPD or RAD must consider whether compelling reasons have been established only where there is *prima facie* evidence of appalling and atrocious past persecution. In other cases, the RPD or RAD may consider whether compelling reasons have been established.

[120] I note that this approach differs from that taken by the Federal Court of Appeal in *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15191, 254 N.R. 388, where the Court found that the exception should be considered in every case where there is a finding that there was past persecution and the country conditions have changed. Justice Rennie noted this “tension” in *Sabaratham v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 844, 10 Imm. L.R. (4th) 328, at paragraph 18, but found that it did not affect that application. Similarly, the issue does not arise in the present case; the RAD did consider whether compelling reasons had been established.

[121] With respect to the threshold, if any, which applies to determine whether, on the facts, compelling reasons have been established, Justice Crampton acknowledged the interpretation in *Suleiman*. He noted (at paragraph 51 [of 2010 FC 1044]) that the requirements of subsection 108(4) may be met when past persecution is not demonstrated to be appalling or atrocious, but highlighted that these situations must be “truly exceptional or extraordinary” relative to other cases.

[122] This is consistent with the underlying principle that the exception applies to a “tiny minority” of refugee claimants. This interpretation also seeks to reconcile the *Obstoj* and *Suleiman* jurisprudence.

[123] Although the applicant would characterize *Suleiman* as the correct test, other jurisprudence has

[118] Le juge Crampton établit une distinction entre le devoir d’un décideur d’examiner de façon proactive l’exception relative aux raisons impérieuses et le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour tenir compte de l’exception.

[119] Quant à la question de savoir si le décideur devrait même tenir compte de l’exception, le juge Crampton a conclu que la SPR ou la SAR devait déterminer si des raisons impérieuses ont été établies uniquement lorsqu’il y a une preuve *prima facie* de persécution épouvantable et atroce par le passé. Dans d’autres cas, la SPR ou la SAR peut déterminer si l’existence de raisons impérieuses a été établie.

[120] Je constate que cette approche diffère de celle adoptée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 15191, dans lequel la Cour a conclu que l’exception devrait être prise en compte chaque fois que l’on conclut qu’il y a eu persécution par le passé et que la situation du pays a changé. Le juge Rennie a noté cette « contradiction » dans la décision *Sabaratham c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 844, au paragraphe 18, mais a conclu que cela n’avait aucune incidence sur cette demande. De la même manière, la question ne se pose pas en l’espèce; la SAR a déterminé si l’existence de raisons impérieuses avait été établie.

[121] En ce qui concerne le seuil, le cas échéant, qui s’applique pour déterminer si, dans les faits, l’existence de raisons impérieuses a été établie, le juge Crampton a reconnu l’interprétation faite dans la décision *Suleiman*. Il a noté (au paragraphe 51 [de 2010 CF 1044]) que les exigences du paragraphe 108(4) peuvent être satisfaites lorsqu’il n’est pas prouvé que la persécution passée était épouvantable ou atroce, mais a souligné que ces situations doivent être « véritablement exceptionnelles ou extraordinaires » par rapport à d’autres cas.

[122] Cela est cohérent avec le principe sous-jacent voulant que l’exception s’applique à une « petite minorité » de demandeurs d’asile. Cette interprétation vise aussi à concilier les décisions *Obstoj* et *Suleiman*.

[123] Bien que la demanderesse puisse qualifier la décision *Suleiman* comme étant le bon critère, d’autres

more narrowly interpreted the compelling reasons exception, highlighting that it is very exceptional and applies to a limited category of claimants and that appalling and atrocious is the appropriate threshold. Even *Suleiman* [at paragraphs 14 and 15] does not reject the principle that the compelling reasons exception is for a “special and limited category” and a “tiny minority” of refugee claimants.

[124] *Suleiman* has been cited in other jurisprudence, including with respect to the standard of review and the consideration of the psychological impact, but I have not been directed to nor found cases, other than *Kotorri*, that specifically reject the “appalling and atrocious” level of persecution and find an error on the part of the decision maker in applying that standard.

[125] The applicant argues that, at least implicitly, the RAD applied the appalling and atrocious threshold given its references to the jurisprudence which notes this standard and its finding that her persecution did not meet that high threshold.

[126] I do not agree. The statutory provision requires that the applicant establish compelling reasons arising out of her previous persecution that justifies her refusal to avail herself of the state protection of her country of origin. The RAD’s analysis took this into account.

[127] The RAD [at paragraph 59] first identified its task as “to establish whether the claimant’s particular case can be distinguished from cases of persecution that do not fall under s. 108(4)”, noting that this is a question of fact. The RAD then referred to the guidance from the case law that has established that the compelling reasons exception is applicable in exceptional circumstances. It also cited the jurisprudence that refers to appalling and atrocious persecution. The RAD did not, however, limit its consideration of compelling reasons to the narrower category of appalling and atrocious persecution; the RAD considered whether the past persecution described

décisions ont plus étroitement interprété l’exception relative aux raisons impérieuses, soulignant qu’elle demeure très exceptionnelle et s’applique à une catégorie limitée de demandeurs et que le critère approprié est celui de la persécution épouvantable et atroce. Même la décision *Suleiman* [aux paragraphes 14 et 15] ne rejette pas le principe selon lequel l’exception relative aux raisons impérieuses vise une « catégorie spéciale et limitée » et une « petite minorité » de demandeurs d’asile.

[124] La décision *Suleiman* a été citée dans d’autres cas de jurisprudence, y compris en ce qui a trait à la norme de contrôle et à la prise en compte des répercussions psychologiques, mais on n’a pas attiré mon attention sur d’autres cas et je n’ai pas non plus trouvé d’autres cas, hormis la décision *Kotorri*, qui rejettent spécifiquement le degré « épouvantable et atroce » de la persécution et concluent à une erreur de la part du décideur dans l’application de cette norme.

[125] La demanderesse fait valoir que, au moins implicitement, la SAR a appliqué le critère de la persécution épouvantable et atroce compte tenu de ses mentions de la jurisprudence qui souligne cette norme et de sa conclusion selon laquelle le degré de persécution qu’elle avait subie n’était pas aussi élevé.

[126] Je ne suis pas de cet avis. La disposition législative exige que la demanderesse établisse les raisons impérieuses tenant à sa persécution passée qui justifient son refus de se prévaloir de la protection de l’État dans son pays d’origine. L’analyse effectuée par la SAR en a tenu compte.

