



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 4, Part 2

2004, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2004] 4 F.C.R., 181-384

Renvoi [2004] 4 R.C.F., 181-384

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editors
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIault

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2004.

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

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

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIault

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Digests D-13

Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 327

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Applicant, citizen of Syria, Convention refugee since 2000—Detained in October 2001 as threat to national security—Certificate filed by Ministers determining applicant inadmissible person under Immigration Act, s. 19(1), found reasonable—Application for order under Immigration and Refugee Protection Act, s. 84(2) for release from detention—Test to be applied under s. 84(2) two-fold, not met herein—Court not satisfied applicant will not be removed from Canada within reasonable time—Also not convinced release from detention will not pose danger to national security, to safety of any person—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Immigration and Refugee Protection Act, ss. 82(2), 84(2) complying with principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7—Rights under Charter, s. 7 not violated.

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-17

Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 327

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Le demandeur, un ressortissant syrien, était un réfugié au sens de la Convention depuis 2000—Il a été détenu en octobre 2001 au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité nationale—Une attestation déposée par les ministres et déclarant le demandeur non admissible aux termes de l'art. 19(1) de la Loi sur l'immigration, a été jugée raisonnable—Demande de mise en liberté présentée en vertu de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le critère devant être appliqué selon l'art. 84(2), un critère en deux volets, n'est pas ici rempli—La Cour n'est pas persuadée que le demandeur ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable—Elle n'est pas convaincue non plus que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vic, liberté et sécurité—Les art. 82(2) et 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, sont conformes aux principes de justice fondamentale dont parle l'art. 7 de la Charte—Les droits prévus par l'art. 7 de la Charte n'ont pas été déniés.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Criminal Process—Cruel and unusual treatment, punishment—Immigration and Refugee Protection Act providing for continued detention of applicant unless order made pursuant to s. 84(2)—Detention under reasonable conditions not constituting cruel and unusual treatment, punishment prohibited by Charter, s. 12—Rights under Charter, s. 12 not violated.

Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner) (F.C.) 181

Access to Information—Exercise of Commissioner’s powers during investigations—Whether records in Ministers’ offices in control of government department—Commissioner’s delegate could issue confidentiality orders prohibiting witnesses questioned during course of investigation from divulging information, including own evidence to others, for indefinite period but here, orders breached right of individual applicants to freedom of expression as over-broad, therefore not reasonable limit prescribed by law within meaning of Charter, s. 1—Act, by implication, authorizing Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to power to subpoena documents—No special circumstances warranting adjudication of moot questions raised in applications—Commissioner’s delegate correct in decision to compel production of legal memorandum and that not necessary for him to consider whether document absolutely required for investigation.

Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency) (F.C.A.) 276

Official Languages—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s application under Official Languages Act, s. 77, setting aside transfer of four seasonal positions from Shippagan to Shédiac—Application under Act, s. 77 not application for judicial review under Federal Courts Act, s. 18.1—Remedy under Act, s. 77 limited to sections and parts listed in s. 77(1)—Act, s. 41 declaratory of commitment, not creating right, duty enforceable by courts—Application under Act, s. 77 concerning Part IV justified at time complaint filed, appeal dismissed on that point—Judge’s reasons regarding remedies adopted not satisfying standards subsequently laid by S.C.C., order for relief pronounced in erroneous legal context, order would raise number of uncertainties, difficulties—Respondent’s evidence thin, violations that persist episodic, ill-suited to judicial sanction sought—Restoration of positions

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Procédures criminelles et pénales—Traitements et peines cruels et inusités—La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés autorise le maintien de la détention du demandeur sauf si une ordonnance est rendue en application de l’art. 84(2)—Une détention dans des conditions raisonnables n’équivaut pas aux traitements ou peines cruels et inusités interdits par l’art. 12 de la Charte—Les droits garantis par l’art. 12 de la Charte n’ont pas été déniés.

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’information) (C.F.) 181

Accès à l’information—Exercice des pouvoirs du commissaire au cours des enquêtes—La question était de savoir si les documents qui se trouvent dans les cabinets des ministres relèvent du ministère—Le représentant du commissaire pouvait rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux témoins interrogés au cours d’une enquête de divulguer des renseignements, y compris leur propre témoignage, à d’autres, pour une durée indéterminée, mais en l’espèce, les ordonnances portaient atteinte à la liberté d’expression reconnue aux demandeurs individuels puisqu’elles avaient une portée trop étendue et ne constituaient donc pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l’art. 1 de la Charte—La Loi, implicitement, autorise le commissaire à reproduire les pièces qui lui sont fournies conformément à son pouvoir d’exiger par subpoena la production de pièces—Aucune circonstance spéciale ne permettait de trancher les questions théoriques soulevées dans les demandes—Le représentant du commissaire a eu raison de décider qu’il pouvait ordonner la production de la note de service contenant l’avis juridique et il n’avait pas à décider si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d’inspection des aliments) (C.A.F.) 276

Langues officielles—Il s’agit d’un appel interjeté à l’encontre de la décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de l’intimé présentée en vertu de l’art. 77 de la Loi sur les langues officielles et a annulé la décision de transférer les postes de quatre travailleurs saisonniers de Shippagan à Shédiac—Une demande présentée en vertu de l’art. 77 n’est pas une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le recours prévu à l’art. 77 est limité aux plaintes fondées sur les articles et parties énumérées à l’art. 77(1)—L’art. 41 de la Loi fait état d’un engagement du gouvernement fédéral, il ne crée pas un droit ou une obligation susceptible d’être sanctionné par les tribunaux—La demande présentée en vertu de l’art. 77 de la Loi concernant la partie IV était fondée au moment où la plainte a été déposée, appel rejeté à cet égard—Les motifs du juge relativement aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

in Shippagan requiring detailed evidence of actual needs of public, financial, organizational capacity of federal institution—No such evidence in case at bar—Only remedy available to respondent is for appellant to pay costs of respondent at first instance and on appeal—Appeal allowed in part.

Construction of Statutes—Official Languages Act, s. 41 referring to commitment by federal government to enhance vitality of English, French linguistic minority communities—Terms of Act, s. 41 not evoking notion of legal obligation, in contrast to those used in other sections—Marginal note accompanying English text of Act, s. 41 reading “Government policy”—Sections or parts not mentioned in Act, ss. 77(1), 82(1) addressed to long-term objectives, achievement of which depends on existence of political will—Courts must generously construe texts that confer language rights, but important that these be rights to protect, not policies to define—Holding that Act, s. 41 mandatory rather than policy commitment, and that words “Part VII” be added to Act, ss. 77(1), 82 would do violence to text of Act and to Parliament’s intention to exclude these areas from judicial intervention—Act, s. 41 declaratory of commitment, not creating right, duty enforceable by courts.

SOMMAIRE (Fin)

réparations qu’il a retenues sont beaucoup trop sommaires pour satisfaire aux normes établies par la C.S.C., l’ordonnance de réparation a été prononcée dans un contexte juridique erroné, l’ordonnance comporte des incertitudes et des difficultés d’exécution—La preuve de l’intimé est mince, les violations qui perdurent sont à ce point épisodiques qu’elles se prêtent mal à une sanction judiciaire de l’ampleur de celle qui est recherchée—Le rétablissement des postes à Shippagan exige une preuve détaillée à la fois des besoins réels du public et de la capacité budgétaire et organisationnelle de l’institution fédérale—Il n’y a rien de tel en l’espèce—Il n’y a aucune autre réparation que d’ordonner que l’Agence paie les dépens de l’intimé en première instance et en appel—Appel accueilli en partie.

Interprétation des lois—L’art. 41 de la Loi sur les langues officielles fait état d’un engagement du gouvernement fédéral à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones—L’art. 41 utilise des termes qui n’évoquent pas la notion d’une obligation légale, contrairement à ceux utilisés dans d’autres articles—La note marginale qui accompagne le texte anglais de l’art. 41 se lit «Government policy»—Les articles et parties non mentionnés aux art. 77(1) ou 82(1) visent plutôt des objectifs à long terme dont la réalisation dépend de l’existence d’une volonté politique—Les tribunaux doivent interpréter avec générosité les textes qui confèrent ces droits, mais encore faut-il qu’il s’agisse de droits à protéger et non de politiques à définir—Modifier l’art. 41 de la Loi et rendre mandatoire ce qui, à sa face même, n’est qu’un engagement politique et ajouter aux art. 77(1) et 82 les mots «partie VII» serait faire violence au texte de la Loi et à l’intention du Parlement d’exclure ces champs de l’intervention judiciaire—L’art. 41 est déclaratoire d’un engagement et ne crée pas de droit ou d’obligation susceptible d’être sanctionné par les tribunaux.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 4, Part 2

2004, Vol. 4, 2^e fascicule

	2004 FC 431 T-582-01		2004 CF 431 T-582-01
The Attorney General of Canada and Bruce Hartley <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Bruce Hartley <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-606-01		T-606-01
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Jean Pelletier <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-1640-00		T-1640-00
The Attorney General of Canada and Bruce Hartley <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Bruce Hartley <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-1641-00		T-1641-00
The Attorney General of Canada, Meribeth Morris, Randy Mylyk and Emechete Onuoha <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada, Meribeth Morris, Randy Mylyk et Emechete Onuoha <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada and David Pugliese <i>(Respondents)</i>		Le commissaire à l'information du Canada et David Pugliese <i>(défendeurs)</i>	
and		et	

	T-792-01		T-792-01
	The Attorney General of Canada and Jean Pelletier <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Jean Pelletier <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-877-01		T-877-01
	The Attorney General of Canada and Randy Mylyk <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Randy Mylyk <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-878-01		T-878-01
	The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-883-01		T-883-01
	The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Emechete Onuoha <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et

	T-892-01		T-892-01
The Attorney General of Canada and Meribeth Morris (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Meribeth Morris (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1047-01		T-1047-01
The Attorney General of Canada and Sue Ronald (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Sue Ronald (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1254-01		T-1254-01
The Attorney General of Canada and Mel Cappe (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Mel Cappe (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1909-01		T-1909-01
The Attorney General of Canada, The Honourable Art C. Eggleton, George Young and Judith Mooney (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada, l'honorable Art C. Eggleton, George Young et Judith Mooney (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	

	T-684-01		T-684-01
	The Attorney General of Canada and Bruce Hartley <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Bruce Hartley <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-763-01		T-763-01
	The Attorney General of Canada and Jean Pelletier <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Jean Pelletier <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-880-01		T-880-01
	The Attorney General of Canada and Randy Mylyk <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Randy Mylyk <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-895-01		T-895-01
	The Attorney General of Canada and Meribeth Morris <i>(Applicants)</i>		Le procureur général du Canada et Meribeth Morris <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	The Information Commissioner of Canada <i>(Respondent)</i>		Le commissaire à l'information du Canada <i>(défendeur)</i>
	and		et

	T-896-01		T-896-01
The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Emechete Onuoha (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1049-01		T-1049-01
The Attorney General of Canada and Sue Ronald (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Sue Ronald (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1255-01		T-1255-01
The Attorney General of Canada and Mel Cappe (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Mel Cappe (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-1448-01		T-1448-01
The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	

	T-1910-01		T-1910-01
The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton (<i>Applicants</i>)	and	Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-2070-01		T-2070-01
The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton (<i>Applicants</i>)	and	Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-801-01		T-801-01
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier (<i>Applicants</i>)		Le procureur général du Canada et Jean Pelletier (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	
	T-891-01		T-891-01
The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton (<i>Applicants</i>)	and	Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton (<i>demandeurs</i>)	
v.		c.	
The Information Commissioner of Canada (<i>Respondent</i>)		Le commissaire à l'information du Canada (<i>défendeur</i>)	
and		et	

T-1083-01

T-1083-01

The Attorney General of Canada and Mel Cappe
(Applicants)

Le procureur général du Canada et Mel Cappe
(demandeurs)

v.

c.

The Information Commissioner of Canada
(Respondent)

Le commissaire à l'information du Canada
(défendeur)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (C.F.)

Federal Court, Dawson J. —Ottawa, September 15 to 25, 2003 and March 25, 2004.

Cour fédérale, juge Dawson—Ottawa, 15 au 25 septembre 2003 et 25 mars 2004.

Access to Information — Exercise of Commissioner's powers during investigations — Whether records in Ministers' offices in control of government department — Commissioner's delegate could issue confidentiality orders prohibiting witnesses questioned during course of investigation from divulging information, including own evidence to others, for indefinite period but here, orders breached right of individual applicants to freedom of expression as over-broad, therefore not reasonable limit prescribed by law within meaning of Charter, s. 1 — Act, by implication, authorizing Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to power to subpoena documents — No special circumstances warranting adjudication of moot questions raised in applications — Commissioner's delegate correct in decision to compel production of legal memorandum and that not necessary for him to consider whether document absolutely required for investigation.

Accès à l'information — Exercice des pouvoirs du commissaire au cours des enquêtes — La question était de savoir si les documents qui se trouvent dans les cabinets des ministres relèvent du ministère — Le représentant du commissaire pouvait rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux témoins interrogés au cours d'une enquête de divulguer des renseignements, y compris leur propre témoignage, à d'autres, pour une durée indéterminée, mais en l'espèce, les ordonnances portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels puisqu'elles avaient une portée trop étendue et ne constituaient donc pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 de la Charte — La Loi, implicitement, autorise le commissaire à reproduire les pièces qui lui sont fournies conformément à son pouvoir d'exiger par subpoena la production de pièces — Aucune circonstance spéciale ne permettait de trancher les questions théoriques soulevées dans les demandes — Le représentant du commissaire a eu raison de décider qu'il pouvait ordonner la production de la note de service contenant l'avis juridique et il n'avait pas à décider si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

A number of requests were made in 1999 for disclosure of records pursuant to the *Access to Information Act*: to the Privy Council Office (PCO) seeking access to documents relating to the question of whether Conrad Black should be appointed to the British House of Lords; to the PCO seeking access to the Prime Minister's daily agenda book for 1994 through 1999; to the Department of National Defence (DND) for copies of all records since January 1, 1998 of the M5 group meetings (informal meetings between the Minister of National Defence, the Deputy Minister of National Defence, the Chief of Defence Staff and senior exempt staff in the Minister's office); to the Department of Transport (DOT) seeking a copy of the Minister of Transport's itinerary and/or meeting schedule for June 1, 1999 to November 5, 1999; to DND for copies of the minutes

Un certain nombre de demandes ont été faites en 1999 visant la communication de documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*: au Bureau du Conseil privé (BCP) en vue de la communication de pièces se rapportant à la question de savoir si Conrad Black devait être nommé à la Chambre des lords britannique; au BCP en vue de la communication de l'agenda quotidien du Premier ministre pour les années 1994 à 1999; au ministère de la Défense nationale (MDN) en vue de l'obtention de copies de tous les documents, depuis le 1^{er} janvier 1998, relatifs aux réunions du groupe M5 (les réunions informelles entre le ministre de la Défense nationale, le sous-ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et les principaux membres du personnel exonéré du cabinet du ministre); au ministère des Transports (MT) en vue

or documents produced from the M5 management meetings for 1999.

Four of the five requesters made complaints to the Commissioner in respect of the responses received to their requests, and about exemptions and exclusions applied by the PCO in response to the Black documents requests. The balance, about the fact that the requesters had not been provided with the documents requested.

The Commissioner's investigations raised issues about the jurisdiction of the Commissioner to put certain questions to individuals summoned by subpoena to give evidence before the Commissioner; the jurisdiction of the Commissioner to copy documents he has obtained pursuant to the issuance of a *subpoena duces tecum*; the scope of the Commissioner's power to review documents which are the subject of a claim for solicitor-client privilege; the jurisdiction of the Commissioner to make confidentiality orders prohibiting persons who have given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony; and whether records under the control of the Prime Minister's Office (PMO) and the office of the Minister of National Defence are records "under the control of" respectively, the PCO or DND, within the meaning of that phrase as found in the Act.

These 25 applications for judicial review, except those arising out of the Black document requests, all were brought during the currency of the currency of the Commissioner's investigation. Group A (three applications) seeks a declaration that certain records under the control of the PMO or the office of the Minister of National Defence are not under the control of, respectively, the PCO or DND, and so are not under the control of a government institution. Group B (nine applications) seeks a declaration that the Commissioner lacks jurisdiction to make confidentiality orders. Consequential relief quashing the confidentiality orders made by the Commissioner is also sought. Group C (ten applications) seeks a declaration that the commissioner may not photocopy materials delivered to him pursuant to a *subpoena duces tecum*. Consequential relief was sought requiring the return of copies made and the prohibition of further copying. Group D (two applications) seeks a declaration that the Commissioner lacks jurisdiction to require two named parties to answer certain questions on examination under oath. Group E (1 application) seeks a declaration that the Commissioner has no jurisdiction to require the production of certain documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is made.

de l'obtention d'une copie de l'itinéraire ou de l'horaire des réunions du ministre des Transports pour la période allant du 1^{er} juin au 5 novembre 1999; au MDN en vue de l'obtention de copies des pièces ou des procès-verbaux des réunions de gestion M5 pour l'année 1999.

Quatre des cinq demandeurs d'accès ont déposé des plaintes auprès du commissaire au sujet des réponses qu'ils avaient reçues à la suite de leurs demandes, et concernant les exceptions et les exclusions que le BCP avait invoquées en réponse aux demandes de documents concernant M. Black. Les autres plaintes se rapportaient au fait que les demandeurs d'accès n'avaient pas obtenu les documents demandés.

Les enquêtes menées par le commissaire ont soulevé des questions au sujet de la compétence du commissaire pour poser certaines questions aux personnes qui ont été assignées par subpoena pour déposer devant lui; de la compétence du commissaire pour reproduire les pièces qu'il a obtenues à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*; de l'étendue du pouvoir du commissaire d'examiner les pièces qui sont assujetties au secret professionnel de l'avocat; de la compétence du commissaire pour rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes qui ont déposé devant lui de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage; il s'agissait aussi de savoir si les documents relevant du cabinet du Premier ministre et du cabinet du ministre de la Défense sont des documents «relevant» respectivement du BCP ou du MDN, au sens qu'a cette expression dans la Loi.

Ces 25 demandes de contrôle judiciaire, sauf celles qui découlent des demandes de documents concernant M. Black, ont toutes été présentées pendant que l'enquête du commissaire était encore en cours. Le groupe A (trois demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que certains documents relevant du CPM ou du cabinet du ministre de la Défense nationale ne relèvent pas respectivement du BCP ou du MDN, et ne relèvent donc pas d'une institution fédérale. Le groupe B (neuf demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour rendre des ordonnances de confidentialité. On demande également l'annulation des ordonnances de confidentialité rendues par le commissaire. Le groupe C (dix demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire ne peut photocopier les documents qui lui sont remis à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*. On a en conséquence sollicité une ordonnance portant que les copies qui ont été faites devaient être renvoyées et interdisant de faire d'autres copies. Le groupe D (deux demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour enjoindre à deux parties désignées de répondre à certaines questions dans le cadre d'un interrogatoire sous serment. Le groupe E (une demande) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire

The *Access to Information Act* must be interpreted using the “global approach” first formulated by Driedger and in a purposive and liberal manner. It has been held to strive to balance what has been characterized as a quasi-constitutional right of access with the necessity of having a government able to function efficiently and with the requisite candour.

The control of records issue (Group A applications) could be seen as a threshold question of jurisdiction. It is best initially resolved by the Commissioner after his investigation has been completed. Both the complainants and the Court would benefit from his report. The application brought in Court file T-606-01 was dismissed on the ground that it was moot, and the remaining applications in this group were dismissed on the ground that they were premature and unripe.

Confidentiality orders (Group B applications). The 10 applicants in this group were the subject of a confidentiality order issued by the Commissioner’s delegate at the commencement of the examination conducted by Commissioner’s delegate. The order required each applicant not to reveal any information disclosed during his confidential testimony; authorized each applicant to disclose to the named lawyers information disclosed during his or her confidential testimony, once the lawyers had in turn undertaken not to reveal that information; required each applicant to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the applicant was released from the terms of the order by the Commissioner. Some of the applicants, at their request, were allowed to communicate information disclosed during their testimony to specific individuals.

The Commissioner relied upon the statutory requirement in subsection 35(1) of the Act to the effect that investigations conducted by the Commissioner “shall be conducted in private” in order to argue that witnesses and their counsel are obliged to maintain the confidentiality of the proceedings. Case law makes it clear that what is intended in any particular case by the phrase “in private” or “*in camera*” depends upon the context in which it is used. The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff. The confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the

n’a pas compétence pour exiger la production de certains documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué.

On doit interpréter la *Loi sur l’accès à l’information* en utilisant l’«approche globale» qui a été énoncée pour la première fois par Driedger, et d’une façon libérale en se fondant sur l’objet visé. La Loi vise à établir un équilibre entre ce qui a été qualifié de droit quasi constitutionnel à la communication et la nécessité d’avoir un gouvernement qui est en mesure de fonctionner d’une façon efficace et avec l’honnêteté requise.

La question du contrôle des documents (demandes du groupe A) pourrait être considérée comme une question préliminaire de compétence. Il est préférable que le commissaire règle initialement cette question une fois que son enquête est terminée. Tant les plaignants que la Cour bénéficieraient de son rapport. La demande présentée dans le dossier T-606-01 a été rejetée pour le motif qu’elle n’avait plus qu’un intérêt théorique et les autres demandes de ce groupe ont été rejetées pour le motif qu’elles étaient prématurées et qu’elles n’étaient pas prêtes à être présentées.

Les ordonnances de confidentialité (demandes du groupe B). Les 10 demandeurs de ce groupe étaient assujettis à une ordonnance de confidentialité rendue par le représentant du commissaire au début de l’interrogatoire dirigé par ce dernier. L’ordonnance enjoignait à chaque demandeur de ne pas révéler les renseignements divulgués au cours de son témoignage confidentiel; elle autorisait chaque demandeur à communiquer aux avocats nommés les renseignements divulgués au cours de son témoignage confidentiel, une fois que les avocats s’étaient eux-mêmes engagés à ne pas révéler les renseignements; et elle enjoignait à chaque demandeur de reconnaître que l’ordonnance de confidentialité s’appliquait jusqu’à ce que le commissaire le libère des conditions de l’ordonnance. Certains des demandeurs, à leur demande, ont été autorisés à communiquer à des personnes précises les renseignements divulgués pendant leur témoignage.

Le commissaire se fondait sur l’exigence prévue au paragraphe 35(1) de la Loi, selon laquelle les enquêtes qu’il mène «sont secrètes», afin de soutenir que les témoins et leurs avocats sont obligés d’assurer la confidentialité des procédures. La jurisprudence montre clairement que ce que l’on entend, dans un cas particulier, par les mots «secrètes» ou «à huis clos» dépend du contexte dans lequel l’expression en question est employée. La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel. Le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas

Commissioner. In the reasons of the Supreme Court of Canada in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, there was no suggestion that the statutory requirement to proceed “in private” prevented witnesses from consenting to the disclosure of their statements or otherwise imposed confidentiality obligations upon anyone other than the Commissioner of Official Languages. Any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon his or her testimony and appearance before the Information Commissioner would infringe that person’s right to free expression guaranteed by subsection 2(b) of the Charter in a fashion that could not be justified under section 1. Furthermore, the actions of the Commissioner’s delegate, as they reflect that officer’s interpretation of subsection 35(1) of the Act, are inconsistent with any statutory obligation upon a witness arising from that provision to forever keep confidential what transpires during an investigation.

To determine if there was jurisdiction to issue the confidentiality orders, the appropriate standard of review was correctness. Section 34 of the Act confers a broad discretion upon the Commissioner to determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function under the Act. It allows the Commissioner to determine in appropriate circumstances that some form of confidentiality order should be invoked and imposed upon a witness before him. However, the confidentiality orders limit the freedom of expression which is guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. And they were not a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter. The principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes* were applied. The Commissioner asserted that the purpose of prohibiting witnesses from revealing information disclosed during their testimony was to protect the integrity of the investigation and to preserve the confidentiality of government information. These objectives are of sufficient importance to warrant, in some circumstances, overriding the constitutionally protected freedom of expression. On the basis of logic and common sense, there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of at least some information which might otherwise not be protected. However, the Commissioner has failed to demonstrate why less restrictive confidentiality orders would not have been equally effective in preserving the integrity of the investigations and preserving the confidentiality of government information. Instead of justifying to the applicants why blanket orders were required, the Commissioner’s delegate required the applicants to justify why they should be permitted to exercise their right of free

divulgués au commissaire. Dans les motifs qu’elle a prononcés dans l’affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, la Cour suprême du Canada ne donnait pas à entendre que l’exigence imposée par la loi, à savoir que les enquêtes doivent être «secrètes», empêchait les témoins de consentir à la divulgation de leurs déclarations ou imposait par ailleurs des obligations en matière de confidentialité à qui que ce soit à part le commissaire aux langues officielles. Tout régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire à l’information porterait atteinte à la liberté d’expression de cette personne, laquelle est garantie à l’alinéa 2b) de la Charte, et ce, d’une façon qui ne pourrait pas être justifiée en vertu de l’article premier. De plus, les actions du représentant du commissaire, telles qu’elles indiquent l’interprétation du paragraphe 35(1) de la Loi donnée par celui-ci, sont incompatibles avec une obligation imposée à un témoin par cette disposition de garder la confidentialité de ce qui se passe pendant une enquête.

Pour décider s’il existait une compétence permettant de rendre les ordonnances de confidentialité, la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte. L’article 34 de la Loi confère un large pouvoir discrétionnaire au commissaire lorsqu’il s’agit d’établir la procédure à suivre dans l’exercice de ses pouvoirs et fonctions. Il permet au commissaire d’établir dans les circonstances appropriées qu’un certain type d’ordonnance de confidentialité doit être rendu et imposé au témoin qui comparait devant lui. Toutefois, les ordonnances de confidentialité limitent la liberté d’expression qui est garantie par l’alinéa 2b) de la Charte. Et elles ne constituaient pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d’une société libre et démocratique, de façon à être conformes aux dispositions de l’article premier de la Charte. Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Oakes* ont été appliqués. Le commissaire a affirmé que le but visé par l’interdiction faite aux témoins de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage était de protéger l’intégrité de l’enquête et de préserver la confidentialité des renseignements de l’administration. Ces objectifs sont suffisamment importants pour l’emporter, dans certaines circonstances, sur la liberté d’expression protégée par la Constitution. Si on se fonde sur la logique et sur le bon sens, il existe un lien rationnel entre, d’une part, l’imposition d’une ordonnance de confidentialité et, d’autre part, la protection de l’intégrité des enquêtes et la confidentialité de certains renseignements qui ne seraient peut-être pas par ailleurs protégés. Toutefois, le commissaire n’a pas démontré pourquoi des ordonnances de confidentialité moins restrictives n’auraient pas été aussi efficaces afin de préserver l’intégrité des enquêtes et la confidentialité des renseignements de l’administration. Au lieu d’expliquer aux demandeurs pourquoi il fallait rendre des ordonnances générales, le représentant du

expression. As well, there is no cogent evidence as to why the confidentiality orders were of unlimited duration in time such that they would continue, unless varied, after the Commissioner's investigation had concluded. The need to protect future investigations do not justify an order of unlimited duration. The evidence does not support the argument that blanket orders were required such that nothing less would achieve the expressed objectives. Since four of the five investigations are ongoing, the Court was not prepared to order that the confidentiality orders be quashed with immediate effect out of concern that such an order could jeopardize the ongoing investigations. The public interest in preserving the integrity of the Commissioner's investigations justifies making an order quashing the confidentiality orders, but on terms that the operation of such order be suspended for a period of 30 days from the date of these reasons.

The solicitor-client application (Group E). This application arises out of the investigation by the Commissioner into the complaint out of the responses by the head of the PCO to the Prime Minister's agenda requests. A *subpoena duces tecum* required the head of the PCO to attend to give evidence before the Commissioner's delegate and to bring with him certain records. The head of the PCO invoked solicitor-client privilege with respect to certain documents and declined to produce them. While the issue of the Commissioner's ability to compel the production of a certain document may be seen to be moot in the sense that the document has already been provided to the Commissioner, an order quashing such production would have some practical value in that the memorandum would be returned by the Commissioner and presumably could not be used by the Commissioner as evidence in any subsequent proceeding. Moreover, as this dispute centres around the proper interpretation of the Act as it touches upon the ability of the Commissioner to require production of documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is asserted, a decision as to the scope of the Commissioner's authority to compel production would have some precedential value. The Court therefore exercised its discretion to determine this question. It was assumed, without finally deciding, that the document was subject to solicitor-client privilege.

The issue of whether the Commissioner may invade solicitor-client privilege only where it is absolutely necessary to his investigation was a question of law for which the

commissaire les a obligés à expliquer pourquoi ils devaient être autorisés à exercer leur droit à la liberté d'expression. De plus, il n'existe pas de preuve convaincante montrant pourquoi les ordonnances de confidentialité s'appliquaient pour une durée indéfinie, de sorte qu'elles continueraient à s'appliquer, à moins d'être modifiées, après la fin de l'enquête du commissaire. La nécessité de protéger des enquêtes futures ne justifie pas une ordonnance d'une durée indéfinie. La preuve n'étaye pas l'argument selon lequel il fallait rendre des ordonnances générales, puisque rien de moins ne permettrait d'atteindre les objectifs exprimés. Puisque quatre des cinq enquêtes sont en cours, la Cour n'était pas prête à ordonner que les ordonnances de confidentialité soient annulées, l'annulation devant prendre effet immédiatement, pour le motif que pareille ordonnance pourrait nuire aux enquêtes en cours. L'intérêt public, lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité des enquêtes du commissaire, justifie le prononcé d'une ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité, mais à condition que l'application de cette ordonnance soit suspendue pour une période de 30 jours à compter de la date des présents motifs.

La demande relative au secret professionnel de l'avocat (groupe E). Cette demande découle de l'enquête menée par le commissaire sur la plainte portant sur les réponses données par le responsable du BCP aux demandes relatives à la communication de l'agenda du Premier ministre. Un *subpoena duces tecum* a été signifié au responsable du BCP lui enjoignant de comparaître pour déposer devant le représentant du commissaire et d'apporter certains documents. Le responsable du BCP a invoqué le secret professionnel de l'avocat au sujet de certaines pièces et a refusé de les produire. La question de la capacité du commissaire d'ordonner la production d'une certaine pièce peut être considérée comme n'ayant plus qu'un intérêt théorique, en ce sens que la pièce a déjà été fournie au commissaire, mais une ordonnance annulant pareille production aurait en pratique une certaine valeur en ce sens que la note de service serait renvoyée par le commissaire et qu'elle ne pourrait probablement pas être utilisée en preuve par celui-ci dans une procédure subséquente. En outre, étant donné que le présent litige est axé sur l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi, pour ce qui est de la capacité du commissaire d'exiger la production de pièces à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat est invoqué, une décision portant sur l'étendue du pouvoir du commissaire d'ordonner la production aurait une certaine valeur en tant que précédent. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de trancher cette question. Elle a présumé, sans toutefois se prononcer sur ce point, que la pièce était visée par le secret professionnel de l'avocat.

La question de savoir si le commissaire peut porter atteinte au secret professionnel de l'avocat uniquement lorsque la chose est absolument nécessaire pour son enquête constituait

appropriate standard of review was correctness. That conclusion was reinforced by the fact that the decision with respect to this group involved the proper interpretation of the Act as it touched on the powers of the Commissioner during the course of an investigation. Subsection 36(2) of the Act provides to the Commissioner a *prima facie* right of access to documents that are protected by solicitor-client privilege. That provision should not be interpreted in a restrictive fashion. First, because the Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. Second, because to read in limiting words not found there would circumvent the intention of Parliament. Third, this interpretation is consistent with the role of the Commissioner and the whole scheme of the Act. The special position of the Commissioner is reflected in the fact that subsection 36(2) of the Act mirrors section 46 which permits the Court to examine any record “notwithstanding . . . any privilege under the law of evidence”. Support for this interpretation was found in the decision of the Federal Court of Appeal in the *Ethyl* case where the Court wrote: “the fact that [the documents] could be privileged makes no difference since the obstacle of privilege is eliminated by the clear wording of section 46”. The Commissioner’s delegate was therefore correct in his decision that he could compel the production of that document and that it was not necessary for him to consider whether the document was absolutely required for his investigation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 “government institution”, “record”, 4(1), (3), 6, 7, 8, 9, 10, 11 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 2), 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14-26, 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), (3), 32, 34, 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1), 37, 38, 39(1), 41, 42, 44, 46, 61, 62, 63 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1), 64, 65 (as am. *idem*), 68 (as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143), 69, 69.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 87), 72, 75, 77 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 5).
- Access to Information Regulations*, SOR/83-507, s. 3.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38.13 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
- Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, c. F-6.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 53.
- Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3.

une question de droit pour laquelle la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Cette conclusion était renforcée par le fait que la décision à l’égard de ce groupe se rapportait à l’interprétation qu’il convient de donner à la Loi en ce qui concerne les pouvoirs que possède le commissaire dans le cadre de son enquête. Le paragraphe 36(2) de la Loi confère à première vue au commissaire un droit d’accès aux pièces qui sont protégées par le secret professionnel de l’avocat. Cette disposition ne doit pas être interprétée d’une façon restrictive. Premièrement, parce que la Loi doit être interprétée d’une façon libérale et fondée sur l’objet visé. Deuxièmement, parce qu’incorporer des mots restrictifs qui ne s’y trouvent pas irait à l’encontre de l’intention du législateur. Troisièmement, cette interprétation est conforme au rôle du commissaire et au régime de la Loi dans son ensemble. La position spéciale du commissaire est démontrée par le fait que le paragraphe 36(2) de la Loi est une disposition parallèle à l’article 46 selon lequel la Cour a accès à tous les documents «[n]onobstant [. . .] toute immunité reconnue par le droit de la preuve». Cette interprétation est étayée par l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Ethyl* où la Cour a dit que «[l]e fait qu’ils puissent être protégés n’a pas d’importance puisque l’obstacle qu’est la protection est éliminé par le libellé clair de l’article 46». Le représentant du commissaire a donc eu raison de décider qu’il pouvait ordonner la production de cette pièce et qu’il n’avait pas à décider si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2(b).
- Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6.
- Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «institution fédérale», «document», 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), (3), 6, 7, 8, 9, 10, 11 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 2), 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 14 à 26, 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), (3), 32, 34, 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1), 37, 38, 39(1), 41, 42, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1), 46, 61, 62, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1), 64, 65 (mod., *idem*), 68 (mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32), 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3), 69.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 87), 72, 75, 77 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 5).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.13 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43).

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8, 14, 51(2),(3).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418.
Security of Information Act, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as
 am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25).

Loi sur la protection de l'information, L.R.C. (1985), ch.
 O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25).
Loi sur la protection des renseignements personnels,
 L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8, 14, 51(2),(3).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985),
 ch. P-33.
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch.
 31.
Règlement sur l'accès à l'information, DORS/83-507,
 art. 3.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 53.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *C.B. v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 480; (1981), 127 D.L.R. (3d) 482; [1981] 6 W.W.R. 701; 12 Man. R. (2d) 361; 62 C.C.C. (2d) 107; 23 C.R. (3d) 289; 38 N.R. 451; 25 R.F.L. (2d) 225; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DISTINGUISHED:

Smolensky v. British Columbia (Securities Commission) (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145; 109 C.R.R. (2d) 135 (S.C.).

CONSIDERED:

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 213 N.R. 161; *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); affd [1996] 1 S.C.R. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (T.D.); affd [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 42 Admin. L.R. (3d) 214; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); revd in part [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles), [2002] 2 R.C.S. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480; (1981), 127 D.L.R. (3d) 482; [1981] 6 W.W.R. 701; 12 Man. R. (2d) 361; 62 C.C.C. (2d) 107; 23 C.R. (3d) 289; 38 N.R. 451; 25 R.F.L. (2d) 225; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Smolensky v. British Columbia (Securities Commission) (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145; 109 C.R.R. (2d) 135 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 213 N.R. 161; *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); conf. par [1996] 1 R.C.S. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Ruby c. Canada (Solliciteur Général)*, [1996] 3 C.F. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (1^{re} inst.); conf. par [2000] 3 C.F. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 42 Admin. L.R. (3d) 214; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); inf. en partie par [2002] 4 R.C.S. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1

D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2003 FCA 270; [2003] F.C.J. No. 996 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236 (C.A.); *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280.