[127] La SAR [au paragraphe 59] a d’abord déterminé que sa tâche consistait à « établir si le cas de la demandeur d’asile se distingue des cas de persécution qui ne sont pas visés par le paragraphe 108(4) », en soulignant que cela constituait une question de fait. La SAR a ensuite fait référence à l’orientation de la jurisprudence qui a établi que l’exception relative aux raisons impérieuses est applicable dans des circonstances exceptionnelles. Elle a également cité la jurisprudence qui fait référence à la persécution épouvantable et atroce. Cependant, la SAR n’a pas retreint l’examen des raisons impérieuses à la catégorie plus étroite des persécutions épouvantables

by the applicant, in comparison to other cases, reached the threshold where the exception had and had not been established. Although several of those cases refer to appalling persecution as the threshold, there is no error in imposing a high threshold as all the jurisprudence consistently notes this requirement.

[128] The RAD reasonably concluded, based on the weight it attached to the evidence and in comparison to other cases where compelling reasons had not been found, that the applicant had not established compelling reasons.

[129] However, if the RAD had imposed the atrocious and appalling threshold, I would not find that it erred in law. The RAD cannot be faulted for relying on the jurisprudence that reflects that the level of atrocity of past persecution must be considered and the preponderance of the jurisprudence that reflects that appalling and/or atrocious past persecution is the high threshold required to establish compelling reasons. The RAD considered *Suleiman*; however, since *Suleiman* and *Kotorri* were decided in 2004 and 2005, other jurisprudence has continued to refer to appalling and atrocious past persecution to guide determinations of whether an applicant has established compelling reasons.

The Psychologist's Report

[130] The applicant also argues that the RAD failed to consider the relevance of the psychologist's report in its compelling reasons analysis, particularly to the trauma she would experience if she returned to Argentina.

[131] I do not agree. The RAD referred to the report and did not dispute the PTSD diagnosis. The RAD acknowledged that *Suleiman* speaks to the issue of subjective trauma, but found that this does not obviate the need to consider the level of the past persecution in assessing compelling reasons.

et atroces; la SAR a examiné si la persécution passée décrite par la demanderesse, par rapport à d'autres cas, avait atteint le seuil lorsque l'exception avait et n'avait pas été prouvée. Si plusieurs de ces cas renvoient au critère des persécutions effroyables, le fait d'imposer un seuil élevé ne constitue pas une erreur étant donné que l'ensemble de la jurisprudence souligne systématiquement cette exigence.

[128] La SAR a raisonnablement conclu, compte tenu du poids qu'elle a accordé à la preuve et comparative-ment à d'autres cas où l'existence de raisons impérieuses n'avait pas été établie, que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence de raisons impérieuses.

[129] Toutefois, si la SAR avait imposé le critère de la persécution atroce et épouvantable, je n'aurais pas conclu à une erreur de droit. On ne peut pas reprocher à la SAR de s'être fondée sur la jurisprudence qui reflète le fait que le niveau d'atrocité de la persécution passée doit être pris en compte et sur l'orientation de la jurisprudence qui reflète que la persécution épouvantable ou atroce par le passé est le seuil élevé requis pour prouver l'existence des raisons impérieuses. La SAR a examiné la décision *Suleiman*; cependant, depuis que les décisions *Suleiman* et *Kotorri* ont été tranchés en 2004 et 2005, d'autres cas de jurisprudence ont continué de faire référence à la persécution épouvantable et atroce subie par le passé pour déterminer si un demandeur a prouvé l'existence de raisons impérieuses.

Le rapport de la psychologue

[130] La demanderesse affirme également que la SAR n'a pas tenu compte de la pertinence du rapport de la psychologue dans son analyse des raisons impérieuses, en particulier le traumatisme qu'elle subirait si elle devait retourner en Argentine.

[131] Je ne suis pas de cet avis. La SAR a fait mention du rapport et n'a pas contesté le diagnostic de trouble de stress posttraumatique. La SAR a reconnu que la décision *Suleiman* abordait la question des traumatismes subjectifs, mais a conclu que cela ne supprimait pas la nécessité de tenir compte du degré de la persécution passée dans l'évaluation des raisons impérieuses.

[132] Although the psychological impact of returning may be relevant to the determination of whether compelling reasons have been established, *Suleiman* does not establish that subjective trauma or the emotional impact on a refugee claimant upon return would constitute a compelling reason, only that it is a consideration.

[133] In *Mwaura v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 874, [2016] 1 F.C.R. 542, Justice Brown considered the corollary and noted that psychological harm is not necessary to establish compelling reasons but that, if raised, there is no requirement to provide a psychological report to establish compelling reasons, noting at paragraph 17:

This Court has rejected the proposition that a precondition to a successful “compelling reasons” claim is psychological harm. In *Kotorri v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1195, 279 F.T.R. 149 (*Kotorri*), at paragraph 26 the Court stated:

I agree with the Board that the evidence of continuing psychological after-[e]ffects is relevant to a determination of the issue, but is not a separate test that has to be met (*Jimenez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No.87 (F.C.T.D.) (QL) at paragraphs 32-34). Therefore, it is not because a claimant suffers from post-traumatic stress disorder that the “compelling reasons” exception will automatically apply. The Board must decide each case based on the totality of the evidence. [Emphasis added by Brown J.]

[134] In the present case, the RAD considered the psychologist’s report and specifically cited the Immigration and Refugee Board’s Convention Refugee Definition Handbook [*Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case law*, section 7.2.6. Psychological After-Effects], which notes that evidence of continuing psychological after-effects, or the absence thereof, is relevant, but that such evidence is not a separate test to be met to find compelling reasons. The RAD considered the totality of the evidence. The weight

[132] Bien que les répercussions psychologiques du retour dans le pays puissent être utiles pour déterminer si l’existence de raisons impérieuses a été établie, la décision *Suleiman* ne prévoit pas que les traumatismes subjectifs ou l’impact émotionnel pour le demandeur d’asile à son retour dans son pays constituent une raison impérieuse, mais seulement qu’il s’agit d’un facteur à prendre en considération.

[133] Dans la décision *Mwaura c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 874, [2016] 1 R.C.F. 542, le juge Brown a examiné le corollaire et a noté que le préjudice psychologique n’était pas une condition préalable à l’établissement de l’existence de raisons impérieuses, mais que, si ce point était soulevé, il n’était pas nécessaire de produire un rapport psychologique pour établir l’existence de raisons impérieuses. Il souligne alors ce qui suit au paragraphe 17 :

La Cour a rejeté la proposition suivant laquelle la condition préalable au succès d’une demande fondée sur des « raisons impérieuses » était le préjudice psychologique. Dans la décision *Kotorri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 FC 1195 (*Kotorri*), au paragraphe 26, la Cour a affirmé :

Je conviens avec la Commission que la preuve de séquelles psychologiques permanentes est pertinente pour le règlement de la question, mais qu’il ne s’agit pas d’un critère distinct auquel il doit être satisfait (*Jimenez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 87 (C.F. 1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 32 à 34). Par conséquent, ce n’est pas parce que le revendicateur souffre du syndrome de stress posttraumatique que l’exception des « raisons impérieuses » s’applique automatiquement. La Commission doit trancher chaque cas en se fondant sur l’ensemble de la preuve. [Souligné dans l’original par le juge Brown.]