REFERRED TO:

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin.L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Biolysse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63 (C.A.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 49; 110 F.T.R. 1 (T.D.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371; 5 D.L.R. (4th) 240; [1984] 1 W.W.R. 599; 28 Alta. L.R. (2d) 369; 8 C.R.R. 10 (Q.B.); affd (1984), 13 D.L.R. (4th) 479; [1985] 4 W.W.R. 575; 37 Alta. L.R. (2d) 287; 17 C.R.R. 100 (C.A.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] C.T.C. 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210; *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238; 12 C.P.R. (4th) 492; 268 N.R. 328 (F.C.A.); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25

R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, 2003 CAF 270; [2003] A.C.F. n° 996 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236 (C.A.); *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280.

DÉCISIONS CITÉES:

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Biolysse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63 (C.A.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 49; 110 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371; 5 D.L.R. (4th) 240; [1984] 1 W.W.R. 599; 28 Alta. L.R. (2d) 369; 8 C.R.R. 10 (B.R.); conf. par (1984), 13 D.L.R. (4th) 479; [1985] 4 W.W.R. 575; 37 Alta. L.R. (2d) 287; 17 C.R.R. 100 (C.A.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] C.T.C. 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238; 12 C.P.R. (4th) 492; 268 N.R. 328 (C.A.F.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*,

C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519; (2002), 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 98 C.R.R. (2d) 1; 294 N.R. 1; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; (1997), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522; (2002), 211 D.L.R. (4th) 193; 40 Admin. L.R. (3d) 1; 44 C.E.L.R. (N.S.) 161; 20 C.P.C. (5th) 1; 18 C.P.R. (4th) 1; 93 C.R.R. (2d) 219; 287 N.R. 203; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (F.C.A.); *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

[1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; (2002), 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 98 C.R.R. (2d) 1; 294 N.R. 1; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; (1997), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522; (2002), 211 D.L.R. (4th) 193; 40 Admin. L.R. (3d) 1; 44 C.E.L.R. (N.S.) 161; 20 C.P.C. (5th) 1; 18 C.P.R. (4th) 1; 93 C.R.R. (2d) 219; 287 N.R. 203; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (C.A.F.); *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATIONS for judicial review of decisions by the Information Commissioner's delegate concerning procedural matters relating to the exercise of the Commissioner's powers during an investigation. Group A applications were dismissed as moot or premature and unripe. Group B applications were allowed on condition. Group C applications were dismissed. Group D applications were dismissed. Group E application was dismissed.

APPEARANCES:

Group A

David W. Scott, Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore for applicants.
Raynold Langlois Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi for respondent Information Commissioner of Canada.
Scott Little for respondent David Pugliese.

DOCTRINE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions du représentant du commissaire à l'information concernant des questions de procédure relatives à l'exercice des pouvoirs du commissaire au cours d'une enquête. Les demandes du groupe A ont été rejetées en raison du fait qu'elles n'avaient plus qu'un intérêt théorique ou qu'elles étaient prématurées et qu'elles n'étaient pas prêtes à être présentées. Les demandes du groupe B ont été accueillies sous réserve. Les demandes du groupe C ont été rejetées. Les demandes du groupe D ont été rejetées. La demande du groupe E a été rejetée.

ONT COMPARU:

Groupe A

David W. Scott, Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore pour les demandeurs.
Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.
Scott Little pour David Pugliese, défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent David Pugliese.

Group B

APPEARANCES:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore for applicants.

Marlys A. Edwardh, Daniel Brunet and Patricia Boyd for respondent Information Commissioner of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada and Ruby & Edwardh, Toronto, for respondent Information Commissioner of Canada.

Group C

APPEARANCES:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore for applicants.

Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi for respondent Information Commissioner of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

Group D

APPEARANCES:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore for applicants.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour David Pugliese, défendeur.

Groupe B

ONT COMPARU:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore pour les demandeurs.

Marlys A. Edwardh, Daniel Brunet et Patricia Boyd pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada et Ruby & Edwardh, Toronto, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

Groupe C

ONT COMPARU:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore pour les demandeurs.

Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi pour le commissaire à l'information du Canada, le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

Groupe D

ONT COMPARU:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore pour les demandeurs.

Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi for respondent Information Commissioner of Canada.

Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

Group E

Groupe E

APPEARANCES:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore for applicants.
Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi for respondent Information Commissioner of Canada.

ONT COMPARU:

Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore pour les demandeurs.
Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

EDITOR'S NOTE

The Editor, as authorized by subsection 58(2) of the *Federal Courts Act*, has decided that these 172-page reasons should be published in the official reports in the abridged format. These proceedings are unusual as they do not involve disputes over the results of the Commissioner's investigation but procedural matters relating to the exercise of the Commissioner's powers during an investigation. These cases are significant as the determination of the issues raised go directly to the manner in which the Commissioner may conduct future investigations. Editor's notes replace the omitted portions.

NOTE DE L'ARRÊTISTE

L'arrêteste, comme l'y autorise le paragraphe 58(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, a décidé de publier sous forme abrégée, dans le Recueil, les 172 pages de ces motifs. Les présentes instances sont inhabituelles puisqu'elles ne donnent pas lieu à des litiges portant sur les résultats de l'enquête du commissaire mais sur des questions de procédure liées à l'exercice des pouvoirs du commissaire au cours d'une enquête. Ces affaires sont importantes puisque la résolution des questions soulevées affecte directement la façon dont le commissaire pourra procéder lors d'enquêtes ultérieures. Les notes de l'arrêteste remplacent les parties omises.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] DAWSON J.: These 25 applications for judicial review raise significant issues relating to the conduct of investigations by the Information Commissioner (Commissioner) pursuant to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Act). Specifically, various applicants put in issue: the jurisdiction of the Commissioner to put certain questions to individuals summoned by subpoena to give evidence before the Commissioner; the jurisdiction of the Commissioner to copy documents he has obtained pursuant to the issuance of a *subpoena duces tecum*; the scope of the Commissioner's power to review documents which are the subject of a claim for solicitor-client privilege; the jurisdiction of the Commissioner to make confidentiality orders prohibiting persons who have given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony; and whether records under the control of the Prime Minister's Office and the office of the Minister of Defence are records "under the control of" respectively, the Privy Council Office or the Department of National Defence, within the meaning of that phrase as found in the Act.

[2] These reasons are lengthy. In them I:

(i) accept the submissions of the parties that the issue of the propriety of the disputed questions is moot, and accept the further submissions of the Commissioner that this is not a proper case for the Court to exercise its discretion to decide an issue which is moot;

(ii) accept the submission of the Commissioner that the Act by implication authorizes the Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to his power to subpoena documents;

(iii) accept the submission of the Commissioner that the Act authorized the Commissioner's delegate to require production of a specific legal memorandum, notwithstanding the claim that it was the subject of solicitor-client privilege. I further accept the Commissioner's submission that it was not necessary for his delegate to conclude that the memorandum was "absolutely required" for the investigation before requiring its production;

[1] LA JUGE DAWSON: Ces 25 demandes de contrôle judiciaire soulèvent des questions importantes au sujet de la conduite d'enquêtes menées par le commissaire à l'information (le commissaire) conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). Plus précisément, divers demandeurs mettent en question la compétence du commissaire de poser certaines questions aux personnes qui ont été assignées par subpoena pour déposer devant lui; la compétence du commissaire de reproduire les pièces qu'il a obtenues à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*; l'étendue du pouvoir du commissaire d'examiner les pièces qui sont assujetties au secret professionnel de l'avocat; la compétence du commissaire de rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes qui ont déposé devant lui de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage; et le fait que les documents relevant du cabinet du Premier ministre et du cabinet du ministre de la Défense sont des documents «relevant» respectivement du Bureau du Conseil privé ou du ministère de la Défense nationale, au sens qu'a cette expression dans la Loi.

[2] Dans les présents motifs, qui sont longs:

i) je retiens les arguments des parties selon lesquels la question du bien-fondé des questions en litige n'a plus qu'un intérêt théorique, et je retiens en outre les arguments du commissaire selon lesquels il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur une question qui n'a plus qu'un intérêt théorique;

ii) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi l'autorise implicitement à reproduire les pièces qui lui sont fournies conformément à son pouvoir d'ordonner par subpoena la production de pièces;

iii) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi autorisait le représentant de celui-ci à exiger la production d'une note de service juridique précise, même si le secret professionnel de l'avocat était invoqué. Je retiens en outre l'argument du commissaire selon lequel son représentant n'avait pas à conclure que la note de service était «absolument nécessaire» pour les besoins de l'enquête avant d'exiger sa production;

(iv) accept the submission of the Commissioner that the Act authorized the Commissioner's delegate to impose confidentiality orders upon witnesses who appeared before him to give evidence. However, I also accept the submission of the applicants that the confidentiality orders in question breached the right of the individual applicants to freedom of expression, and that the orders were over-broad and so were not a reasonable limit prescribed by law so as to be valid pursuant to section 1 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]]. In the result, I order that the confidentiality orders be set aside, but on the condition that the orders will remain in effect for 30 days. This period will protect the ongoing status of the Commissioner's investigation by affording the Commissioner the opportunity to consider the need for confidentiality orders and, if required, to issue orders which are not over-broad and which are justified on the evidence before the Commissioner; and

(v) accept the submission of the Commissioner and Mr. Pugliese that it is premature to adjudicate upon the request for a declaration that records under the control of the Prime Minister's Office or the office of a minister are not under the control of a government institution and are not subject to the Act. This issue should only be determined by the Court after the Commissioner has been allowed to complete his investigation and report.

Editor's note

Paragraph [3] is an index of the headings and sub-headings of the reasons for judgment, and paragraph [4] is an introductory note.

1. BACKGROUND FACTS

[5] These proceedings have their genesis in a number of requests made in 1999 for disclosure of records pursuant to the Act.

iv) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi autorisait le représentant de celui-ci à imposer des ordonnances de confidentialité aux témoins qui comparaissaient devant lui pour déposer. Toutefois, je retiens également l'argument des demandeurs voulant que les ordonnances de confidentialité en question portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels et que les ordonnances avaient une portée trop étendue et ne constituaient donc pas une limite raisonnable selon une règle de droit, de façon à être valides conformément à l'article premier de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R-) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Par conséquent, j'ordonne l'annulation des ordonnances de confidentialité, celles-ci devant toutefois continuer à avoir effet pour une période de 30 jours. Ce délai est destiné à protéger la continuité de l'enquête menée par le commissaire en donnant à celui-ci la possibilité d'envisager la nécessité de rendre des ordonnances de confidentialité et, au besoin, de délivrer des ordonnances dont la portée n'est pas trop étendue et qui sont justifiées eu égard à la preuve dont il dispose;

v) je retiens l'argument du commissaire et de M. Pugliese selon lequel il est prématuré de statuer sur la demande visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les documents relevant du cabinet du premier ministre ou du cabinet d'un ministre ne relèvent pas d'une institution fédérale et ne sont pas visés par la Loi. Cette question devrait uniquement être réglée par la Cour après que le commissaire aura eu la possibilité d'achever son enquête et de rédiger son rapport.

Note de l'arrêtiste

Le paragraphe [3] est un index des titres et sous-titres des motifs du jugement, et le paragraphe [4] est une note introductive.

1. FAITS SOUS-TENDANT L'AFFAIRE

[5] La présente instance résulte d'un certain nombre de demandes qui ont été faites en 1999 en vue de la communication de documents conformément à la Loi.

(i) The requests

[6] The relevant requests were:

1. On June 23 and June 25, 1999, requests were made to the Privy Council Office seeking access to documents relating to the question of whether Conrad Black, then a Canadian citizen, should be appointed to the British House of Lords (Black documents requests).

2. On June 28, 1999, six requests were made to the Privy Council Office seeking access to the Prime Minister's¹ daily agenda book for 1994 through 1999 (Prime Minister's agenda requests).

3. On September 22, 1999, a request was made to the Department of National Defence for copies of all records since January 1, 1998 of the M5 group meetings (September 22 M5 documents request). "M5" is the term used to describe informal meetings between the Minister of National Defence, the Deputy Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff and senior exempt staff in the Minister's office. "Exempt staff" are persons appointed by a minister or the Prime Minister to his or her staff and they hold office at the pleasure of the person who appointed them. Exempt staff are not public servants.

4. On November 5, 1999, a request was made to the Department of Transport seeking a copy of the Minister of Transport's itinerary and/or meeting schedule for the period from June 1, 1999 to November 5, 1999 (Minister of Transport's agenda request).

5. On November 12, 1999, a request was made to the Department of National Defence for copies of the minutes or documents produced from the M5 management meetings for 1999 (November 12 M5 documents request).

i) Les demandes

[6] Les demandes pertinentes suivantes ont été faites:

1. Les 23 et 25 juin 1999, des demandes ont été faites au Bureau du Conseil privé en vue de la communication de pièces se rapportant à la question de savoir si Conrad Black, qui était alors citoyen canadien, devait être nommé à la Chambre des lords britannique (les demandes de documents concernant M. Black).

2. Le 28 juin 1999, six demandes ont été faites au Bureau du Conseil privé en vue de la communication de l'agenda quotidien du premier ministre¹ pour les années 1994 à 1999 (les demandes relatives à l'agenda du premier ministre).

3. Le 22 septembre 1999, une demande a été faite au ministère de la Défense nationale en vue de l'obtention de copies de tous les documents, depuis le 1^{er} janvier 1998, relatifs aux réunions du groupe M5 (la demande relative aux documents M5 du 22 septembre). Par «M5», on entend les réunions informelles entre le ministre de la Défense nationale, le sous-ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et les principaux membres du personnel exonéré du cabinet du ministre. Par «membres du personnel exonéré», on entend les personnes que le ministre ou le premier ministre nomme pour faire partie de son personnel; ces personnes exercent leurs fonctions à titre amovible, la personne qui les a nommées pouvant les destituer de leurs fonctions. Les membres du personnel exonéré ne sont pas des fonctionnaires.

4. Le 5 novembre 1999, une demande a été faite au ministère des Transports en vue de l'obtention d'une copie de l'itinéraire ou de l'horaire des réunions du ministre des Transports pour la période allant du 1^{er} juin au 5 novembre 1999 (la demande relative à l'agenda du ministre des Transports).

5. Le 12 novembre 1999, une demande a été faite au ministère de la Défense nationale en vue de l'obtention de copies des pièces ou des procès-verbaux établis à la suite des réunions de gestion M5 pour l'année 1999 (la demande relative aux documents M5 du 12 novembre).

The Privy Council Office, the Department of National Defence and the Department of Transport are government institutions to which the Act extends.

(ii) The responses to the requests

[7] The following responses were made to each request.

1. With respect to the Black documents requests, on September 7, 1999 both requesters were provided with some documents in response to their respective requests. However, some records or portions thereof were not provided to the requesters because the Privy Council Office claimed certain exemptions and exclusions pursuant to relevant provisions of the Act.

2. In response to the Prime Minister's agenda requests, the Privy Council Office advised the requester on July 13, 1999 that in respect of five of the six requests for the Prime Minister's agendas, there were no records under the control of the Privy Council Office which were responsive to the requests. With respect to the sixth request, the requester was advised on August 11, 1999 that the Privy Council Office would neither confirm nor deny the existence of any records relating to the request but that should any such records exist, they would be exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act as being personal information.

3. With respect to the September 22 M5 documents request, on October 18, 1999 the Department of National Defence responded that their search failed to uncover any relevant records.

4. In response to the Minister of Transport's agenda request, the requester was advised on December 22, 1999 that no records existed in Transport Canada's files responsive to the request. It was noted that the Minister's itinerary/meeting schedules were prepared and maintained by his political staff and were not considered to be departmental records.

Le Bureau du Conseil privé, le ministère de la Défense nationale et le ministère des Transports sont des institutions fédérales auxquelles la Loi s'applique.

ii) Les réponses aux demandes

[7] Les réponses suivantes ont été données à chaque demande:

1. En ce qui concerne les demandes de documents concernant M. Black, les deux demandeurs d'accès ont obtenu, le 7 septembre 1999, certaines pièces en réponse à leurs demandes respectives. Toutefois, certains documents ou certaines parties de documents ne leur ont pas été fournis parce que le Bureau du Conseil privé invoquait certaines exceptions et certaines exclusions conformément aux dispositions pertinentes de la Loi.

2. En réponse aux demandes relatives à l'agenda du Premier ministre, le Bureau du Conseil privé a informé le demandeur d'accès, le 13 juillet 1999, qu'en ce qui concerne cinq des six demandes, il n'y avait pas de documents relevant du Bureau du Conseil privé qui répondent aux demandes. Quant à la sixième demande, le demandeur d'accès a été informé, le 11 août 1999, que le Bureau du Conseil privé ne confirmait pas ou ne niait pas l'existence de documents visés par la demande, mais que si de tels documents existaient, ils n'avaient pas à être communiqués, conformément au paragraphe 19(1) de la Loi, pour le motif qu'ils contenaient des renseignements personnels.

3. En ce qui concerne la demande relative aux documents M5 du 22 septembre, le ministère de la Défense nationale a répondu, le 18 octobre 1999, que les recherches qui avaient été effectuées n'avaient permis de découvrir aucun document pertinent.

4. En réponse à la demande relative à l'agenda du ministre des Transports, le demandeur d'accès a été informé, le 22 décembre 1999, qu'il n'existait dans les dossiers de Transports Canada aucun document qui répondent à la demande. Il a été noté que l'itinéraire et l'horaire des réunions du ministre étaient préparés et tenus par les membres du personnel politique et n'étaient pas considérés comme des documents du ministère.

5. With respect to the November 12 M5 documents request, on February 15, 2000 the Department of National Defence advised that a search failed to uncover any documents such as those requested.

(iii) The complaints

[8] Four of the five requesters made complaints to the Commissioner in respect of the responses received to their requests. No complaint was made with respect to the September 22 M5 documents request. The requesters complained about the exemptions and exclusions applied by the Privy Council Office in response to the Black documents requests. The balance of the complaints were that the requesters had not been provided with the documents requested.

[9] Subsequently, in the course of investigating the complaint arising from the November 12 M5 documents request, the Commissioner received information which satisfied him that there were reasonable grounds upon which to investigate the response to the September 22 M5 documents request. Accordingly the Commissioner proceeded with a self-initiated complaint with respect to that request.

(iv) The Commissioner's investigations

[10] On receipt of the complaints, as the Commissioner was obliged to do under the Act, he began to investigate the complaints. Pursuant to those investigations, conducted by his delegate, the Deputy Information Commissioner, the Commissioner issued *subpoenas duces tecum* to witnesses, copied records which were produced pursuant to such subpoenas, examined under oath witnesses who had been subpoenaed, and at the outset of some of those examinations made confidentiality orders, all as discussed in more detail below.