[134] En l’espèce, la SAR a examiné le rapport de la psychologue et expressément cité le guide de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié sur la définition de réfugié au sens de la Convention [*La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, section 7.2.6. Séquelles psychologiques], qui précise que la preuve de séquelles psychologiques permanentes ou de l’absence de celles-ci est pertinente, mais qu’il ne s’agit pas d’un critère distinct devant être satisfait pour conclure à l’existence de raisons

attached to the evidence of psychological after-effects was for the RAD to determine.

The RAD's Reasons

[135] The applicant asks how her past persecution could not be found to be appalling and atrocious, if that is the standard to be met to establish compelling reasons. The Court cannot answer this question. The RAD is tasked with this determination and the Court cannot re-weigh the evidence or substitute another view where the RAD's decision is within the range of acceptable outcomes. The RAD considered the jurisprudence, interpreted the provision, considered all the evidence, including the applicant's BOC and Dr. Browne's report, and did not ignore or misconstrue any of it.

[136] The RAD did not dispute that the applicant was abused. Despite its deference to the RPD's credibility findings regarding the applicant's allegations of abuse, the RAD found that the abuse recounted was sufficient to find that the applicant would have been a Convention refugee in the past, yet found that the abuse did not meet the high threshold to establish compelling reasons.

[137] The applicant's argument that, based on *Adjibi*, the RAD erred in not setting out the factors for and against the finding that she had not established compelling reasons amounts to a request to the RAD to indicate the specific weight attached to the evidence considered.

[138] In *Adjibi*, Justice Dawson considered the applicant's allegations of inadequate reasons for a finding of no compelling reasons and found at paragraph 33:

.... Meaningful reasons require that a claimant and a reviewing court receive a sufficiently intelligible explanation as to why persecutory treatment does not constitute

impérieuses. La SAR a pris en considération l'ensemble de la preuve. Il incombait à la SAR de déterminer le poids à accorder à la preuve de séquelles psychologiques.

Les motifs de la SAR

[135] La demanderesse demande comment il se fait que sa persécution passée n'ait pas été qualifiée d'épouvantable et d'atroce si cela est la norme à respecter pour établir l'existence des raisons impérieuses. La Cour ne peut pas répondre à cette question. Cette décision revient à la SAR et la Cour ne peut pas réexaminer la preuve ou substituer un autre point de vue lorsque la décision de la SAR se situe dans la fourchette des résultats acceptables. La SAR a examiné la jurisprudence, a interprété la disposition, a examiné tous les éléments de preuve, y compris le formulaire Fondement de la demande d'asile de la demanderesse et le rapport de la D^{re} Browne, et elle n'a pas fait fi ou mal interprété ces éléments.

[136] La SAR n'a pas contesté que la demanderesse avait subi des mauvais traitements. Malgré qu'elle s'en soit remise aux conclusions de la SPR quant à la crédibilité des allégations de violence de la demanderesse, la SAR a constaté que le récit des violences était suffisant pour conclure que la demanderesse aurait été une réfugiée par le passé, mais a conclu que les violences ne satisfaisaient pas au seuil élevé pour établir l'existence de raisons impérieuses.

[137] L'argument de la demanderesse voulant que, sur la base de la décision *Adjibi*, la SAR ait commis une erreur en ne fixant les facteurs pour et contre la conclusion selon laquelle elle n'avait pas établi l'existence de raisons impérieuses équivaut à une demande faite à la SAR d'indiquer le poids accordé à la preuve examinée.

[138] Dans la décision *Adjibi*, la juge Dawson a tenu compte des allégations de la demanderesse concernant les motifs insuffisants à l'appui de la conclusion d'absence de raisons impérieuses et a conclu au paragraphe 33 :

[...] Pour que les motifs soient valables, il faut qu'un revendicateur et une cour de révision reçoivent une explication suffisamment intelligible des raisons pour

compelling reasons. This requires thorough consideration of the level of atrocity of the acts inflicted upon the applicant, the effect upon the applicant's physical and mental state, and whether the experiences and their sequela constitute a compelling reason not to return the applicant to his or her country of origin. See: *Shahid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 89 F.T.R. 106 (T.D.).

[139] I do not agree that *Adjibi* establishes a requirement for the RPD or RAD to set out the factors for and against finding that compelling reasons exist. *Adjibi* addressed the adequacy of the reasons. It does not require the decision maker to tally the factors that support a finding of compelling reasons and those that do not. That determination is based on the totality of evidence.

[140] Moreover, as acknowledged by the applicant, the inadequacy of reasons is no longer an independent ground for judicial review, but is part of the determination of the reasonableness of the decision (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*)).

[141] In accordance with *Newfoundland Nurses*, at paragraph 16 "if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met."

[142] In the present case, the Court is able to determine whether the RAD's finding that compelling reasons had not been established is reasonable. The RAD explained its understanding of the principles from the jurisprudence, that the provision was limited to exceptional circumstances, that it considered all the evidence and that it compared the applicant's persecution to other cases of persecution where compelling reasons were and were not found. The RAD found that, on the facts before it, compelling reasons had not been established. The RAD's decision is intelligible, transparent and justified on the facts and the law.

lesquelles des actes de persécution ne constituent pas des raisons impérieuses, ce qui suppose qu'on examine à fond le degré d'atrocité des actes dont le demandeur a été victime, les répercussions de ces actes sur son état physique et mental et la question de savoir si les expériences et leurs conséquences constituent une raison impérieuse de ne pas le renvoyer dans son pays d'origine. Voir *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 89 F.T.R. 106 (1^{re} inst.).

[139] Je ne suis pas d'accord pour dire que la décision *Adjibi* oblige la SPR ou la SAR à définir les facteurs pour et contre la conclusion selon laquelle il y a des raisons impérieuses. La décision *Adjibi* aborde la question du caractère approprié des motifs. Il n'oblige pas le décideur à comptabiliser les facteurs qui soutiennent une conclusion de raisons impérieuses et ceux qui ne la soutiennent pas. Cette décision repose sur l'ensemble de la preuve.

[140] En outre, comme l'a admis la demanderesse, l'insuffisance des motifs ne constitue plus un motif indépendant de contrôle judiciaire, mais fait partie de la détermination du caractère raisonnable de l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*).

[141] Conformément à l'arrêt *Newfoundland Nurses*, au paragraphe 16, « les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables ».

[142] En l'espèce, la Cour est en mesure de déterminer si la conclusion de la SAR selon laquelle l'existence de raisons impérieuses n'avait pas été établie est raisonnable. La SAR a expliqué sa compréhension des principes de la jurisprudence, que la disposition était limitée à des circonstances exceptionnelles, qu'elle avait examiné tous les éléments de preuve et qu'elle avait comparé la persécution subie par la demanderesse à d'autres cas de persécution où l'existence de raisons impérieuses avait été établie ou n'avait pas été établie. La SAR a conclu, en fonction des faits qui lui ont été présentés, que l'existence de raisons impérieuses n'avait

pas été établie. La décision de la SAR est intelligible, transparente et justifiable au regard des faits et du droit.

XI. Proposed Certified Question

[143] The applicant requests that the question proposed but not certified in *Kotorri* be certified in the present case to seek to clarify whether appalling and atrocious past persecution is the threshold to establish compelling reasons and how that threshold can be objectively measured.

[144] The test for certifying a question was established by the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, at paragraph 4. The question must be one which transcends the interest of the immediate parties to the litigation and contemplates issues of broad significance of general application and must be determinative of the appeal.

[145] More simply put, as reflected in subsequent cases, in order to be a certified question the question must be a serious question of general importance which would be dispositive of the appeal.

[146] Although the proposed question would transcend the interests of the parties and clarity in the interpretation of subsection 108(4) would be beneficial, certifying the proposed question would not be dispositive of the appeal. As noted above, I do not find that the RAD imposed the threshold of appalling and atrocious persecution and found that it had not been met. Rather, it imposed a high threshold, as required by all the jurisprudence, and found that based on the totality of the evidence, the applicant had not established compelling reasons to exempt her from availing herself of the protection of Argentina. As a result, the question will not be certified.

XI. Question certifiée proposée

[143] La demanderesse demande à ce que la question qui est proposée, mais non certifiée dans la décision *Kotorri*, soit certifiée en l'espèce afin de préciser si la persécution épouvantable et atroce subie par le passé représente le seuil pour établir l'existence de raisons impérieuses et comment ce seuil peut être objectivement mesuré.

[144] Le critère utilisé pour certifier une question a été établi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL), au paragraphe 4. La question doit transcender les intérêts des parties au litige, elle doit aborder des éléments qui sont de portée générale et elle doit être déterminante dans l'issue de l'appel.

[145] Pour reprendre les termes plus simples utilisés dans d'autres instances, la question proposée aux fins de certification doit être une question sérieuse qui a une portée générale et qui sera déterminante dans l'issue de l'appel.

[146] Bien que la question proposée transcende les intérêts des parties et que la clarté dans l'interprétation du paragraphe 108(4) soit bénéfique, la certification de la question proposée ne serait pas déterminante dans l'issue de l'appel. Comme je l'ai souligné plus haut, je ne considère pas que la SAR a imposé le seuil de persécution épouvantable et atroce et a constaté que ce critère n'avait pas été respecté. Au contraire, elle a imposé un seuil élevé, comme l'exige la jurisprudence, et a conclu, selon l'ensemble de la preuve, que la demanderesse n'avait pas établi des raisons impérieuses pour être exemptée de demander la protection de l'Argentine. Par conséquent, la question ne sera pas certifiée.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. The application for judicial review is dismissed.
2. No question is certified.

ANNEX A

The Statutory Provision

The relevant parts of section 108 of the Act provide:

Rejection

108 (1) A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:

...

(e) the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.

...

Exception

(4) Paragraph (1)(e) does not apply to a person who establishes that there are compelling reasons arising out of previous persecution, torture, treatment or punishment for refusing to avail themselves of the protection of the country which they left, or outside of which they remained, due to such previous persecution, torture, treatment or punishment.

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune question n'est certifiée.

ANNEXE A

Les dispositions législatives

Le passage pertinent de l'article 108 de la Loi prévoit ce qui suit :

Rejet

108 (1) Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

[...]

e) les raisons qui lui ont fait demander l'asile n'existent plus.

[...]

Exception

(4) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si le demandeur prouve qu'il y a des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs, de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'il a quitté ou hors duquel il est demeuré.

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. 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.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision finding applicant inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(a) — Applicant challenging in particular Board’s finding that applicant engaged in activity, which part of pattern of criminal activity planned, organized by several persons acting together in furtherance of commission of indictable offence — Applicant pleading guilty to offence under *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1)(d) involving conspiracy to commit summary offence, receiving conditional sentence therefor — Conspiracy in question involving scheme orchestrated by primary organizer whereby more than 300 Canadian permanent residents afforded addresses of convenience, other documentation to fraudulently establish Canadian residency — Based on evidence submitted, applicant’s involvement secondary to primary organizer’s; employment relationship not appearing to constitute criminal organization under *Criminal Code* — Nevertheless, Board finding that applicant’s activities falling within scope of “organized criminality” as reference used in Act, s. 37(1)(a) — Issues: appropriate standard of review in present matter; whether Board erring in finding that applicant inadmissible under Act, s. 37(1)(a) (II A, B) — Determinative issue in present case concerning interpretation of Act, s. 37(1)(a), in particular whether Board erring in concluding that applicant’s criminal conduct falling within scope of provision — Supreme Court of Canada decision in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704 determining issues of statutory interpretation applying to facts of present case; thus, only task herein to determine whether Board’s interpretation of Act, s. 37 conforming to interpretation subsequently adopted by Supreme Court — Board erring in application of Act, s. 37(1)(a) to evidence bearing on applicant’s conduct — Although Board plainly considering some elements of s. 37(1)(a), clear consideration of structural features required for finding of organized criminality lacking from Board’s reasons — *B010* decision determinative of issue in present application — Despite respondent’s argument to consider ss. 37(1)(a), (b) independently, both paragraphs subject to opening language of s. 37(1), which refers to inadmissibility “on grounds of organized criminality” — When read contextually, harmoniously, “organized criminality” infusing all of language that follows — No plausible interpretation of s. 37(1) would allow for different meaning of “organized criminality” between ss. 37(1)(a), (b) — Accordingly, Supreme Court’s interpretation in *B010* of words at issue in context of s. 37(1)(b) must also apply to s. 37(1)(a) — Necessarily following that Court’s views about meaning, range of “organized criminality” applying equally to ss. 37(1)(a),(b), including interpretive importation of *Criminal Code* definition of “criminal organization” requiring group of three or more persons — Although unrestricted, broad interpretation to be given to word “organization” as used in s. 37(1), provision still requiring existence of common organizational characteristics — Third parties who individually transact with criminal organization cannot reasonably be seen to be “members” or considered to be engaged in activity part of pattern of criminal activity planned, organized by number of persons acting in concert in furtherance of commission of indictable offence — Reviewable error Board making in decision arising from failure to apply principles noted to undisputed facts of applicant’s conduct — Requirement of “organized criminality” not established where pattern of criminal conduct carried out by only two persons — Requirement not overcome by peripheral involvement of third parties whose participation falling outside of underlying criminal conspiracy — Application allowed.