(v) The status of the Commissioner's investigations

[11] The Commissioner's investigations of the complaints about access refusals stemming from the

5. En ce qui concerne la demande relative aux documents M5 du 12 novembre, le ministère de la Défense nationale a fait savoir, le 15 février 2000, que les recherches qui avaient été effectuées n'avaient permis de découvrir aucun document tels que ceux qui étaient demandés.

iii) Les plaintes

[8] Quatre des cinq demandeurs d'accès ont déposé des plaintes auprès du commissaire au sujet des réponses qu'ils avaient reçues à la suite de leurs demandes. Aucune plainte n'a été déposée au sujet de la demande relative aux documents M5 du 22 septembre. Les demandeurs d'accès se sont plaints des exceptions et des exclusions que le Bureau du Conseil privé avait invoquées en réponse aux demandes de documents concernant M. Black. Les autres plaintes qui avaient été déposées se rapportaient au fait que les demandeurs d'accès n'avaient pas obtenu les documents demandés.

[9] Par la suite, dans le cadre d'une enquête portant sur la plainte découlant de la demande relative aux documents M5 du 12 novembre, le commissaire a obtenu des renseignements qui le convainquaient qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devait être menée au sujet de la réponse à la demande relative aux documents M5 du 22 septembre. Le commissaire a donc lui-même pris l'initiative d'une plainte à ce sujet.

iv) Les enquêtes du commissaire

[10] Sur réception des plaintes, le commissaire a commencé à enquêter comme il était tenu de le faire. Dans le cadre de ces enquêtes, menées par le représentant du commissaire, le sous-commissaire à l'information, le commissaire a délivré des *subpoenas duces tecum* aux témoins; il a reproduit les documents qui avaient été produits à la suite de la délivrance de ces subpoenas; il a interrogé sous serment les témoins qui avaient été assignés; au début de certains de ces interrogatoires, il a rendu des ordonnances de confidentialité, sur lesquelles nous reviendrons ci-dessous.

v) L'état des enquêtes du commissaire

[11] Les enquêtes menées par le commissaire sur les plaintes découlant du refus de communication des

requests for the Prime Minister's agendas, the September 22 and November 12 M5 documents, and the Minister of Transport's agendas remain ongoing.

[12] The Commissioner has completed his investigation of the complaints based on the refusal of the Privy Council Office to grant access to the Black documents. After the complaints were received, the Coordinator for Access to Information and Privacy for the Privy Council Office conducted a re-examination of the records. As a result of that re-examination, additional information was provided to the requesters/complainants. Subsequently, the Commissioner concluded in the Black documents requests investigation that the exemptions and exclusions were properly claimed and that the remaining Black documents ought not to be disclosed. The Commissioner argues that issues arising from this concluded investigation are not justiciable as being moot and unnecessary. Those arguments are addressed below.

(vi) These proceedings

[13] The proceedings in this Court are of an unusual nature. Generally, proceedings relating to the Act are brought in this Court only after the results of the Commissioner's completed investigation have been reported to both the person who made the complaint about a refusal of access and to the head of the government institution which has refused access. The present applications for judicial review, except those arising out of the Black documents requests, all are brought during the currency of the Commissioner's investigation. Those applications therefore impact upon the right of the Commissioner to conduct investigations under the Act.

2. ORGANIZATION OF THE 25 APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW

[14] As noted at the outset, these reasons are in respect of 25 applications for judicial review. Pursuant to an order of the case management Judge, the applications were divided into five groups with the applications contained within those groups to be heard serially. The applications contained in each group were consolidated

agendas du premier ministre, des documents M5 du 22 septembre et du 12 novembre et des agendas du ministre des Transports sont encore en cours.

[12] Le commissaire a achevé son enquête sur les plaintes fondées sur le refus du Bureau du Conseil privé de communiquer les documents concernant M. Black. Après la réception des plaintes, le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, au Bureau du Conseil privé, a procédé à un réexamen des documents. Par suite de ce réexamen, des renseignements additionnels ont été fournis aux demandeurs d'accès qui avaient déposé une plainte. Subséquemment, le commissaire a conclu, à la suite de l'enquête sur les demandes de documents concernant M. Black, que les exceptions et exclusions étaient à juste titre invoquées et que les autres documents concernant M. Black ne devaient pas être communiqués. Le commissaire soutient que les questions découlant de cette enquête ne sont pas justiciables parce qu'elles n'ont plus qu'un intérêt théorique et qu'elles sont inutiles. Ces arguments sont examinés ci-dessous.

vi) La présente instance

[13] L'instance qui occupe la Cour est inhabituelle. En général, le recours prévu par la Loi est exercé auprès de la Cour uniquement après que le résultat de l'enquête du commissaire a été porté à la connaissance de la personne qui a déposé la plainte relative au refus de communication ainsi que du responsable de l'institution fédérale qui a refusé la communication. Les demandes de contrôle judiciaire ici en cause, sauf celles qui découlent des demandes de documents concernant M. Black, ont toutes été présentées pendant que l'enquête du commissaire était encore en cours. Ces demandes influent donc sur le droit du commissaire de mener les enquêtes en vertu de la Loi.

2. ORGANISATION DES 25 DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[14] Comme il en a été fait mention au début, ces motifs se rapportent à 25 demandes de contrôle judiciaire. Conformément à une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion de l'instance, les demandes ont été réparties en cinq groupes, les demandes faisant partie de ces groupes devant être

within that group.

[15] Counsel have described these groups as groups A, B, C, D and E. They will be referred to as such in these reasons. What follows is a listing of which applications fall within each group together with a brief description of the issue raised in each group.

Group A: A declaration is sought that certain records under the control of the Prime Minister's Office or the office of the Minister of National Defence are not under the control of, respectively, the Privy Council Office or the Department of National Defence, and so are not under the control of a government institution. These applications are called the "Control of Records Applications". There are three applications in this group: T-606-01, T-1640-00 and T-1641-00.

Group B: A declaration is sought that the Commissioner lacks jurisdiction to make confidentiality orders. Consequential relief quashing the confidentiality orders made by the Commissioner is also sought. These are called the "Confidentiality Order Applications". There are nine applications in this group: T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01 and T-1909-01.

Group C: A declaration is sought that the Commissioner may not photocopy materials delivered to him pursuant to a *subpoena duces tecum*. Consequential relief is sought requiring the return of copies made and the prohibition of further copying. These are called the "Copying of Records Applications". There are ten applications in this group: T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01, T-1910-01 and T-2070-01.

Group D: A declaration is sought that the Commissioner lacks jurisdiction to require two named parties to answer certain questions on examination under oath. These are

entendues les unes à la suite des autres. Les demandes faisant partie de chaque groupe ont été réunies dans ce groupe.

[15] Les avocats ont désigné ces groupes comme étant les groupes A, B, C, D et E. C'est ainsi qu'ils seront désignés dans les présents motifs. Voici une liste des demandes qui font partie de chaque groupe ainsi qu'une brève description de la question soulevée:

Groupe A: On sollicite un jugement déclaratoire portant que certains documents relevant du cabinet du Premier ministre ou du cabinet du ministre de la Défense nationale ne relèvent pas respectivement du Bureau du Conseil privé ou du ministère de la Défense nationale, et ne relèvent donc pas d'une institution fédérale. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives au contrôle des documents». Ce groupe est composé de trois demandes: T-606-01, T-1640-00 et T-1641-00.

Groupe B: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour rendre des ordonnances de confidentialité. L'annulation des ordonnances de confidentialité rendues par le commissaire est en conséquence également sollicitée. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives à l'ordonnance de confidentialité». Ce groupe est composé de neuf demandes: T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01 et T-1909-01.

Groupe C: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire ne peut pas photocopier les documents qui lui sont remis à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*. On demande en conséquence une ordonnance portant que les copies qui ont été faites doivent être renvoyées et interdisant de faire d'autres copies. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives à la reproduction de documents». Ce groupe est composé de dix demandes: T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01, T-1910-01 et T-2070-01.

Groupe D: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour enjoindre à deux parties désignées de répondre à certaines

called the “Propriety of Questions Applications”. There are two applications in this group: T-801-01 and T-891-01.

Group E: A declaration is sought that the Commissioner has no jurisdiction to require the production of certain documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is made. This is called the “Solicitor-Client Application”. There is one application in this group: T-1083-01.

3. THE APPLICABLE PRINCIPLES OF STATUTORY INTERPRETATION

[16] Resolution of the issues before the Court turns largely upon the proper interpretation to be given to a number of provisions in the Act.

[17] The starting point for the interpretation of the Act is the following well-known and accepted statement of principle:

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

See: E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87 as cited in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 27.

[18] This approach requires a court to attribute to a legislative provision the meaning that best accords with both the text and the context of the provision. While neither can be ignored, as the Federal Court of Appeal observed in *Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505, at paragraph 13, the clearer the ordinary meaning of the provision, the more compelling the contextual considerations must be in order to warrant a different reading.

[19] The Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. See: *Canada Post Corp. v. Canada*

questions dans le cadre d'un interrogatoire sous serment. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives au bien-fondé des questions». Ce groupe est composé de deux demandes: T-801-01 et T-891-01.

Groupe E: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour exiger la production de certains documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. Cette demande est appelée «Demande relative au secret professionnel de l'avocat». Ce groupe comprend une seule demande: T-1083-01.

3. PRINCIPES D'INTERPRÉTATION LÉGISLATIVE APPLICABLES

[16] Le règlement des questions dont la Cour est saisie dépend largement de l'interprétation qu'il convient de donner à un certain nombre de dispositions de la Loi.

[17] Le point de départ, aux fins de l'interprétation de la Loi, est l'énoncé de principe accepté bien connu suivant:

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

Voir: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), page 87, tel qu'il est cité dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 27.

[18] Cette approche exige que le tribunal judiciaire attribue à une disposition législative le sens qui correspond le mieux tant au texte de la disposition qu'à son contexte. Ni l'un ni l'autre ne peuvent être passés sous silence, mais comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer dans l'arrêt *Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505, au paragraphe 13, plus le sens ordinaire de la disposition est clair, plus les considérations d'ordre contextuel doivent être convaincantes pour justifier une interprétation différente.

[19] La Loi doit être interprétée d'une façon libérale en se fondant sur l'objet visé. Voir: *Société canadienne*

(*Minister of Public Works*), [1995] 2 F.C. 110 (C.A.), at paragraph 33 and *Canada (Privacy Commission) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609 (T.D.), at paragraph 47.

[20] The Act has been held to strive to balance what has been characterized as a quasi-constitutional right of access with the necessity of having a government able to function efficiently and with the requisite candor. The quasi-constitutional status of legislation is a factor to be considered in interpreting the legislation in that it recognizes the special purpose of the legislation. That status does not, however, operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation. See: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at paragraph 25.

[21] Given the need to view the relevant provisions of the Act in the context of the Act as a whole, I now turn to review generally the regime prescribed by the Act.

4. THE LEGISLATIVE CONTEXT

(i) The purpose of the Act

[22] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, Mr. Justice La Forest writing in dissent, but not dissenting on this point, wrote that the “overarching purpose of access to information legislation . . . is to facilitate democracy”. The legislation does this by insuring that citizens are properly informed so as to be able to participate meaningfully in the democratic process and by insuring that politicians and bureaucrats remain accountable to citizens.

[23] In subsection 2(1) of the Act, Parliament expressly articulated the purpose of the legislation. The Act is stated to “extend the laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.”

des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1995] 2 C.F. 110 (C.A.), au paragraphe 33, et *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609 (1^{re} inst.), au paragraphe 47.

[20] Il a été statué que la Loi vise à établir l'équilibre entre ce qui a été qualifié de droit quasi constitutionnel à la communication et la nécessité d'avoir un gouvernement qui est en mesure de fonctionner d'une façon efficace et avec l'honnêteté requise. Le statut quasi constitutionnel de la législation est un facteur dont il faut tenir compte en interprétant la législation, en ce sens que l'objet spécial de cette législation est reconnu. Ce statut n'a toutefois pas pour effet de modifier l'approche traditionnelle en matière d'interprétation des lois. Voir: *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, au paragraphe 25.

[21] Étant donné qu'il faut examiner les dispositions pertinentes dans le contexte de la Loi dans son ensemble, j'examinerai maintenant d'une façon générale le régime prescrit par celle-ci.

4. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

i) L'objet de la Loi

[22] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest, qui était dissident, mais non sur ce point, a dit que «[l]a loi en matière d'accès à l'information a [. . .] pour objet général de favoriser la démocratie». Elle aide à garantir que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique et que les politiciens et les bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

[23] Au paragraphe 2(1) de la Loi, le législateur a expressément énoncé son objet. La Loi vise à «élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif».

(ii) The right of access and requests for access

[24] Subsection 4(1) of the Act provides that every person who is a Canadian citizen or a permanent resident (as defined) “has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution”. The word “record” is broadly defined in section 3 of the Act. The term “government institution” is there defined as “any department or ministry of state of the Government of Canada listed in Schedule I or any body or office listed in Schedule I.” Requests for access are to be made in writing to the government institution that has control of the record in question (section 6). The general rule (subject to specific exceptions found in sections 8, 9, and 11 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 2] of the Act) is that within 30 days of receipt of the request, the head of the government institution to which the request is made shall give written notice to the requester as to whether access to all or part of the record will be given and, where access is to be given, give access to the record or a part thereof (section 7).

[25] Where the head of a government institution refuses to grant access to all or part of a requested record, he or she is required by section 10 of the Act to state in the notice given under section 7 either that the record does not exist or to provide the specific provision of the Act on which the refusal is based or on which a refusal could be reasonably expected to be based if the record existed. This latter provision reflects that the head of a government institution may, but is not required to, indicate whether a record exists. The notice provided to the access requester must also advise of the requester’s right to make a complaint to the Commissioner about a refusal of access. Failure to provide a record requested within the time limits set out in the Act is deemed to be a refusal of access (subsection 10(3)).

(iii) The exemptions from access

[26] Sections 13 [s. 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21)] to 26 of the Act contain provisions that either prohibit the disclosure of certain types of records or

ii) Le droit d'accès et les demandes de communication

[24] Le paragraphe 4(1) de la Loi prévoit qu’«ont droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande» les citoyens canadiens et les résidents permanents (telles que ces expressions sont définies). Le mot «documents» est défini d’une façon générale à l’article 3 de la Loi. L’expression «institution fédérale» y est définie comme étant «[t]out ministère ou département d’État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l’annexe I». Les demandes de communication se font par écrit auprès de l’institution fédérale dont relève le document en question (article 6). La règle générale (sous réserve des exceptions précises prévues aux articles 8, 9 et 11 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 2] de la Loi) est que le responsable de l’institution fédérale à qui est faite une demande est tenu, dans les 30 jours suivant sa réception, d’aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu’il sera donné ou non communication totale ou partielle du document et, le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document (article 7).

[25] En cas de refus de communication totale ou partielle d’un document demandé, le responsable d’une institution fédérale est tenu, en vertu de l’article 10 de la Loi, de mentionner dans l’avis prévu à l’article 7 soit le fait que le document n’existe pas, soit la disposition précise de la Loi sur laquelle se fonde le refus ou la disposition sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si le document existait. Cette dernière disposition montre que le responsable d’une institution fédérale peut indiquer si un document existe, mais qu’il n’est pas tenu de le faire. L’avis donné au demandeur d’accès doit également informer celui-ci de son droit de déposer une plainte auprès du commissaire par suite du refus de communication. Le défaut de communication d’un document dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication (paragraphe 10(3)).

iii) Les exceptions en matière d'accès

[26] Les articles 13 [art. 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21)] à 26 de la Loi renferment des dispositions qui interdisent la communication de certains types de

grant a discretion to the head of a government institution as to whether a record is disclosed. Illustrative of the prohibitions on disclosure are paragraph 13(1)(a) of the Act which prohibits disclosure of a record containing information obtained in confidence from a foreign state unless that state consents to the disclosure of the record or itself makes the information public, and section 19 of the Act which prohibits disclosure of a record that contains personal information (as defined in the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21) unless the information is publicly available, or the disclosure is authorized by the individual to which it relates or is otherwise permitted by section 8 of the *Privacy Act*. Examples of circumstances where discretion is granted regarding the disclosure of a record are found at section 14, which applies to a record containing information which if disclosed could reasonably be expected to be injurious to the federal government's conduct of federal-provincial affairs, and paragraph 21(1)(b) of the Act which applies to a record that contains an account of consultations or deliberations involving a Minister of the Crown, or the staff of a Minister of the Crown, or government officers or employees.

(iv) The complaint and investigative process

[27] The Commissioner is obliged to receive and investigate complaints made to him (subsection 30(1) [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4]). Those complaints may be made in a number of specified circumstances. For example, a complaint may be made where a person has been refused access to all or part of a requested record, and a complaint may be made in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under the Act. The Commissioner may also initiate a complaint at his own behest where he is satisfied that there are "reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act" (subsection 30(3)). These powers transcend the simple obligation and right to investigate a specific refusal to give access to a specific requested record.

documents ou qui confèrent un pouvoir discrétionnaire au responsable d'une institution fédérale lorsqu'il s'agit de savoir si un document sera communiqué. Parmi les interdictions en matière de communication, il y a l'alinéa 13(1)a) de la Loi, qui interdit la communication d'un document contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel d'un État étranger à moins que cet État ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics, et l'article 19 de la Loi, qui interdit la communication d'un document contenant des renseignements personnels (au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21), à moins que le public n'y ait accès, que l'individu qu'ils concernent n'y consente ou que la communication ne soit pas ailleurs permise par l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Des exemples de cas dans lesquels un pouvoir discrétionnaire est conféré à l'égard de la communication d'un document se trouvent à l'article 14, qui s'applique à un document contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement fédéral des affaires fédérales- provinciales, et à l'alinéa 21(1)b) de la Loi, qui s'applique à un document contenant des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés un ministre ou son personnel, ou des cadres ou employés du gouvernement.

iv) La procédure relative à la plainte et à l'enquête

[27] Le commissaire reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes (paragraphe 30(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4]). Ces plaintes peuvent être déposées dans un certain nombre de cas précis. Une plainte peut notamment être déposée par une personne qui s'est vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elle a demandé, ou à l'égard de toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la Loi. Le commissaire peut également lui-même prendre l'initiative d'une plainte s'il a «des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi» (paragraphe 30(3)). Ces pouvoirs l'emportent sur l'obligation et le droit d'enquêter sur un refus précis de communication d'un document demandé.