SAIF V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7628-13, 2016 FC 437, Barnes J., judgment dated April 20, 2016, 11 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial review in particular of decisions by respondent Health Canada (respondent) respecting applicant's product RESOLVE, smoking cessation aid, wherein respondent, in notices of rejection (NOR), refusing (1) applicant's product license application (PLA) based on safety, efficacy concerns pursuant to *Natural Health Products Regulations*, SOR/2003-196 (NHP Regulations), ss. 7(a),(d) (first decision); (2) applicant's PLA on grounds RESOLVE not natural health product, subject to regulation under *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 (second decision) — National Health Products Directorate (NHPD), division of respondent, upholding decisions on reconsideration — Main issues: determining statutory interpretation of NHP Regulations regarding efficacy; whether respondent failing to comply with relevant legislation, regulations, policies, standard operating procedures during PLA consideration, reconsideration process — Applicant arguing, *inter alia*, standard demanded by NHPD regarding efficacy exceeding reasonable interpretation of NHP Regulations, which do not require any substantive proof for efficacy — Claiming RESOLVE “may” help with smoking cessation, not that it “will”; therefore, any substantive test for efficacy having to be modest — Respondents submitting that applicant afforded procedural fairness beyond what required by law — NHPD both unreasonable in reconsideration decisions, procedurally unfair in dealings with applicant — Clear that applicant not receiving prior notice from NHPD about either efficacy or safety concerns under PLA process — No opportunity for applicant to respond to efficacy concerns before NOR issued; constituting deviation from standard procedures — Extremely high standard of proof of efficacy in form of unimpeachable human clinical studies, as demanded herein by respondent, previously rejected by Court as minimum mandatory requirement for drug submissions — Furthermore, no evidence submitted that respondent ever using standard in any other PLA, giving rise to issues of procedural fairness, apprehension of bias, legal errors in interpretation, reasonableness — Appropriate standard for efficacy under PLA regime not yet authoritatively determined — Lack of established standard, application of strict test to applicant's PLA, lending credence to argument that respondent applying any standard that would deny applicant's PLA — Use of term “information” in NHP Regulations, s. 5(g) requiring applicant to provide some meaningful, acceptable documentation that “supports” efficacy of product — If not so provided, application not complete, NHPD then having to notify applicant of deficiency, allow reasonable time for response — Here, applicant never notified that its efficacy information deficient before first decision rendered — Under s. 5(g), applicant required to provide “information” that reasonably supports some degree of efficacy in terms of product claims set out in PLA — Test applied by respondent in present case incorrect as matter of statutory interpretation, unreasonable in full context of manner in which efficacy dealt with — On plain reading of NHP Regulations in full context thereof, applicant satisfying efficacy requirement; decision rejecting PLA on basis thereon unreasonable, contrary to legal requirements — Reconsideration process regarding efficacy not curing first decision — Withholding PLA licence for RESOLVE not justified on basis of evidence herein, conditions for *mandamus* satisfied in present case — NORs, reconsideration decisions quashed, order for *mandamus* issued.

WINNING COMBINATION INC. v. CANADA (HEALTH) (T-1381-07, 2016 FC 381, Russell, J., judgment dated April 6, 2016, 69 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Capital Gains and Losses

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2014 TCC 324) allowing respondent's appeal from reassessments in which Minister of National Revenue determining that respondent having foreign exchange gains as result of conversions of certain United States dollar (US\$) denominated debentures (convertible debentures) into common shares (common shares) occurring in each of respondent's 2005, 2006 taxation years — Reassessments issued pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 in force when respondent assessed — T.C.C. concluding that no foreign exchange gains realized by respondent on conversions occurring during years at issue — Conclusion premised on T.C.C.'s interpretation of terms, conditions stipulated in February 2005 indenture at issue applying to convertible debentures — T.C.C. finding that holders of convertible debentures exercising rights to acquire common shares on conversions essentially completing subscriptions for common shares that they made when subscribing for, acquiring convertible debentures — Respondent, public corporation, subject to Ontario *Business Corporations Act* (OBCA), R.S.O. 1990, c. B.16, listing for trading common shares on New York Stock Exchange, Toronto Stock Exchange from 2002 to 2006 — Respondent authorized by resolutions to enter into indenture with trust corporation as trustee on behalf of each holder acquiring convertible debenture — Under principal terms of indenture, respondent promising to pay holder US\$1000 at maturity date — Also authorized to issue common shares upon conversion, redemption or maturity of convertible debentures — Both in 2005, 2006, holders of convertible debentures giving conversion, redemption notices, receiving common

INCOME TAX—Concluded

shares upon surrender of convertible debentures — Conversions occurring on different dates whereby foreign exchange rates fluctuating — In 2005 income tax return, respondent not reporting any capital gains regarding conversions occurring in 2005 taxation year while in 2006 income tax return, reporting capital gain resulting from conversions, redemptions in 2006 — Minister reassessing respondent for 2005, 2006 taxation years on basis that pursuant to Act, s. 39(2), respondent deemed to have realized capital gains as result of 2005 conversions, 2006 conversions, redemptions — T.C.C. allowing respondent's appeal regarding deemed capital gains assessed respecting 2005, 2006 conversions but upholding assessment of deemed capital gains regarding redemptions — Whether T.C.C. committing reviewable error in interpretation of indenture; whether committing reviewable error in concluding that amount paid by respondent to extinguish indebtedness evidenced by convertible debentures arising (“arose”) within meaning of Act, s. 261(2)(b) at time when indebtedness coming into existence, not at time when indebtedness extinguished; whether T.C.C. committing reviewable error in concluding that amount paid by respondent to extinguish indebtedness evidenced by each convertible debenture subject to conversion US\$1000, that respondent not making gain for purposes of Act, s. 39(2) resulting from 2005, 2006 conversions — T.C.C. simultaneously adopting two different, mutually irreconcilable characterizations of indenture, legal rights, obligations created thereunder — Inconsistency constituting legal error requiring Court's intervention — While correctly characterizing convertible debentures, indenture under which issued, T.C.C. concluding that subscription price tendered by holders on issuance date having to be characterized not as subscription for respondent's indebtedness but as subscription price of common shares that might, at some future time, be issued if and to extent such holders deciding to convert convertible debentures pursuant to conversion provisions of indenture — T.C.C. finding that indenture constituting subscription for shares for holders whose convertible debentures converted into common shares while constituting subscription for debt security in respect of which indebtedness repayable in shares for persons whose convertible debentures redeemed — Thus, T.C.C. characterizing indenture, rights, obligations thereunder on *ex post facto* basis thereby making inconsistent interpretations — Characterization of rights, obligations of holders, respondent under indenture having to be determined at time indenture entered into, becoming operative — Impossible to know whether at time indenture entered into convertible debentures would be redeemed, converted or repaid on maturity date — *Ex post facto* characterization constituting legal error — Based on interpretation of relevant indenture provisions, holders issuing conversion notices having indebtedness of respondent thereto evidenced by convertible debentures repaid by issuance of common shares in accordance with terms of indenture — Having to determine whether in 2005, 2006 respondent making foreign currency gain for purposes of Act, s. 39(2) by virtue of foreign currency fluctuations resulting from conversions of convertible debentures occurring then — Amount respondent paying upon repayment of indebtedness constituting repayment amount — Each repayment amount arising on date of such repayment — Terms, conditions of indenture providing answer as to how quantum of repayment amount intended to be determined — When respondent's directors passing value of consideration for share issuance resolution, complying with OBCA, s. 23(4) since adopting, at least in part, language of provision — Based on conversion provisions of indenture, each holder giving up such holder's right to receive US\$1000 per convertible debenture in cash at maturity with all of holder's other rights under indenture when respondent's indebtedness to such holder repaid upon each conversion — Thus, relinquishment of such rights constituting consideration given by each holder to respondent for issuance of set number of common shares per convertible debenture plus US\$ cash payment in lieu of fractional common share — Repayment amount regarding each convertible debenture being amount consisting of US\$ amount determined when sale price of common share, on each conversion date, multiplied by 71.429 (conversion rate, i.e. amount of common shares per convertible debenture) — Resulting US\$ amount would then be converted to C\$ in accordance with Act, s. 261(2) on each conversion date — Determination of whether respondent making gain for purposes of Act, s. 39(2) would be made by comparing C\$ amount with C\$ amount received by respondent on issuance date — If repayment amount in respect of any particular conversion less than related issuance amount, respondent having gain for purposes of Act, s. 39(2) in respect of conversion — Appeal allowed.

CANADA V. AGNICO-EAGLE MINES LIMITED (A-532-14, 2016 FCA 130, Ryer J.A., judgment dated April 26, 2016, 41 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.

*** 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.**

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire visant en particulier des décisions de l'intimé Santé Canada (l'intimé) concernant le produit RESOLVE de la demanderesse, un produit de désaccoutumance au tabac, par lesquelles l'intimé a refusé, par des avis de refus, 1) la demande de licence de mise en marché du produit de la demanderesse pour des préoccupations liées à l'innocuité et à l'efficacité du produit conformément aux art. 7a) et d) (première décision) du *Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196 (Règlement sur les PSN); 2) la demande de licence de mise en marché de la demanderesse au motif que RESOLVE n'est pas un produit de santé naturel, assujéti à la réglementation établie en vertu du *Règlement sur les aliments et les drogues*, C.R.C. ch. 870 (deuxième décision) — La Direction des produits de santé naturels (DPSN), une division de l'intimé, a confirmé les décisions à l'égard du réexamen — Il s'agissait de déterminer principalement l'interprétation législative du Règlement sur les PSN concernant l'efficacité et si l'intimé s'est conformé aux lois, aux règlements, aux politiques et aux procédures d'exploitation normalisées au cours du processus d'examen et de réexamen de la demande de licence de mise en marché — L'intimé a fait valoir, entre autres, que la norme exigée par la DPSN en ce qui concerne l'efficacité dépasse l'interprétation raisonnable du Règlement sur les PSN et ne nécessite aucune preuve substantielle quant à l'efficacité — L'intimé a prétendu que le produit RESOLVE « peut » aider à cesser de fumer, mais ne le fera pas nécessairement; par conséquent, tout critère quant au fond à l'égard de l'efficacité doit être modeste — L'intimé a soutenu que les règles relatives à l'équité procédurale à l'endroit de la demanderesse ont été respectées bien au-delà de ce qui est requis par la loi — La DPSN a agi tant de façon déraisonnable dans ses décisions de réexamen que de façon inéquitable sur le plan de la procédure dans ses relations avec la demanderesse — Il est clair que la demanderesse n'a pas reçu l'avis préalable de la DPSN au sujet de ses préoccupations quant à l'innocuité ou l'efficacité dans le cadre du processus de demande de licence de mise en marché — La demanderesse n'a eu aucune possibilité de répondre aux préoccupations quant à l'efficacité avant que l'avis de refus soit délivré; cela constitue une dérogation aux procédures normales — Une norme extrêmement élevée d'efficacité qui avait pris la forme d'études cliniques sur les humains inattaquables, tel que l'a demandé aux présentes l'intimé, avait été précédemment rejetée par la Cour à titre d'exigence minimale obligatoire pour les présentations de drogue — De plus, aucune preuve n'a été présentée pour établir que l'intimé avait déjà utilisé cette norme dans le cadre d'une autre demande de licence de mise en marché, donnant lieu à des questions d'équité procédurale ou quant à la crainte de partialité, à des erreurs juridiques dans l'interprétation, ou à la raisonnable — La norme appropriée pour l'efficacité sous le régime d'une demande de licence de mise en marché n'a pas encore été déterminée péremptoirement — L'absence de norme établie et d'application d'un critère strict de demande de licence de mise en marché de la part de la demanderesse étayait l'argument selon lequel l'intimé appliquait n'importe laquelle norme qui aurait eu pour but de refuser la demande de licence de mise en marché de la demanderesse — L'utilisation du terme « renseignements » à l'art. 5g) du Règlement sur les PSN exige que la demanderesse fournisse certains documents précis et acceptables pour « montrer » l'efficacité du produit — Si ces renseignements ne sont pas fournis, la demande n'est pas complète et la DPSN doit alors aviser le demandeur qu'il y a une insuffisance de renseignements et lui accorder un délai raisonnable pour répondre — En l'espèce, la demanderesse n'a jamais été avisée que ses renseignements quant à l'efficacité étaient déficients avant la première décision rendue — En vertu de l'art. 5g), la demanderesse doit fournir des « renseignements » qui montrent de façon raisonnable un certain degré d'efficacité en ce qui a trait aux revendications relatives au produit énoncées dans la demande de licence de mise en marché — Le critère appliqué par l'intimé en l'espèce était incorrect en tant que question d'interprétation législative et déraisonnable dans l'ensemble du contexte quant à la manière dont l'efficacité a été traitée — D'après une simple lecture du Règlement sur les PSN dans le contexte complet de celui-ci, la demanderesse satisfaisait à l'exigence d'efficacité; la décision de rejeter la demande de licence de mise en marché pour ce motif était déraisonnable et contraire aux exigences légales — Le processus de réexamen quant à l'efficacité n'a pas corrigé la première

ALIMENTS ET DROGUES—Fin

décision — La décision de ne pas accorder la demande de licence de mise en marché pour le produit RESOLVE ne se justifiait pas selon la preuve établie en l'espèce et les conditions liées à la délivrance d'un *mandamus* sont satisfaites dans la présente cause — Les avis de refus et les décisions de réexamen ont été annulés et une ordonnance de *mandamus* a été émise.