[28] Before commencing an investigation of a complaint, the Commissioner must notify the head of the concerned government institution of his intent to investigate and also inform the head of the substance of the complaint (section 32). The Commissioner is also obliged to afford to a complainant and to the head of the relevant government institution a reasonable opportunity to make representations (subsection 35(2)).

[29] Section 34 of the Act provides that, subject to the Act, the Commissioner “may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act”. Specific powers in relation to the conduct of investigations are reposed in the Commissioner by section 36 of the Act. Examples of these powers are that the Commissioner may summon and enforce the appearance of persons before him, and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents as the Commissioner deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record (paragraph 36(1)(a)). The Commissioner may receive and accept such evidence or other information as the Commissioner sees fit, whether the evidence or information is, or would be, admissible in a court of law (paragraph 36(1)(c)). The Commissioner may enter into premises occupied by any government institution and may examine or obtain copies of or extracts from relevant books or records found in such premises (paragraphs 36(1)(d) and (f)).

[30] Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Commissioner may during his investigation examine any record to which the Act applies that is under the control of the government institution and “no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds” (subsection 36(2)). Subsection 36(5) provides that any document or thing produced pursuant to this section shall be returned by the Commissioner within 10 days of a request being made for such return, but nothing in the subsection precludes the Commissioner from again requiring production of the document. The Commissioner is obliged to conduct his investigation in private (subsection 35(1)). Except in the case of prosecutions and court proceedings under the Act, evidence given by a person in proceedings under the Act,

[28] Le commissaire, avant de procéder aux enquêtes, avise le responsable de l’institution fédérale concernée de son intention d’enquêter et lui fait connaître l’objet de la plainte (article 32). Le commissaire est également tenu de donner au plaignant et au responsable de l’institution fédérale concernée une possibilité de présenter ses observations (paragraphe 35(2)).

[29] L’article 34 de la Loi prévoit que, sous réserve des autres dispositions de la Loi, le commissaire «peut établir la procédure à suivre dans l’exercice de ses pouvoirs et fonctions». Des pouvoirs précis, relativement à la conduite d’enquêtes, sont conférés au commissaire à l’article 36 de la Loi. Le commissaire peut notamment assigner et contraindre des témoins à comparître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives (alinéa 36(1)a)). Il peut recevoir des éléments de preuve ou des renseignements qu’il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux (alinéa 36(1)c)). Il peut pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, et examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents trouvés dans les locaux (alinéas 36(1)d) et f)).

[30] Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le commissaire a, pour les enquêtes qu’il mène, accès à tous les documents qui relèvent d’une institution fédérale et auxquels la Loi s’applique; «aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé» (paragraphe 36(2)). Le paragraphe 36(5) prévoit que les pièces produites en vertu de cette disposition sont renvoyées par le commissaire dans les 10 jours suivant la requête présentée à cette fin, mais que rien n’empêche le commissaire d’en réclamer une nouvelle production. Le commissaire doit mener une enquête secrète (paragraphe 35(1)). Sauf dans le cas de poursuites et de procédures judiciaires engagées en vertu de la Loi, les dépositions faites au cours de procédures prévues par la Loi ou le fait de l’existence de ces procédures ne sont

and evidence of the existence of such proceedings are inadmissible against a person in a court or in any other proceedings (subsection 36(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1]).

[31] After the Commissioner completes his investigation, if he finds that the complaint is well-founded he is required to provide a report to the head of the government institution that has control of the record. The report shall contain the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate. The Commissioner may also request that he be given notice, within a specified period of time, of any actions taken or proposed to be taken in order to implement the Commissioner's recommendations. Alternatively, the Commissioner may request that he be advised of the reasons why no such action has been taken or is proposed. The Commissioner shall also make a report to the complainant. Where the government institution fails to respond to the Commissioner within the time specified, or any action to be taken described by the government institution is inadequate in the view of the Commissioner, the Commissioner shall so advise the complainant and the Commissioner "may include in the report [to the complainant] such comments on the matter as he thinks fit". The Commissioner shall also inform the complainant of his or her right to apply to this Court for a review of the matter investigated (section 37).

[32] The Commissioner can not order that any record be released. His powers are limited to making recommendations to the relevant government institution.

(v) Reports to Parliament

[33] The Commissioner is required to report annually to Parliament on the activities of his office (section 38). Additionally, he may at any time make a special report to Parliament "referring to and commenting on any matter within the scope of his powers, duties and functions" where, in his view, the matter is of such urgency or importance that such report should not be delayed (subsection 39(1)).

[34] This obligation is mirrored in section 72 of the Act which requires the head of each government

pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure (paragraphe 36(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1]).

[31] Une fois l'enquête terminée, le commissaire, s'il conclut au bien-fondé de la plainte, adresse un rapport au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document. Le rapport renferme les conclusions de l'enquête ainsi que les recommandations que le commissaire juge indiquées. Le commissaire peut également demander qu'on lui donne avis, dans un délai déterminé, des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations. Par ailleurs, il peut demander à être informé des motifs invoqués pour ne pas y donner suite. Le commissaire rend en outre compte au plaignant. Il mentionne également dans son compte rendu au plaignant le fait que l'institution fédérale ne lui a pas répondu dans le délai imparti, ou que les mesures indiquées par l'institution fédérale sont, selon lui, insuffisantes. «Il peut en outre y inclure tous commentaires qu'il estime utiles.» Le commissaire informe également le plaignant de l'existence d'un droit de recours en révision devant la Cour (article 37).

[32] Le commissaire ne peut pas ordonner la communication d'un document. Il est uniquement autorisé à faire des recommandations à l'institution fédérale concernée.

v) Rapports au Parlement

[33] Le commissaire est tenu de présenter chaque année au Parlement le rapport des activités du commissariat (article 38). De plus, il peut, à toute époque de l'année, présenter au Parlement un rapport spécial «sur toute question relevant de ses pouvoirs et fonctions» et dont l'urgence ou l'importance sont telles, selon lui, qu'il serait contre-indiqué d'en différer le compte rendu (paragraphe 39(1)).

[34] Une obligation parallèle est énoncée à l'article 72 de la Loi: à la fin de chaque exercice, chacun des

institution to report annually to Parliament with respect to the administration of the Act within the institution each year.

[35] Section 75 of the Act requires that the administration of the Act be reviewed on a permanent basis by such committee of the House of Commons, the Senate, or of both Houses of Parliament as may be designated by Parliament for that purpose.

(vi) Review by the Federal Court

[36] Section 41 of the Act allows a person who has been refused access and who has made a complaint to the Commissioner in respect of the refusal, to apply to this Court for a review of the matter. Such application is to be made within 45 days of the Commissioner's report to the complainant and is a further independent review of a decision of government as to whether government information should be disclosed.

[37] The Commissioner may, with the consent of the complainant, initiate such application. The Commissioner may also appear before the Court on behalf of any person who has brought such application and, with the Court's leave, may appear as a party to any review (section 42).

[38] On such application, the Court is given the same access to records as the Commissioner is given on his investigation (section 46).

(vii) The confidentiality provisions

[39] The Commissioner and persons acting on his behalf who receive or obtain information relating to an investigation shall, with respect to that information, satisfy the security requirements and take any oath of secrecy required of persons who normally have access to that information (section 61). The Commissioner and those acting on his behalf are prohibited from disclosing any information that comes to their knowledge in the performance of their duties (section 62) and must take every reasonable precaution to avoid the disclosure of

responsables d'une institution fédérale présente au Parlement le rapport d'application de la Loi en ce qui concerne son institution.

[35] L'article 75 de la Loi prévoit que le Parlement désigne un comité, soit de la Chambre des communes, soit du Sénat, soit mixte, chargé spécialement de l'examen permanent de l'application de la Loi.

vi) Révision par la Cour fédérale

[36] L'article 41 de la Loi permet à la personne qui s'est vu refuser communication et qui a déposé une plainte à ce sujet devant le commissaire d'exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. Pareille demande doit être faite dans les 45 jours qui suivent la date à laquelle le commissaire a fait rapport au plaignant et constitue un autre examen indépendant d'une décision de l'administration se rapportant à la question de savoir si les renseignements de l'administration doivent être communiqués.

[37] Le commissaire a qualité pour exercer lui-même le recours avec le consentement de la personne qui a demandé le document. Il peut également comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours et comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance (article 42).

[38] Dans le cadre de pareil recours, la Cour a accès aux documents, de la même façon que le commissaire dans le cadre de son enquête (article 46).

vii) Les dispositions relatives à la confidentialité

[39] Le commissaire et les personnes agissant en son nom qui reçoivent ou recueillent des renseignements dans le cadre des enquêtes sont tenus, quant à ces renseignements, de satisfaire aux normes en matière de sécurité et de prêter les serments imposés à leurs usagers habituels (article 61). Le commissaire et les personnes agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (article 62) et ils ne peuvent divulguer et prennent toutes les

and shall not disclose information which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose, or any information as to whether a record exists where the head of a government institution has not indicated whether it exists (section 64). The Commissioner and those acting on his behalf are not competent or compellable in respect of a matter coming to their knowledge as a result of performing duties or functions under the Act, except in cases of prosecutions for offences under the Act or for perjury, and except with respect to review proceedings in this Court under the Act and appeals therefrom (section 65 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1]). Disclosure is, of course, permitted for the purpose of carrying out investigations under the Act and in order to establish grounds for findings and recommendations contained in any report under the Act (section 63 [as am. *idem*]).

(viii) Material not subject to the Act

[40] The Act does not apply to certain specific and limited materials. Section 68 [as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143] provides that the Act does not apply to certain described material which is in the public domain. The Act also does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada (as defined) except where such confidences have been in existence for more than 20 years or where they are contained in certain specifically described discussion papers (section 69). Finally, the Act does not apply to information which is the subject of a certificate issued under section 38.13 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (section 69.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 87]). Section 38.13 of the *Canada Evidence Act* relates to protecting information obtained in confidence from or in relation to a foreign entity and to protecting national defence or national security.

(ix) The Regulations to the Act

[41] Regulations have been enacted pursuant section 77 of the Act. Section 3 of the *Access to Information Regulations*, SOR/83-507 provides that for the purpose

précautions pour éviter que ne soient divulgués des renseignements qui justifient un refus de communication ou des renseignements faisant état de l'existence d'un document lorsque le responsable d'une institution fédérale n'a pas indiqué s'il existait ou non (article 64). En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la Loi, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la Loi ou pour parjure, ou lors d'un recours en révision prévu par la Loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci (article 65 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) ch. 27, art. 187, ann. V, n^o 1]). Bien sûr, la communication est permise afin de mener une enquête prévue par la Loi et afin de motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la Loi (article 63 [mod., *idem*]).

viii) Documents non visés par la Loi

[40] La Loi ne s'applique pas à certains documents. L'article 68 [mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32] prévoit que la Loi ne s'applique pas à certains documents décrits qui relèvent du domaine public. La Loi ne s'applique pas non plus aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada (tels qu'ils sont définis), sauf aux documents confidentiels dont l'existence remonte à plus de 20 ans ou à certains documents de travail expressément décrits (article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n^o 3]). Enfin, la Loi ne s'applique pas aux renseignements qui font l'objet d'un certificat délivré en vertu de l'article 38.13 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (article 69.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 87]). L'article 38.13 de la *Loi sur la preuve au Canada* se rapporte à la protection des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère ou qui concernent une telle entité et à la protection de la défense ou de la sécurité nationales.

ix) Le Règlement d'application de la Loi

[41] Le Règlement a été pris conformément à l'article 77 de la Loi. L'article 3 du *Règlement sur l'accès à l'information*, DORS/83-507, prévoit qu'aux fins du

of subsection 4(3) of the Act (which applies to access to records produced from machine readable records) a record that does not exist, but which can be produced from a machine readable record may not be produced where its production would unreasonably interfere with the operations of the institution. This reflects the proper concern that the Act not interfere with the operation of government.

(x) Summary

[42] In sum, the Act enshrines a right of access to government information and exceptions to that general right are to be limited and specific. The Act should be interpreted to provide a meaningful right of access. Fundamental to the structure of the Act is that government itself is not to decide whether information is exempt from disclosure. There is an independent review mechanism and the Commissioner's investigation is the first step in that process. The Commissioner is, however, never the decision maker. At first instance, he or she provides advice to the head of the government department who makes the initial decision about disclosure. Ultimately, in the event of dispute, it is a matter for this Court to determine.

Editor's note (replaces paragraphs 43 to 120):

Paragraphs 43 to 120 deal with the control of records applications. In Court file T-1640-00, the applicants sought a declaration that the records which were copies of the Prime Minister's agenda books for fiscal or calendar years 1994 to June 25, 1999 and were under the control of the Office of the Prime Minister (PMO) were not records under the control of the Privy Council Office (PCO) within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the *Access to Information Act*. In Court file T-1641-00, the applicants sought a declaration that personal notes made by the applicants in their notebooks, being notes of some things said during the M5 management meetings for 1999, were not records under the control of the Department of National

paragraphe 4(3) de la Loi (qui s'applique à la communication d'un document issu d'un document informatisé), la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. Cela indique une préoccupation appropriée: la Loi ne doit pas nuire au fonctionnement du gouvernement.

x) Résumé

[42] En somme, la Loi enchâsse un droit d'accès aux renseignements de l'administration fédérale, les exceptions à ce droit général étant précises et limitées. La Loi doit être interprétée de façon à conférer un droit d'accès réel. Un aspect fondamental de la structure de la Loi est que l'administration fédérale elle-même ne doit pas déterminer si un renseignement est protégé contre la communication. Un mécanisme d'examen indépendant est prévu; l'enquête menée par le commissaire constitue la première étape de ce processus. Toutefois, le commissaire n'est jamais le décideur. À première vue, le commissaire donne des conseils au responsable du ministère qui prend la décision initiale relative à la communication. En fin de compte, en cas de désaccord, il s'agit d'une question qu'il incombe à la Cour de trancher.

Note de l'arrêtiiste (remplace les paragraphes 43 à 120):

Les paragraphes 43 à 120 traitent du contrôle des demandes de documents. Dans le dossier T-1640-00, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les documents qui étaient des copies de l'agenda du Premier ministre pour les exercices ou pour les années civiles 1994 jusqu'au 25 juin 1999, et qui relevaient du cabinet du Premier ministre (CPM) n'étaient pas des documents relevant du Bureau du Conseil privé (BCP) au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans le dossier T-1641-00, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les notes personnelles qu'ils avaient consignées dans leurs cahiers de notes au sujet de choses qui avaient été dites au cours des

Defence, within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the Act. In Court file T-606-01, the applicants sought a declaration that the subject documents relating to the Black documents requests were under the control of the PMO and were not records under the control of the PCO within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the Act.

The applicants argued that the PMO and the office of a minister of the Crown are separate and distinct from the PCO or the department for which that minister is responsible. The Commissioner's position was that the Court should exercise its discretion and dismiss the applications as being premature, unnecessary and improper. The Commissioner argued that the question of control was a question initially to be determined by the Commissioner following completion of his investigation. Since the investigations in Court files T-1640-00 and T-1641-00 were ongoing, in order to not to impair his role as a neutral fact-finder, the Commissioner has taken no position on the control issue.

Given McKeown J.'s order authorizing the Commissioner to be named respondent in Court files T-1640-00 and T-1641-00, it was not appropriate for the Commissioner to now assert that he was not a proper respondent in these two applications. The application in Court file T-606-01 was moot. Since the control issue remains a live issue in the two other cases, there was no need for the Court to exercise its discretion to allow the control issue raised in Court file T-606-01 to proceed. The Commissioner was a proper respondent therein.

The main issue was whether the Court should exercise its discretion to grant the requested declarations. Courts will generally exercise discretion not to grant declaratory relief where an adequate alternative remedy exists, where the claim is not ripe for determination, or where the declaration is sought to settle a dispute which is contingent upon a future event which may not occur. First, it was determined that the question of control of records was not a pure question of law, but rather a question of mixed fact and law. To determine whether

réunions de gestion M5 tenues en 1999 n'étaient pas des documents relevant du ministère de la Défense nationale au sens du paragraphe 2(1) de la Loi. Dans le dossier T-606-01, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les documents se rapportant aux demandes concernant M. Black relevaient du CPM et n'étaient pas des documents relevant du BCP au sens du paragraphe 2(1) de la Loi.

Les demandeurs ont soutenu que le CPM et le cabinet d'un ministre sont séparés et distincts du BCP ou du ministère dont le ministre est responsable. La position du commissaire était que la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire et rejeter les demandes pour le motif qu'elles étaient prématurées, inutiles et inappropriées. Le commissaire a soutenu que c'est lui qui devait initialement trancher la question du contrôle une fois les enquêtes terminées. Puisque les enquêtes dans les dossiers T-1640-00 et T-1641-00 étaient en cours, dans le but de ne pas compromettre son rôle à titre de juge des faits neutre, le commissaire n'a pas pris position pour ce qui est de la question du contrôle.

Vu l'ordonnance du juge McKeown autorisant le commissaire à être désigné à titre de défendeur dans les dossiers T-1640-00 et T-1641-00, celui-ci ne pouvait maintenant affirmer qu'il ne convenait pas qu'il soit désigné à titre de défendeur dans ces deux demandes. La demande dans le dossier T-606-01 n'avait plus qu'un intérêt théorique. Puisque la question du contrôle se posait encore dans les deux autres dossiers, il n'était pas nécessaire que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de procéder à l'examen de la question du contrôle soulevée dans le dossier T-606-01. Il convenait de désigner le commissaire à titre de défendeur dans ce dossier.