WINNING COMBINATION INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-1381-07, 2016 CF 381, juge Russell, jugement en date du 6 avril 2016, 69 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur a été déclaré interdit de territoire aux termes de l'art. 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Plus précisément, le demandeur contestait la conclusion de la Commission selon laquelle il s'est livré à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'un acte criminel — Le demandeur a plaidé coupable à une infraction aux termes de l'art. 465(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, impliquant un complot visant à commettre une infraction punissable par procédure sommaire pour laquelle il a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis — Le complot en question impliquait un stratagème orchestré par le principal organisateur grâce auquel plus de 300 résidents permanents canadiens ont obtenu des adresses de complaisance et d'autres documents pour établir frauduleusement leur résidence canadienne — Selon la preuve présentée, la participation du demandeur était secondaire à celle du principal organisateur; la relation de travail ne semblait pas constituer une organisation criminelle en vertu du *Code criminel* — Néanmoins, la Commission a conclu que les activités du demandeur tombaient sous le coup de « criminalité organisée » comme il y est fait référence à l'art. 37(1)a) de la Loi — Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle appropriée et si la Commission a commis une erreur en concluant que le demandeur était interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)a) de la Loi — La question déterminante en l'espèce portait sur l'interprétation de l'art. 37(1)a) de la Loi, en particulier, sur la question de savoir si la Commission a commis une erreur en concluant que la conduite criminelle du demandeur tombait sous le coup de cette disposition — L'arrêt de la Cour suprême *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704 a déterminé les questions d'interprétation des lois qui s'appliquent aux faits de l'espèce; la tâche consistait simplement à déterminer si l'interprétation de la Commission de l'art. 37 de la Loi était conforme à l'interprétation adoptée ultérieurement par la Cour suprême — La Commission a commis une erreur dans son application de l'art. 37(1)a) de la Loi selon la preuve fondée sur la conduite du demandeur — Bien que la Commission ait clairement examiné certains des éléments de l'art. 37(1)a), ce qui manquait manifestement à ses motifs était une considération claire des caractéristiques structurelles nécessaires pour conclure à de la criminalité organisée — L'arrêt *B010* est décisif en l'espèce — Malgré la position du défendeur de considérer les art. 37(1)a) et 37(1)b) indépendamment l'un de l'autre, ces deux alinéas sont tous deux soumis au libellé introductif de l'art. 37(1), qui fait référence à l'interdiction de territoire « pour criminalité organisée » — Lorsqu'interprété d'une façon qui s'harmonise avec l'objet de la loi et le contexte, le terme « criminalité organisée » inspire toute la formulation qui suit — Aucune interprétation plausible de l'art. 37(1) ne permettrait une signification différente du terme « criminalité organisée » entre les art. 37(1)a) et 37(1)b) — Ainsi, l'interprétation de la Cour suprême de ce terme dans l'arrêt *B010* dans le contexte de l'art. 37(1)b) doit également s'appliquer à l'art. 37(1)a) — Il s'ensuit nécessairement que la perspective de la Cour sur le sens et la portée du terme « criminalité organisée » s'applique également aux art. 37(1)a) et 37(1)b), y compris l'importation de l'interprétation de la définition du *Code criminel* du terme « organisation criminelle » nécessitant un groupe de trois personnes ou plus — Bien qu'une interprétation libérale et large doive être faite du terme « organisation » tel qu'il est utilisé dans l'art. 37(1), la disposition exige toujours l'existence de caractéristiques organisationnelles communes — Les tierces parties qui traitent individuellement avec une organisation criminelle ne peuvent raisonnablement être perçues comme « membres » ni être considérées comme des personnes se livrant à une activité qui fait partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction punissable — L'erreur de la Commission susceptible de révision dans la décision faisant l'objet du contrôle résultait de l'omission d'appliquer les principes susmentionnés aux faits essentiellement incontestés de la conduite du demandeur — L'exigence relative à la « criminalité organisée » n'est pas établie lorsque la conduite criminelle n'est que l'affaire de deux personnes — La participation marginale

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de tierces parties dont la participation se situe en dehors de la conspiration criminelle sous-jacente ne l'emporte pas sur cette exigence — Demande accueillie.

SAIF C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-7628-13, 2016 CF 437, juge Barnes, jugement en date du 20 avril 2016, 11 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Gains et pertes en capital

Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2014 CCI 324) a accueilli l'appel interjeté par l'intimée visant les nouvelles cotisations en vertu desquelles le Ministre du revenu national a statué que l'intimée avait réalisé des gains de change par suite de la conversion de certaines de ses débetures convertibles en dollars américains (\$ US) (les débetures convertibles) en actions ordinaires (les actions ordinaires) durant les années d'imposition 2005 et 2006 de l'intimée — Les nouvelles cotisations ont été établies conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 alors en vigueur lorsque l'intimée a fait l'objet des cotisations — La C.C.I. a conclu qu'aucun gain de change n'avait été réalisé par l'intimée par suite des conversions qui ont eu lieu au cours des années d'imposition en cause — Cette conclusion découlait de l'interprétation par la C.C.I. des modalités énoncées dans le contrat bilatéral de février 2005 en litige qui s'appliquait aux débetures convertibles — La C.C.I. a conclu que les détenteurs de débetures qui avaient exercé leurs droits d'acquérir des actions ordinaires lors de conversions avaient essentiellement parfait une souscription d'actions ordinaires qu'ils ont réalisée au moment de souscrire et d'acquérir les débetures convertibles — L'intimée, une société ouverte régie par les dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* (LSA) de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16 a, de 2002 à 2006, coté ses actions ordinaires à la Bourse de New York et à la Bourse de Toronto — L'intimée a été autorisée par résolutions à conclure un contrat bilatéral avec une société de fiducie en tant que fiduciaire pour le compte de chaque détenteur qui avait acquis une débenture convertible — Selon les modalités principales du contrat bilatéral, l'intimée avait promis de payer au détenteur 1 000 \$ US à l'échéance — Elle était également autorisée à émettre des actions ordinaires à la conversion, lors du rachat ou à l'échéance des débetures convertibles — Tant en 2005 qu'en 2006, les détenteurs des débetures convertibles qui avaient donné des avis de conversion ou de rachat ont reçu des actions ordinaires lors de la restitution des débetures convertibles — Les conversions se sont produites à des dates différentes de sorte que les taux de change ont fluctué — Dans sa déclaration de revenu de 2005, l'intimée n'a pas déclaré de gains en capital en ce qui concerne les conversions qui s'étaient produites durant l'année d'imposition 2005 alors que dans sa déclaration de revenu de 2006, elle a déclaré les gains en capital réalisés par suite des conversions et des rachats en 2006 — Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'endroit de l'intimée pour les années d'imposition 2005 et 2006 au motif qu'en vertu de l'art. 39(2) de la Loi, l'intimée était réputée avoir réalisé des gains en capital par suite des conversions de 2005 et des conversions et des rachats de 2006 — La C.C.I. a accueilli l'appel de l'intimée en ce qui concerne les gains en capital réputés ayant fait l'objet d'une cotisation en ce qui concerne les conversions de 2005 et de 2006, mais a confirmé la cotisation des gains en capital réputés pour ce qui est des rachats — Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a commis une erreur susceptible de révision dans l'interprétation du contrat bilatéral; si elle a commis une erreur susceptible de révision en concluant que le montant payé par l'intimée pour éteindre la dette attesté par les débetures convertibles avait pris naissance (« a pris naissance ») au sens de l'art. 261(2)b) de la Loi au moment où la dette est apparue, et non pas au moment où la dette a été éteinte; si la C.C.I. a commis une erreur susceptible de révision en concluant que le montant payé par l'intimée pour éteindre la dette était attestée par chaque débenture convertible assujettie au montant de 1 000 \$ US lors de la conversion et en concluant que l'intimée n'avait pas réalisé de gain aux fins de l'art. 39(2) de la Loi par suite des conversions de 2005 et de 2006 — La C.C.I. a adopté simultanément deux approches différentes, mutuellement inconciliables, en ce qui concerne le contrat bilatéral, les droits juridiques et les obligations créées en vertu de ceux-ci — Cette incohérence constituait une erreur juridique nécessitant l'intervention de la Cour — Bien qu'elle ait caractérisé à bon droit les débetures convertibles ainsi que le contrat bilatéral en vertu duquel elles ont été délivrées, la C.C.I. a conclu que le prix de souscription offert par les détenteurs à la date d'émission devait être caractérisé non pas de souscription pour l'endettement de l'intimée, mais bien de prix de souscription des actions ordinaires qui pourraient, à l'avenir, être émises si et dans la mesure où les détenteurs décident de convertir les débetures convertibles conformément aux dispositions en matière de conversion du contrat bilatéral — La C.C.I. a conclu que le contrat

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

bilatéral constituait une souscription des actions pour les détenteurs dont les débentures convertibles avaient été converties en actions ordinaires tout en constituant une souscription pour le titre de créance en vertu duquel la dette était remboursable en actions pour les personnes dont les débentures convertibles avaient été rachetées — Ainsi, la C.C.I. a caractérisé le contrat bilatéral, les droits et les obligations qui en découlent sur un fondement *ex post facto* donnant ainsi lieu à des interprétations contradictoires — La caractérisation des droits et des obligations des détenteurs et de l'intimée en vertu du contrat bilatéral devait être déterminée au moment de la conclusion et de l'entrée en vigueur du contrat bilatéral — Il était impossible de savoir si, au moment de la conclusion du contrat bilatéral, les débentures convertibles allaient être rachetées, converties ou remboursées à la date d'échéance — La caractérisation *ex post facto* constituait une erreur de droit — En fonction de l'interprétation des dispositions pertinentes du contrat bilatéral, les détenteurs ayant émis des avis de conversion se faisaient rembourser leurs dettes par l'intimée, lesquelles étaient attestées par les débentures convertibles remboursées par l'émission d'actions ordinaires conformément au contrat bilatéral — La C.C.I. devait statuer si en 2005 et en 2006, l'intimée avait réalisé un gain de change aux fins de l'art. 39(2) de la Loi en vertu des fluctuations des devises étrangères résultant de la conversion des débentures convertibles qui avait alors eu lieu — Le montant que l'intimée a payé au moment du remboursement de la dette constituait le montant du remboursement — Chaque montant de remboursement prenait naissance à la date de ce remboursement — Les modalités du contrat bilatéral fournissaient des réponses quant à la façon dont le quantum des dommages-intérêts devait être déterminé — Lorsque les administrateurs de l'intimée ont adopté la résolution relative à la valeur de la contrepartie pour l'émission d'actions, ils se sont conformés à l'art. 23(4) de la LSA puisqu'ils ont adopté, du moins en partie, le libellé de la disposition — Selon les dispositions en matière de conversion du contrat bilatéral, chaque détenteur avait le droit de recevoir 1 000 \$ US par débenture convertible en espèces à l'échéance ainsi que tous les autres droits dont il disposait en vertu du contrat bilatéral lorsque la dette de l'intimée envers ce détenteur était remboursée lors de chaque conversion — Ainsi, l'abandon de ces droits constituait une contrepartie donnée par chaque détenteur à l'intimée pour l'émission d'un nombre établi d'actions ordinaires par débenture convertible plus un paiement au comptant en dollars US au lieu de fractions d'actions ordinaires — Le montant du remboursement concernant chaque débenture convertible constituait un montant en dollars US déterminé en multipliant le prix de vente des actions ordinaires, à chaque date de conversion, par 71,429 (taux de conversion, soit le montant des actions ordinaires par débenture convertible) — Le montant en dollars US qui en découle serait ensuite converti en dollars canadiens conformément à l'art. 261(2) de la Loi à chaque date de conversion — La question de savoir si l'intimée a réalisé un gain aux fins de l'art. 39(2) de la Loi peut être déterminée en comparant le montant en dollars canadiens avec le montant en dollars canadiens reçu par l'intimée à la date d'émission — Si le montant du remboursement à l'égard d'une conversion particulière est inférieur au montant des émissions connexes, l'intimée réalise un gain aux fins de l'art. 39(2) à l'égard de la conversion — Appel accueilli.

CANADA C. AGNICO-EAGLE MINES LIMITED (A-532-14, 2016 CAF 130, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 26 avril 2016, 41 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3