La principale question en litige était de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder les jugements déclaratoires demandés. Les tribunaux exercent en général leur pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder un jugement déclaratoire lorsqu'il existe une autre mesure de redressement adéquate, lorsque la demande n'est pas prête à être réglée ou lorsque le jugement déclaratoire demandé vise à régler un litige dont la naissance dépend d'un événement futur qui peut ne pas avoir lieu. Premièrement, il a été décidé que la

the Court ought to exercise its discretion to refuse the requested declarations because they are premature, unnecessary and improper, certain factors had to be considered. (1) The statutory scheme. The investigation the Commissioner is required to conduct is the cornerstone of the access to information scheme. The Court is meant to exercise its independent review only after the Commissioner has completed his investigation and after the head of the affected government institution and the complainant have had the benefit of the Commissioner's investigation. (2) The adequacy of the statutory scheme. Recourse to the statutory scheme would provide an adequate remedy to the applicants because in the event that the Commissioner, after the conclusion of his investigation, does recommend disclosure of any of the records at issue, any refusal of access may be reviewed in this Court. Allowing the Commissioner's investigation to continue will provide an adequate remedy to the applicants. No prejudice will arise as a result of the delay caused by dismissing these applications. (3) Control as a question of jurisdiction for the Commissioner. The scheme of the Act is sufficiently comprehensive so that the Commissioner has the authority to initially determine whether records are within the control of a government institution. The correctness of such a determination is then reviewable by this Court in a proceeding pursuant to sections 41, 42 or 44 of the Act. Generally, it is preferable to allow a tribunal to determine initially whether the matters fall within its jurisdiction. (4) The state of the evidentiary record. Any need to resolve factual issues or any uncertainty about the completeness of the required record will weigh strongly against granting declaratory relief. It may well be the case that a decision as to whether a record is in the control of a government institution must be made on a record by record basis having regard to a number of factors, including the content of the record. The applicants did not put the records in question in evidence on a confidential basis, and their absence was a matter of concern. Given that the question of control is not a pure question of law, but a question of mixed fact and law, the whole of the evidence taken together is such that it would be unsafe to make the declarations requested on the evidentiary basis before the Court. (5) The existence of prejudice to the applicants if the declarations are not granted at this time. Considering any of the possible scenarios, the applicants would not suffer prejudice if the

question du contrôle des documents n'était pas une pure question de droit, mais plutôt une question mixte de fait et de droit. Pour trancher la question de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder les jugements déclaratoires demandés parce qu'ils étaient prématurés, inutiles et inappropriés, il fallait tenir compte de certains facteurs. 1) Le régime législatif. L'enquête que le commissaire est tenu de mener est la pierre angulaire du régime d'accès à l'information. La Cour ne doit effectuer son examen indépendant qu'une fois l'enquête du commissaire terminée et après que le responsable de l'institution fédérale concernée et le plaignant ont bénéficié de ladite enquête. 2) Le caractère adéquat du régime législatif. Le recours au régime législatif assure une mesure de redressement adéquate aux demandeurs parce que, si le commissaire, après la fin de son enquête, recommande la communication des documents en cause, le refus de communication peut être examiné par la Cour. Si on laisse l'enquête du commissaire se poursuivre, une mesure de redressement adéquate sera assurée aux demandeurs. Aucun préjudice ne sera subi par suite du délai qu'occasionnera le rejet des présentes demandes. 3) Le contrôle en tant que question relevant de la compétence du commissaire. Le régime de la Loi est suffisamment exhaustif pour que le commissaire soit autorisé à décider initialement si les documents relèvent d'une institution fédérale. Le bien-fondé de cette décision peut ensuite faire l'objet d'un examen devant la Cour dans une procédure engagée conformément aux articles 41, 42 ou 44 de la Loi. En général, il est préférable de laisser un tribunal décider initialement si une question relève de sa compétence. 4) L'état du dossier relatif à la preuve. Toute nécessité de régler les questions factuelles ou toute incertitude relative à la question de savoir si le dossier requis est complet militera fortement contre l'octroi d'un jugement déclaratoire. Il se peut bien qu'une décision portant sur la question de savoir si un document relève d'une institution fédérale doive être prise sur une base individuelle compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris le contenu du document. Les demandeurs n'ont pas produit en preuve les documents en question sur une base confidentielle et l'absence de tels documents était préoccupante. Puisque la question du contrôle n'est pas une pure question de droit, mais plutôt une question mixte de fait et de droit, la preuve considérée dans son ensemble est telle qu'il serait peu prudent de rendre les

applications were dismissed as being premature. Judicial review would remain available should the requesters or the Commissioner challenge the lawfulness of any refusal of access. Moreover, the Federal Court of Appeal has already determined, in the interlocutory appeal herein (*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*), that no irreparable harm would arise if the Commissioner pursued his investigation by enforcing a *subpoena duces tecum*. The applications are therefore premature and unripe and should be dismissed on that ground.

(iv) Conclusion re Group A

[121] The foregoing analysis leads me to conclude that:

(i) Parliament and the Court have recognized the importance of the Commissioner's investigation and independent review where access rights are in dispute. While the Court has jurisdiction to grant the relief requested, the Court should be cautious because to do so will deprive the applicants, the complainants and the Court of the benefit of the Commissioner's investigation and report;

(ii) Following the statutory scheme will afford an adequate remedy to the applicants;

(iii) The issue of control can be seen as a threshold question of jurisdiction. The Court has generally held that such questions are best initially resolved by the affected tribunal, in this case the Commissioner;

(iv) A real issue has been raised as to the completeness of the evidentiary basis before the Court. Should the Commissioner's investigation be concluded and the matter then come before this Court pursuant to an

jugements déclaratoires demandés en se fondant sur la preuve dont dispose la Cour. 5) Le préjudice causé aux demandeurs en cas de refus d'accorder les jugements déclaratoires maintenant. Compte tenu des scénarios possibles, les demandeurs ne subiraient pas de préjudice si les demandes étaient rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées. Le contrôle judiciaire pourrait encore être exercé si les demandeurs d'accès ou le commissaire contestaient le bien-fondé du refus de communication. En outre, la Cour d'appel fédérale a déjà décidé, dans le cadre de l'appel interlocutoire interjeté en l'espèce (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*), qu'il n'y aurait pas de préjudice irréparable si le commissaire poursuivait son enquête en exécutant un *subpoena duces tecum*. Les demandes sont donc prématurées, elles ne sont pas prêtes à être présentées et elles doivent être rejetées pour ce motif.

iv) Conclusion relative au groupe A

[121] L'analyse qui précède m'amène aux conclusions suivantes:

i) Le Parlement et la Cour ont reconnu que l'enquête du commissaire et un examen indépendant sont importants lorsque les droits d'accès sont en cause. La Cour a compétence pour accorder la réparation demandée, mais elle devrait faire preuve de prudence parce que, ce faisant, elle privera les demandeurs et les plaignants et elle se privera elle-même de l'avantage qu'offrent l'enquête et le rapport du commissaire;

ii) L'application du régime prévu par la loi permettra d'accorder une mesure de redressement adéquate aux demandeurs;

iii) La question du contrôle peut être considérée comme une question préliminaire de compétence. La Cour a généralement statué qu'il est préférable que le tribunal concerné, soit le commissaire dans ce cas-ci, règle initialement pareilles questions;

iv) Un problème réel s'est posé, à savoir si la preuve dont dispose la Cour est complète. S'il était mis fin à l'enquête du commissaire et si la présente Cour était ensuite saisie de l'affaire à la suite d'une demande

application brought pursuant to section 41 or 42 of the Act, the Court would benefit from the Commissioner's ability to disclose information to establish the grounds for the findings and recommendations contained in his report as permitted by subparagraph 63(1)(a)(ii) of the Act; and

(v) The evidence does not support the conclusion that the applicants will suffer any prejudice if the applications are dismissed as being premature.

[122] Therefore, in the exercise of the Court's discretion, I conclude that these applications are premature and unripe and should be dismissed on that ground.

[123] Because the declarations are refused on the ground that they are premature, it follows that the Commissioner's investigations will in all likelihood continue. The Court in that circumstance should refrain from any comment upon the merits of the control issue.

[124] Accordingly, an order will issue confirming that the Commissioner is a proper respondent in Court files T-1640-00, T-1641-00 and T-601-01. The order will dismiss the application brought in Court file T-606-01 on the ground that it is moot, and dismiss the remaining applications in this group on the ground that they are premature and unripe.

6. GROUP B: THE "CONFIDENTIALITY ORDER" APPLICATIONS

(i) Additional relevant facts

[125] In the course of investigating the five complaints (the four complaints made to the Commissioner and the self-initiated complaint with respect to the September 22 M5 request) the Commissioner's delegate caused *subpoenas duces tecum* to be issued to individuals who are applicants in these proceedings. In chronological order the following *subpoenas duces tecum* were issued:

présentée conformément à l'article 41 ou à l'article 42 de la Loi, la Cour bénéficierait de la capacité du commissaire de divulguer les renseignements nécessaires pour motiver les conclusions et recommandations contenues dans le rapport de celui-ci comme le permet le sous-alinéa 63(1)a)(ii) de la Loi; et

v) La preuve ne permet pas de conclure que les demandeurs subiront un préjudice si les demandes sont rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées.

[122] Par conséquent, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède la Cour, je conclus que ces demandes sont prématurées, qu'elles ne sont pas prêtes à être présentées et qu'elles devraient être rejetées pour ce motif.

[123] Étant donné que les jugements déclaratoires sont refusés pour le motif qu'ils sont prématurés, il s'ensuit que les enquêtes du commissaire se poursuivront probablement. Dans ces conditions, la Cour devrait s'abstenir de faire des remarques au sujet du bien-fondé de la question du contrôle.

[124] Par conséquent, une ordonnance sera rendue en vue de confirmer qu'il convient de désigner le commissaire à titre de défendeur dans les dossiers T-1640-00, T-1641-00 et T-601-01. En vertu de l'ordonnance, la demande présentée dans le dossier T-606-01 sera rejetée pour le motif qu'elle n'a plus qu'un intérêt théorique et les autres demandes de ce groupe seront rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées et qu'elles ne sont pas prêtes à être présentées.

6. GROUPE B: DEMANDES RELATIVES À UNE «ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ»

i) Autres faits pertinents

[125] En enquêtant sur les cinq plaintes (les quatre plaintes déposées auprès du commissaire et la plainte dont le commissaire a pris l'initiative à l'égard de la demande M5 du 22 septembre), le représentant du commissaire a fait en sorte que des *subpoenas duces tecum* soient délivrés aux personnes qui sont les demandeurs dans la présente instance. En ordre

chronologique, voici les *subpoenas duces tecum* qui ont été délivrés:

(a) On August 11, 2000 directed to Mr. Bruce Hartley, the executive assistant to the Prime Minister, with respect to the Prime Minister's agenda requests;

a) Un subpoena en date du 11 août 2000 adressé à M. Bruce Hartley, adjoint-exécutif du premier ministre, à l'égard des demandes relatives à l'agenda du premier ministre;

(b) On August 11, 2000 directed to Mr. Emechete Onuoha, then the executive assistant to the Minister of National Defence; Ms. Meribeth Morris, then the director of operations to the Minister of National Defence; and Mr. Randy Mylyk, then the director of communications to the Minister of National Defence, all with respect to the November 12 M5 documents request;

b) Des subpoenas en date du 11 août 2000 respectivement adressés à M. Emechete Onuoha, qui était alors adjoint-exécutif du ministre de la Défense nationale, à M^{me} Meribeth Morris, qui était alors directrice des opérations auprès du ministre de la Défense nationale; et à M. Randy Mylyk, qui était alors directeur des communications auprès du ministre de la Défense nationale, ces subpoenas se rapportant tous à la demande relative aux documents M5 du 12 novembre;

(c) On March 8, 2001 directed to Mr. Jean Pelletier, then the chief of staff to the Prime Minister, with respect to the Black documents requests;

c) Un subpoena en date du 8 mars 2001 adressé à M. Jean Pelletier, qui était alors chef du cabinet du premier ministre, à l'égard des demandes de documents concernant M. Black;

(d) On April 6, 2001 directed to the Honourable Art Eggleton, then the Minister of National Defence, with respect to the November 12 M5 documents request;

d) Un subpoena en date du 6 avril 2001 adressé à l'honorable Art Eggleton, qui était alors ministre de la Défense nationale, au sujet de la demande de documents M5 du 12 novembre;

(e) On April 23, 2001 directed to Ms. Sue Ronald, then the executive assistant to the Minister of Transport, with respect to the Minister of Transport agenda request;

e) Un subpoena en date du 23 avril 2001 adressé à M^{me} Sue Ronald, qui était alors adjointe-exécutive du ministre des Transports, au sujet de la demande relative à l'agenda du ministre des Transports;

(f) On May 17, 2001 directed to Mr. Mel Cappe, then the clerk of the Queen's Privy Council for Canada and secretary to the Cabinet, with respect to the Prime Minister's agenda requests;

f) Un subpoena en date du 17 mai 2001 adressé à M. Mel Cappe, qui était alors greffier du Conseil privé de la Reine pour le Canada et secrétaire du cabinet, au sujet des demandes relatives à l'agenda du Premier ministre;

(g) On August 9, 2001 a second subpoena to Mr. Eggleton with respect to both the September 22 and November 12 M5 documents requests.

g) Un deuxième subpoena, en date du 9 août 2001, adressé à M. Eggleton au sujet des demandes de documents M5 du 22 septembre et du 12 novembre.

[126] All of the applicants are represented by the same lawyers: Messrs. David Scott, Peter Doody, Lawrence Elliot and Guy Pratte, of the law firm Borden Ladner Gervais LLP. These counsel represented each individual applicant before the Commissioner's delegate when each

[126] Tous les demandeurs sont représentés par les mêmes avocats: M^{es} David Scott, Peter Doody, Lawrence Elliot et Guy Pratte, du cabinet Borden Ladner Gervais LLP. Ces avocats représentaient les demandeurs individuels devant le représentant du commissaire

gave evidence as a result of the service of the *subpoenas duces tecum*. At the same time Borden Ladner Gervais LLP represented, and continues to represent, the Government of Canada, the Attorney General and the Prime Minister.

[127] Each of the ten applicants was the subject of a confidentiality order issued by the Commissioner's delegate at the commencement of the examination conducted by the Commissioner's delegate. As to the terms of those orders, each confidentiality order:

(a) required each applicant not to reveal "any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me";

(b) authorized each applicant to disclose to Messrs. Scott, Doody, Elliott and (later) Pratte information disclosed during his or her confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during that particular applicant's confidential testimony; and

(c) required each applicant to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the applicant was released from the terms of the order by the Commissioner.

[128] Some of the applicants requested that they be allowed to communicate information disclosed during their testimony to specific individuals.

[129] Mr. Pelletier asked to be allowed to communicate information disclosed during his testimony to the Prime Minister. Mr. Pelletier's counsel advised the Commissioner's delegate that if Mr. Pelletier was allowed to communicate this information to the Prime Minister, the Prime Minister would be prepared to execute an undertaking of confidentiality on the basis that the Prime Minister would be permitted to communicate the confidential information to members of his Cabinet. The confidentiality order issued to Mr. Pelletier provided that Mr. Pelletier could disclose the confidential information to the Prime Minister, but only if the Prime Minister entered into an undertaking by which the Prime Minister agreed not to disclose the

lorsque ces derniers ont témoigné à la suite de la signification des *subpoenas duces tecum*. En même temps, le cabinet Borden Ladner Gervais LLP représentait et continue à représenter le gouvernement du Canada, le procureur général et le Premier ministre.

[127] Chacun des dix demandeurs était assujéti à une ordonnance de confidentialité rendue par le représentant du commissaire au début de l'interrogatoire. En ce qui concerne les conditions y afférentes, chaque ordonnance de confidentialité:

a) enjoignait à chaque demandeur de ne pas révéler «les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l'affaire, y compris la preuve soumise»;

b) autorisait chaque demandeur à communiquer à M^{es} Scott, Doody, Elliot et (par la suite) Pratte les renseignements divulgués au cours de ce témoignage; et

c) enjoignait à chaque demandeur de reconnaître que l'ordonnance de confidentialité s'appliquait jusqu'à ce que le commissaire le libère des conditions de l'ordonnance.

[128] Certains des demandeurs ont demandé à être autorisés à communiquer à des personnes précises les renseignements divulgués pendant leur témoignage.

[129] M. Pelletier a demandé à être autorisé à communiquer au premier ministre les renseignements divulgués pendant son témoignage. L'avocat de M. Pelletier a informé le représentant du commissaire que, si son client était autorisé à communiquer ces renseignements, le Premier ministre serait prêt à signer un engagement visant à assurer la confidentialité, à condition de pouvoir communiquer les renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. L'ordonnance de confidentialité rendue à l'égard de M. Pelletier prévoyait que celui-ci pouvait divulguer les renseignements confidentiels au Premier ministre, mais uniquement si le Premier ministre s'engageait à ne pas divulguer ces renseignements à qui que ce soit, y

information to anyone, including his Cabinet. The Prime Minister was not prepared to execute that undertaking.

[130] Counsel for Mr. Cappe requested that the confidentiality order issued to Mr. Cappe be amended in order to allow Mr. Cappe to communicate information to the Prime Minister. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[131] The confidentiality order issued to the Honourable Art Eggleton allowed him to disclose the confidential information to the Prime Minister, on condition that the Prime Minister undertake not to reveal that information to any other person. The Prime Minister did not execute that undertaking.

[132] Counsel for Mr. Cappe requested that the confidentiality order issued to him be amended to allow information disclosed during Mr. Cappe's testimony to be shared with a further lawyer from the Borden Ladner Gervais LLP law firm who was assisting with the case. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[133] Counsel for the Honourable Art Eggleton, Mr. Onuoha, Ms. Morris and Mr. Mylyk requested that those four witnesses, who had all testified, be permitted to communicate with each other and with the Attorney General of Canada. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[134] A further request was made as set out at page 32 of the transcript of the confidential proceedings before the Commissioner's delegate filed in Court file T-582-01, and that request was denied.

[135] As for the effect of the confidentiality orders, counsel for the Commissioner in oral argument characterized the orders as precluding a report by a witness of what transpired in an *in camera* process. The wording used (which precluded revealing "all information disclosed during the confidential testimony of [the witness] including the evidence of [the witness]") would, in my view, prohibit disclosure of the questions asked, the answers given, the nature and content of any

compris aux membres de son cabinet. Or, le Premier ministre n'était pas prêt à signer un tel engagement.

[130] L'avocat de M. Cappe a demandé que l'ordonnance de confidentialité à laquelle son client était assujéti soit modifiée afin de permettre à celui-ci de communiquer les renseignements au Premier ministre. Le représentant du commissaire a refusé la demande.

[131] L'ordonnance de confidentialité adressée à l'honorable Art Eggleton permettait à celui-ci de divulguer les renseignements confidentiels au Premier ministre, à condition que ce dernier s'engage à ne pas révéler ces renseignements à qui que ce soit. Le Premier ministre n'a pas signé un tel engagement.

[132] L'avocat de M. Cappe a demandé que l'ordonnance de confidentialité le touchant soit modifiée en vue de permettre que les renseignements divulgués pendant le témoignage de son client soient partagés avec un autre avocat du cabinet Borden Ladner Gervais LLP qui le secondait dans l'affaire. Le représentant du commissaire a refusé cette demande.

[133] L'avocat de l'honorable Art Eggleton, de M. Onuoha, de M^{me} Morris et de M. Mylyk a demandé que ces quatre témoins, qui avaient tous témoigné, soient autorisés à communiquer l'un avec l'autre et avec le procureur général du Canada. Le représentant du commissaire a refusé cette demande.

[134] Une autre demande a été faite, comme il en est fait état à la page 32 de la transcription des procédures confidentielles qui ont eu lieu devant le représentant du commissaire, laquelle a été versée au dossier T-582-01; cette demande a été refusée.

[135] Quant à l'effet des ordonnances de confidentialité, l'avocat du commissaire, au cours de l'argumentation orale, a dit que les ordonnances empêchaient un témoin de rendre compte de ce qui s'était passé lors d'une audience tenue à huis clos. Le libellé employé (qui interdisait de révéler «tous les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel [du témoin], y compris la preuve [du témoin]») interdirait à mon avis la divulgation des

documents shown to the witness, any could well prohibit disclosure of objections made to questions asked and any rulings given in response to objections. A relevant statement as to the intended scope of confidentiality order was made by the Commissioner's delegate at page 243 of the confidential examination of Mr. Cappe conducted on June 21, 2001.

[136] Mr. Cappe swore in an affidavit filed on the public record in these proceedings that:

29. At the time I appeared before the Information Commissioner's delegate in response to the subpoena, the Government was considering whether to introduce before Parliament amendments to the *Access to Information Act*. Until the Confidentiality Order was made, the Prime Minister and I had frequently discussed issues arising under the *Access to Information Act*, relating to both the policy in respect of the statute and its administration. These discussions which sometimes included Mr. Jean Pelletier, then the Prime Minister's Chief of Staff, were frank and candid.

30. I would have liked to be able to tell the Prime Minister about the manner and substance of the proceedings before Mr. Leadbeater. They were relevant to the policy issue of whether amendments ought to be made to the *Act*. After the Confidentiality Order was issued, and Mr. Pelletier was subject to a similar Confidentiality Order in respect of his own evidence, we had to be more cautious in our discussions.

[137] On cross-examination upon his affidavit Mr. Cappe testified that the confidentiality order precluded him from discussing the body language of his inquisitor and his tone of voice. Mr. Cappe said that to start talking about any element, including describing the seating arrangements, the distance between himself and the investigator, the placement of counsel and whether his counsel was allowed to speak, would be to start disclosing information which had been disclosed during his testimony. Mr. Cappe was of the view that the order inhibited his ability to discuss or make reference to his experience and limited his ability to raise issues that came up in the course of his testimony. To enter into a

questions posées, des réponses données, de la nature et du contenu des pièces montrées au témoin, et pourrait bien interdire la divulgation des objections soulevées à l'égard des questions posées et des décisions rendues en réponse aux objections. Un énoncé pertinent du champ d'application envisagé de l'ordonnance de confidentialité a été fait par le représentant du commissaire à la page 243 de l'interrogatoire confidentiel de M. Cappe qui a eu lieu le 21 juin 2001.

[136] M. Cappe a déclaré ce qui suit dans un affidavit déposé dans le dossier public dans la présente instance:

[TRADUCTION]

29. Au moment où j'ai comparu devant le représentant du commissaire à l'information à la suite de la signification du subpoena, le gouvernement se demandait s'il devait présenter au Parlement des modifications à la *Loi sur l'accès à l'information*. Tant que l'ordonnance de confidentialité n'a pas été rendue, le Premier ministre et moi-même avons fréquemment discuté des questions qui se posaient en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, tant pour ce qui est de la politique relative à la loi que pour l'application de la loi. Ces discussions, auxquelles assistait parfois M. Jean Pelletier, qui était alors chef du cabinet du premier ministre, étaient franches et honnêtes.

30. J'aurais aimé pouvoir informer le Premier ministre des modalités et de la substance des procédures qui avaient lieu devant M. Leadbeater. Cela était pertinent, en ce qui concerne la question politique de savoir si des modifications devaient être apportées à la *Loi*. Après que l'ordonnance de confidentialité eut été rendue et que M. Pelletier eut été assujéti à une ordonnance de confidentialité similaire à l'égard de son propre témoignage, il a fallu que nous nous montrions plus prudents dans nos discussions.

[137] Lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son affidavit, M. Cappe a témoigné que l'ordonnance de confidentialité l'empêchait de discuter du langage corporel de la personne qui l'interrogeait et de son ton de voix. M. Cappe a dit que le fait de commencer à parler de quoi que ce soit, qu'il s'agisse de décrire la disposition des sièges, la distance le séparant de l'enquêteur, l'endroit où se tenaient les avocats et la question de savoir si son avocat était autorisé à prendre la parole, serait commencer à divulguer des renseignements qui avaient été divulgués pendant son témoignage. M. Cappe était d'avis que l'ordonnance l'empêchait de discuter ou de faire mention de

discussion of some issues of administration of the Act would result, in Mr. Cappe's view, in engaging in a conversation about matters he was not aware of before his testimony to the Commissioner's delegate.

[138] The reasons provided by the Commissioner's delegate for issuing the confidentiality orders were as follows:

(a) The Commissioner has a statutory obligation to insure the privacy of his investigations.

(b) The Commissioner is obliged to protect the integrity of his investigations by encouraging the candour of witnesses. In order to encourage candour the Commissioner must provide an environment which assures privacy so as to prevent the possible tainting of evidence, whether that tainting is conscious or unconscious.

(c) The Commissioner's ongoing investigations would be compromised if witnesses were permitted to communicate questions asked and answers given during the course of the Commissioner's private investigation to other persons, including persons who were potential witnesses in the same investigations.

(d) The Commissioner must be mindful of the potential implications of witnesses' reporting relationships. The integrity of the Commissioner's investigations are potentially compromised where witnesses are represented by counsel who simultaneously represent the witnesses' superiors and ultimate employer. Crown employees may feel embarrassed, reluctant, inhibited or intimidated when a representative of their employer is present to hear their evidence. Employees may fear recrimination and reprisal, particularly where their counsel also represents the Crown.

[139] When issuing the confidentiality orders the Commissioner's delegate also ordered that the applicant's counsel undertake not to reveal information

l'expérience à laquelle il avait fait face et limitait sa capacité de traiter des questions qui s'étaient posées pendant son témoignage. M. Cappe était d'avis que, s'il se lançait dans une discussion de certaines questions relatives à l'application de la Loi, il s'engageait dans une conversation au sujet de questions dont il n'était pas au courant avant de témoigner devant le représentant du commissaire.

[138] Les motifs que le représentant du commissaire a énoncés à l'appui des ordonnances de confidentialité sont les suivants:

a) Le commissaire a une obligation imposée par la loi d'assurer le caractère secret de ses enquêtes;

b) Le commissaire est tenu de protéger l'intégrité de ses enquêtes en encourageant les témoins à être francs. Afin d'encourager la franchise, le commissaire doit fournir un environnement qui assure le secret, de façon à empêcher que la preuve soit entachée d'un vice, consciemment ou non;

c) Les enquêtes continues du commissaire seraient compromises si les témoins étaient autorisés à communiquer à d'autres personnes, et notamment aux personnes qui pourraient être appelées à déposer dans les mêmes enquêtes, les questions posées et les réponses données au cours de l'enquête secrète menée par le commissaire,

d) Le commissaire doit songer aux effets possibles des rapports hiérarchiques des témoins. L'intégrité des enquêtes du commissaire pourrait être compromise si les témoins étaient représentés par des avocats qui représentent en même temps leurs supérieurs et leur employeur. Les employés de la Couronne peuvent se sentir embarrassés, réticents, intimidés ou assujettis à une entrave lorsqu'un représentant de leur employeur est présent pour entendre leur déposition. Ils peuvent craindre les critiques et les représailles, en particulier si leur avocat représente également la Couronne.

[139] En rendant les ordonnances de confidentialité, le représentant du commissaire a également ordonné à l'avocat du demandeur de s'engager à ne pas révéler à

disclosed during the individual applicant's testimony with other individuals who counsel also represented.

[140] In the investigation with respect to the Black documents requests, which is the only concluded investigation, the applicant Mr. Pelletier has not expressly requested of the Commissioner that he be relieved of his undertaking or that the confidentiality order be vacated. Mr. Pelletier has, however, challenged the validity of the order in one of the applications which is part of Group B.

(ii) The issues to be determined

[141] Counsel agree that the following issues are raised in the Group B applications:

(i) Does the Commissioner's delegate have jurisdiction under the Act to issue the confidentiality orders?

(ii) If so, do the confidentiality orders breach the right to freedom of expression guaranteed to each individual applicant by paragraph 2(b) of the Charter?

(iii) If so, were the confidentiality orders a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter?

The Commissioner consents to being named respondent in these applications and the order will so provide.

(iii) Analyse

[142] The Commissioner argues that the confidentiality orders were "a limited procedural tool" used in order to "bring home to a witness" the obligations imposed upon the witness under section 35 of the Act. I therefore begin the analysis by considering whether there is, in any event, an obligation on witnesses before the Commissioner or his delegate to maintain the confidentiality of the proceeding.

d'autres personnes qu'il représente également les renseignements divulgués pendant le témoignage de son client.

[140] Lors de l'enquête relative aux demandes de documents concernant M. Black, soit la seule enquête qui est terminée, M. Pelletier n'a pas expressément demandé au commissaire d'être libéré de son engagement ou d'annuler l'ordonnance de confidentialité. Toutefois, il a contesté la validité de l'ordonnance dans l'une des demandes faisant partie du groupe B.

ii) Les questions à trancher

[141] Les avocats conviennent que les questions ci-après énoncées sont soulevées dans les demandes du groupe B:

i) Le représentant du commissaire a-t-il compétence en vertu de la Loi pour rendre les ordonnances de confidentialité?

ii) Dans l'affirmative, les ordonnances de confidentialité portent-elles atteinte à la liberté d'expression garantie à chaque demandeur individuel à l'alinéa 2b) de la Charte?

iii) Dans l'affirmative, les ordonnances de confidentialité constituaient-elles, selon une règle de droit, une limite raisonnable nécessaire dans le cadre d'une société libre et démocratique, de façon à être valides conformément aux dispositions de l'article premier de la Charte?

Le commissaire consent à être désigné à titre de défendeur dans ces demandes et une ordonnance sera rendue en ce sens.

iii) Analyse

[142] Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité constituaient «un outil procédural restreint» utilisé afin de «bien faire comprendre au témoin» les obligations que lui imposait l'article 35 de la Loi. Je commencerai donc l'analyse en me demandant si, de toute façon, les témoins ont envers le commissaire ou son représentant l'obligation d'assurer la confidentialité de la procédure.

(a) The nature and extent of any statutory obligation of confidentiality upon a witness before the Commissioner

[143] The Commissioner relies upon the statutory requirement in subsection 35(1) of the Act to the effect that every investigation conducted by the Commissioner “shall be conducted in private” (in French, “*sont secrètes*”) in order to argue that witnesses and their counsel are obliged to maintain the confidentiality of the proceedings. The Commissioner argues that this interpretation of “in private” furthers two important statutory objectives. First, this interpretation is said to operate to ensure the confidentiality of government information. This objective is best achieved, it is said, by interpreting the phrase “in private” to require both the exclusion of the public and the imposition of a duty to hold forever confidential information obtained by a witness or his or her counsel during an investigation. Second, this interpretation is said to enhance the truth-finding function of the Commissioner’s investigations. This is so, it is submitted, because this confidentiality obligation will operate to ensure that a witness’ testimony is not tainted by knowledge of the evidence given by another witness. The confidentiality obligation is also said to promote candour by ensuring that a witness can testify without fear of reprisal. The Commissioner notes that in *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707 (C.A.); affd [1996] 1 S.C.R. 6 the Federal Court of Appeal recognized the importance of confidentiality to the investigative process under the Act by holding that representations made with respect to an access request must be kept confidential on a permanent basis.

[144] Reliance is also placed by the Commissioner upon the decision of my colleague Madam Justice Simpson in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134 (T.D.); affirmed [2000] 3 F.C. 589 (C.A.); reversed in part [2002] 4 S.C.R. 3. At paragraph 43 of her reasons Madam Justice Simpson noted that in the context before her “an *in camera* proceeding is one in which those present are forever precluded from discussing the proceedings with anyone who is not in the courtroom”.

a) La nature et l’étendue de l’obligation de confidentialité prévue par la loi lorsqu’un témoin dépose devant le commissaire

[143] Le commissaire se fonde sur l’exigence prévue au paragraphe 35(1) de la Loi, selon laquelle les enquêtes qu’il mène «sont secrètes», afin de soutenir que les témoins et leurs avocats sont obligés d’assurer la confidentialité des procédures. Il affirme que pareille interprétation de ce terme (secrètes) assure deux objectifs importants visés par la loi. En premier lieu, cette interprétation viserait censément à assurer la confidentialité des renseignements de l’administration. Il est affirmé que cet objectif est mieux atteint si l’on interprète le mot «secrètes» comme exigeant à la fois l’exclusion du public et l’imposition d’une obligation d’assurer pour toujours la confidentialité des renseignements obtenus par un témoin ou par son avocat au cours d’une enquête. En second lieu, il est affirmé que cette interprétation favorise la recherche de la vérité à laquelle visent les enquêtes du commissaire. Il est soutenu qu’il en est ainsi parce que cette obligation de confidentialité garantit que le témoignage d’une personne n’est pas vicié du fait que celle-ci connaît la preuve présentée par un autre témoin. On affirme également que l’obligation de confidentialité encourage la franchise en assurant qu’une personne puisse témoigner sans craindre des représailles. Le commissaire fait remarquer que dans l’arrêt *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707 (C.A.); confirmé [1996] 1 R.C.S. 6, la Cour d’appel fédérale a reconnu l’importance de la confidentialité du processus d’enquête prévu par la Loi en statuant que les observations qui sont présentées au sujet d’une demande de communication doivent être tenues confidentielles en permanence.

[144] Le commissaire se fonde également sur la décision rendue par ma collègue la juge Simpson dans la décision *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 3 C.F. 134 (1^{re} inst.); confirmée [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); infirmée en partie [2002] 4 R.C.S. 3. Au paragraphe 43 de ses motifs, la juge Simpson a noté que, dans le contexte de l’affaire dont elle était saisie, «les participants à la procédure à huis clos ne doivent jamais en discuter avec quiconque n’y assistait pas».

[145] Counsel advise that this is the first occasion on which the Court has been required to consider what, if any, obligations are imposed upon a witness before the Commissioner in view of the requirement that the Commissioner's investigation be "conducted in private". To construe what is intended by that phrase it is necessary to consider the grammatical and ordinary sense of the words used and the scheme and object of the Act, all as described by the Supreme Court in *Chieu, supra*.

[146] As to the sense of the words used, in a different context the requirement under the *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, c. F-6 that proceedings related to certain medical evidence "shall be in private" has been held to require that the evidence be received "*in camera*". See: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371 (Q.B.); affirmed (1984), 13 D.L.R. (4th) 479 (Alta. C.A.); leave to appeal refused. The motions Judge there held that the phrases "in private" and "*in camera*" were to the same effect.

[147] As to the extent of any obligation of secrecy imposed on a participant in an *in camera* hearing, in *C.B. v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 480 the Supreme Court of Canada was required to consider what Parliament intended when it enacted in the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3 the requirement that "the trial of children shall take place without publicity". The Supreme Court concluded on a contextual reading of the legislation that the expression "without publicity" meant "*in camera*". The Court went on to note, at pages 492-493 of its reasons, that notwithstanding the *in camera* nature of the proceeding, members of the media were free to solicit information from witnesses and investigators and that "any and all other sources of information concerning the events and circumstances surrounding the delinquency may be considered and reported by [the media], providing that the names or an indication of the identity of the child or its parents are not published". It follows that in that context, the Supreme Court was of the view that there was no obligation on a witness or participant in an *in camera* proceeding to keep private their testimony or what transpired at the hearing.

[145] L'avocat fait savoir que c'était la première fois que la Cour a été obligée de se demander quelles obligations sont, le cas échéant, imposées à la personne qui témoigne devant le commissaire compte tenu de l'exigence voulant que les enquêtes du commissaire soient «secrètes». Pour savoir ce que l'on entend par ce mot, il faut tenir compte de son sens grammatical ordinaire ainsi que du régime et de l'objet de la Loi, comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu*, précité.

[146] Quant au sens des mots employés, il a été statué, dans un contexte différent, que l'exigence imposée par la *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6, à savoir que les procédures se rapportant à certains éléments de preuve médicale [TRADUCTION] «sont secrètes» exige que la preuve soit reçue [TRADUCTION] «à huis clos». Voir: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371 (B.R.); confirmé (1984), 13 D.L.R. (4th) 479 (C.A. Alb.); autorisation de pourvoi refusée. Le juge des requêtes a statué, dans cette affaire-là, que les expressions [TRADUCTION] «secrètes» et [TRADUCTION] «à huis clos» avaient le même sens.

[147] Quant à l'étendue de l'obligation relative au secret imposée à la personne qui participe à une audience à huis clos, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480, a eu à se demander ce que le législateur voulait dire, lorsqu'il avait énoncé, dans la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, l'exigence voulant que «le procès des enfants [ait] lieu sans publicité». La Cour suprême a conclu que, selon une interprétation contextuelle de la législation, l'expression «sans publicité» voulait dire «*in camera*». À la page 493, la Cour a ajouté que, même si l'audience avait lieu à huis clos, les membres des médias avaient la faculté de demander des renseignements aux témoins et aux enquêteurs et qu'«ils peuvent prendre connaissance et rendre compte de toutes les autres sources de renseignements qui se rapportent aux événements et circonstances du délit, à condition de ne pas publier les noms, ni aucun détail qui révélerait l'identité de l'enfant ou de ses parents». Il s'ensuit que, dans ce contexte, la Cour suprême était d'avis qu'un témoin ou un participant, dans une audience à huis clos, n'était pas obligé de garder le secret au sujet de son témoignage ou de ce qui s'était passé à l'audience.

[148] These cases make clear that what is intended in any particular case by the phrase “in private” or “*in camera*” depends upon the context in which the phrase is used.

[149] In this regard, what I take from the scheme and object of the Act is that the Commissioner is to have access to records under the control of a government institution. In exchange for a relatively unrestricted right of access, strict confidentiality requirements are imposed upon the Commissioner. Thus, the Commissioner may not disclose what he learns, except in limited circumstances, and the Commissioner is not a competent or compellable witness with respect to what he learns in the performance of his duties (except with respect to matters such as prosecutions for offences under the Act or perjury in respect to statements made under the Act). The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff, presumably because those in government with access to confidential information are subject to an already existing government regime for the keeping of its confidences (for example, the oath of office required under the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, fiduciary or contractual obligations and legislation such as the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5).

[150] Put another way, the confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the Commissioner. It is consistent with that scheme that the confidentiality requirements are requirements imposed only upon the Commissioner.

[151] I believe that Parliament manifested this intention in section 62 of the Act where it wrote “[S]ubject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act” (underlining added). The confidentiality obligation is only directed to the Commissioner and his delegates. Parliament could have expressly enacted a confidentiality provision which

[148] Ces décisions montrent clairement que ce que l’on entend, dans un cas particulier, par les mots «secrètes» ou «à huis clos» dépend du contexte dans lequel l’expression en question est employée.

[149] Sur ce point, je déduis du régime et de l’objet de la Loi que le commissaire doit avoir accès aux documents relevant d’une institution fédérale. En échange d’un droit d’accès relativement peu restreint, on impose au commissaire une stricte confidentialité. Le commissaire ne peut donc pas révéler une question portée à sa connaissance, sauf dans certaines circonstances restreintes, et il n’a pas qualité pour témoigner ou ne peut pas y être contraint à l’égard de ce qu’il apprend dans l’exercice de ses fonctions (sauf dans les procédures intentées pour infraction à la Loi ou pour parjure se rapportant à une déclaration faite en vertu de la Loi). La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel, probablement parce que les personnes au sein de l’administration qui ont accès à des renseignements confidentiels sont assujetties à un régime existant en ce qui concerne des renseignements confidentiels (comme le serment professionnel exigé en vertu de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, les obligations fiduciaires ou contractuelles et des lois telles que la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5).

[150] Autrement dit, le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas divulgués au commissaire. Conformément à ce régime, les exigences en matière de confidentialité sont uniquement imposées au commissaire.

[151] Je crois que le législateur a manifesté cette intention à l’article 62 de la Loi: «Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l’information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l’exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi» (non souligné dans l’original). L’obligation de confidentialité vise uniquement le commissaire et ses représentants. Le législateur aurait expressément pu

applied to witnesses, but did not.

[152] I find some support for this interpretation in the decision of the Supreme Court of Canada in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, *supra*. In that case, the Commissioner of Official Languages conducted an investigation into a complaint made by Mr. Lavigne that his rights under the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31] had been violated. In the course of his investigation the Commissioner of Official Languages interviewed a number of witnesses. Mr. Lavigne then sought release of those witnesses' statements through an application he made under the *Privacy Act*. Where the person interviewed consented to the release of his or her statement, that statement was released to Mr. Lavigne. However, in the absence of such consent the Commissioner of Official Languages refused to release statements to Mr. Lavigne. I find the case to be of some assistance because the statutory provisions governing the Commissioner of Official Languages are substantially identical to those governing the Commissioner. Particularly, the legislation requires that every investigation "shall be conducted in private" and the legislation contains the same confidentiality provisions as are found in sections 62, 63 and 65 of the Act. In the reasons of the Supreme Court of Canada there is no suggestion that the statutory requirement to proceed "in private" prevented witnesses from consenting to the disclosure of their statements or otherwise imposed confidentiality obligations upon anyone other than the Commissioner of Official Languages. It was the absence of such a confidentiality requirement that allowed the persons interviewed to consent to the release of their interview statement.

[153] Two further considerations, in my view, favour this conclusion.

[154] The first consideration is that as noted above and evidenced by cases such as *C.B.*, *supra* and *Ruby*,

édicter une disposition applicable aux témoins en matière de confidentialité, mais il ne l'a pas fait.

[152] Cette interprétation est dans une certaine mesure étayée par la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, précitée. Dans cette affaire, le commissaire aux langues officielles avait mené une enquête sur une plainte déposée par M. Lavigne, qui affirmait que les droits qui lui étaient reconnus par la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31] avaient été violés. Dans le cadre de son enquête, le commissaire aux langues officielles avait interrogé un certain nombre de témoins. M. Lavigne avait ensuite demandé la divulgation des déclarations de ces témoins en présentant une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Si la personne interrogée consentait à la divulgation de sa déclaration, cette déclaration était divulguée à M. Lavigne. Toutefois, en l'absence de pareil consentement, le commissaire aux langues officielles avait refusé de divulguer les déclarations à M. Lavigne. Je conclus que cet arrêt est dans une certaine mesure utile parce que les dispositions législatives régissant le commissaire aux langues officielles sont fondamentalement identiques à celles qui régissent le commissaire ici en cause. En particulier, la loi prévoit que les enquêtes «sont secrètes» et elle renferme, à l'égard de la confidentialité, les mêmes dispositions que celles qui figurent aux articles 62, 63 et 65 de la Loi. Dans les motifs qu'elle a prononcés, la Cour suprême du Canada ne donne pas à entendre que l'exigence imposée par la loi, à savoir que les enquêtes doivent être «secrètes», empêchait les témoins de consentir à la divulgation de leurs déclarations ou imposait par ailleurs des obligations en matière de confidentialité à qui que ce soit à part le commissaire aux langues officielles. C'était l'absence de pareille exigence en matière de confidentialité qui permettait aux personnes interrogées de consentir à la divulgation des déclarations qu'elles avaient faites lorsqu'elles avaient été interrogées.

[153] À mon avis, deux autres considérations militent en faveur de cette conclusion.

[154] En premier lieu, comme il en a ci-dessus été fait mention et comme le montrent des décisions telles que

supra, the requirement to proceed “in private” or “in camera” may place varying obligations upon witnesses. For reasons which are set out below in the context of the analysis of the Charter issue, I conclude that any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance before the Commissioner would infringe that person’s right to free expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter in a fashion that could not be justified under section 1. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078, Mr. Justice Lamer, as he then was, explained that legislation that is open to more than one interpretation should not be interpreted so as to make it inconsistent with the Charter.² Interpreting the provision that proceedings be “in private” not to prohibit participants on a blanket basis forever from discussing their evidence and participation avoids interpreting the provision in a fashion which is inconsistent with the Charter.

[155] The second consideration that favours interpreting the confidentiality requirements of the Act to bind the Commissioner is the Commissioner’s delegate’s treatment of the confidentiality obligations of the witnesses before him. In this regard, the Commissioner and his delegate have significant familiarity and expertise with the Act and with its application to the conduct of investigations. Therefore, I consider that their actions as they reflect their interpretation of the Act, while not determinative, are entitled to some weight and can assist in interpreting the Act where there is doubt about the meaning of a particular provision. See: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37.

[156] I find the following evidence of the Commissioner’s delegate’s treatment of any confidentiality obligation to be relevant.

[157] First, the confidentiality orders here at issue expressly provide that they can be terminated by order of the Commissioner. Indeed, the Commissioner’s delegate consistently took the position that he has jurisdiction to

C.B. et Ruby, précitées, l’exigence voulant que les enquêtes soient «secrètes» ou qu’elles soient tenues «à huis clos» peut imposer des obligations diverses aux témoins. Pour les raisons qui sont ci-dessous énoncées dans le contexte de l’analyse de la question liée à la Charte, je conclus que tout régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire porterait atteinte à la liberté d’expression de cette personne, laquelle est garantie à l’alinéa 2b) de la Charte, et ce, d’une façon qui ne pourrait pas être justifiée en vertu de l’article premier. Dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078, le juge Lamer (tel était alors son titre) a expliqué qu’une disposition législative susceptible de plus d’une interprétation ne doit pas être interprétée de façon à être incompatible avec la Charte². Interpréter la disposition selon laquelle les procédures doivent être «secrètes» comme n’interdisant pas pour toujours aux participants d’une façon générale de discuter de leur preuve et de leur participation évite d’interpréter la disposition d’une façon qui est incompatible avec la Charte.

[155] La deuxième considération qui milite en faveur de l’interprétation des exigences de la Loi en matière de confidentialité comme liant le commissaire se rapporte à la façon dont le représentant du commissaire traite les obligations de confidentialité des témoins qui se présentent devant lui. Sur ce point, le commissaire et son représentant connaissent bien la Loi et son application à la conduite d’enquêtes et ont beaucoup d’expertise à cet égard. Je considère donc que leurs actions, telles qu’elles indiquent leur façon d’interpréter la Loi, tout en n’étant pas déterminantes, ont une certaine valeur et peuvent aider à interpréter la Loi en cas de doute sur le sens d’une disposition particulière. Voir: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 37.

[156] J’estime que la preuve ci-après énoncée relative à la façon dont le représentant du commissaire traite toute obligation de confidentialité est pertinente.

[157] Premièrement, les ordonnances de confidentialité ici en cause prévoient expressément qu’il peut y être mis fin sur ordre du commissaire. De fait, le représentant du commissaire a toujours pris la position

modify or to release a witness in part from the obligation of confidentiality. For example, on April 23, 2001 the Commissioner's delegate wrote:

Taking into account the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a Prime Minister and his senior political adviser, I consider it appropriate to exercise my discretion in favour of permitting the witness to communicate information deriving from the confidential proceeding to the Prime Minister. However, no evidence was presented to support the request that the Prime Minister be given the authority to communicate confidential information to any or all members of his Cabinet. Given the nature of the proceeding and the requirements of s. 35, I consider that granting the request would not be consistent with my obligation to protect the confidentiality and the integrity of this investigation.

A second example is that on June 19, 2001, the Commissioner's delegate denied Mr. Cappe's request that he be permitted to communicate confidential information to the Prime Minister. The Commissioner's delegate noted that the Prime Minister was a potential witness and no "specific need" had been shown for the Prime Minister to be privy to the confidential information.

[158] Second, other confidentiality orders issued to other witnesses in the course of the investigations here at issue did not contain similar confidentiality provisions. On August 4, 2000, the Deputy Minister of Transport was examined in the investigation of the complaint arising out of the Minister of Transport's agenda request. Counsel for the Deputy Minister, Senior General Counsel in the Department of Justice, swore in an affidavit filed in one of the pending applications that no order was made requiring the Deputy Minister to keep confidential any information revealed during her testimony. Prior to the Deputy Minister giving her evidence, the Commissioner's delegate issued an order requiring her counsel to keep confidential anything revealed during the Deputy Minister's testimony. Counsel was required to undertake that he would not use information or permit it to be revealed or used for any purpose "except on the explicit instructions" of the Deputy Minister (the latter phrase being added in

selon laquelle il a compétence pour modifier l'obligation de confidentialité ou pour libérer en partie un témoin de cette obligation. Ainsi, le 23 avril 2001, le représentant du commissaire a rédigé ce qui suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un premier ministre et son conseiller politique principal, j'estime qu'il convient d'exercer mon pouvoir discrétionnaire afin de permettre au témoin de communiquer au premier ministre les renseignements révélés dans le cadre de la procédure confidentielle. Toutefois, aucune preuve n'a été présentée à l'appui de la demande qui a été faite pour que le premier ministre soit autorisé à communiquer des renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. Étant donné la nature de la procédure et les exigences de l'article 35, je considère que l'octroi de la demande ne serait pas compatible avec l'obligation qui m'incombe de protéger la confidentialité et l'intégrité de cette enquête.

Un deuxième exemple est que, le 19 juin 2001, le représentant du commissaire a refusé la demande de M. Cappe, qui voulait être autorisé à communiquer des renseignements confidentiels au Premier ministre. Le représentant du commissaire a fait remarquer qu'il était possible que le Premier ministre soit assigné pour témoigner et qu'il n'avait pas été démontré qu'il existait «une nécessité précise» que le Premier ministre soit au courant des renseignements confidentiels.

[158] Deuxièmement, les autres ordonnances de confidentialité dont les autres témoins ont fait l'objet dans le cadre des enquêtes ici en cause ne contenaient pas de dispositions similaires au sujet de la confidentialité. Le 4 août 2000, la sous-ministre des Transports a été interrogée dans le cadre de l'enquête sur la plainte découlant de la demande de communication de l'agenda du ministre des Transports. L'avocat de la sous-ministre, l'avocat général principal du ministère de la Justice, a déclaré dans un affidavit qui a été déposé dans l'une des demandes pendantes qu'aucune ordonnance n'avait été rendue en vue d'obliger la sous-ministre à assurer la confidentialité des renseignements révélés lorsqu'elle avait témoigné. Avant que la sous-ministre présente son témoignage, le représentant du commissaire avait rendu une ordonnance enjoignant à son avocat d'assurer la confidentialité de tout ce qui était révélé pendant le témoignage de la sous-ministre. L'avocat a été obligé de s'engager à ne

handwriting to the order and being initialled by the Commissioner's delegate).

[159] On October 17, 2000, the same counsel appeared before the Commissioner's delegate as counsel for an Assistant Deputy Minister in the Privy Council Office who was being examined in the investigation into the complaint arising from the Prime Minister's agenda requests. Again it appears that no order was made with respect to the Assistant Deputy Minister, but her counsel was ordered to not use or reveal any information revealed on the Assistant Deputy Minister's examination "except on the explicit instruction of, and for the purpose of protecting the interests of" the Assistant Deputy Minister.

[160] Finally, on September 19, 2002 (a date after the orders here in issue were made) an Associate Assistant Deputy Minister at the Department of Public Works was examined in the course of the investigations arising out of one of the M5 documents requests. No confidentiality order was issued to the Associate Assistant Deputy Minister, but his counsel, Mr. Doody, was ordered to undertake not to use or reveal anything revealed during the testimony of the Associate Assistant Deputy Minister "except on the instruction of" the Associate Assistant Deputy Minister.

[161] I find the actions of the Commissioner's delegate, as they reflect that officer's interpretation of subsection 35(1) of the Act, to be inconsistent with any statutory obligation upon a witness arising from that provision to forever keep confidential what transpires during an investigation. It is inconsistent with such a statutory requirement for the Commissioner or his delegate to purport to vary a statutory obligation, or to acknowledge in an undertaking that a witness has the ability to instruct his or her counsel to reveal or make use of such information.

[162] Before leaving this point, I have carefully considered Madam Justice Simpson's characterization of

pas utiliser les renseignements ou à ne pas permettre que ces renseignements soient révélés ou utilisés à quelque fin que ce soit [TRADUCTION] «sauf conformément à des instructions explicites» de la sous-ministre (ces mots ont été ajoutés à la main à l'ordonnance et ont été paraphés par le représentant du commissaire).

[159] Le 17 octobre 2000, le même avocat a comparu devant le représentant du commissaire à titre d'avocat d'une sous-ministre adjointe au Bureau du Conseil privé qui était interrogée dans le cadre de l'enquête portant sur la plainte découlant des demandes relatives à l'agenda du premier ministre. Encore une fois, il semble qu'aucune ordonnance n'ait été rendue à l'égard de la sous-ministre adjointe, mais il a été ordonné à son avocat de ne pas utiliser ou révéler les renseignements divulgués lors de l'interrogatoire de la sous-ministre adjointe [TRADUCTION] «sauf conformément à des instructions explicites [de la sous-ministre adjointe] et afin de protéger les intérêts» de la sous-ministre adjointe.

[160] Enfin, le 19 septembre 2002 (soit après que les ordonnances ici en cause aient été rendues), un sous-ministre adjoint associé au ministère des Travaux publics a été interrogé dans le cadre des enquêtes découlant de l'une des demandes de documents M5. Aucune ordonnance de confidentialité n'a été rendue à l'égard du sous-ministre adjoint associé, mais il a été ordonné à son avocat, M^e Doody, de s'engager de ne pas utiliser ou révéler quoi que ce soit qui avait été divulgué pendant le témoignage de son client «sauf conformément aux instructions» de celui-ci.

[161] Je conclus que les actions du représentant du commissaire, telles qu'elles indiquent l'interprétation du paragraphe 35(1) de la Loi donnée par celui-ci, sont incompatibles avec une obligation imposée à un témoin par cette disposition de garder la confidentialité de ce qui se passe pendant une enquête. Le fait que le commissaire ou son représentant tentent de modifier une obligation prévue par la loi, ou de reconnaître dans un engagement qu'un témoin peut donner à son avocat des instructions l'autorisant à révéler ou à utiliser ces renseignements, est incompatible avec cette exigence de la loi.

[162] Avant de passer à autre chose, je dirai que j'ai minutieusement tenu compte de la façon dont la juge

the nature of the *in camera* proceeding at issue in *Ruby*, *supra*. There, subsections 51(2) and (3) of the *Privacy Act* required that where disclosure of personal information was refused on the ground that material had been received in confidence from a foreign government or the like, or on the ground that international affairs or national security would be harmed, any resulting Court application should be heard *in camera* and that the head of the government institution could request that representations be made *ex parte*. That is an entirely different context and legislative scheme than is now before the Court, and I read Madam Justice Simpson's comments to be expressly limited to the specific legislative context before her.

[163] Having concluded that the confidentiality orders do purport to impose obligations other than those inherent in section 35 of the Act, so that they do more than “bring home to a witness” the witness' obligations, I turn to consider whether the Commissioner's delegate has jurisdiction under the Act to issue the orders.

(b) Was there jurisdiction to issue the confidentiality orders?

The Standard of Review

[164] Counsel did not make submissions as to the appropriate standard of review to be applied to the question of whether the Commissioner has the authority to issue a confidentiality order. However, in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21, the Supreme Court re-affirmed that in every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review by applying the pragmatic and functional approach.

[165] Turning to the application of the four factors which underpin the pragmatic and functional approach, the first factor is the presence or absence of a privative

Simpson a décrit la nature de la procédure à huis clos en cause dans l'affaire *Ruby*, précitée. Dans cette affaire-là, les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exigeaient que, lorsque la communication de renseignements personnels était refusée pour le motif qu'ils avaient été reçus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger ou d'une entité similaire, ou pour le motif que cela porterait préjudice aux affaires internationales ou à la sécurité nationale, les recours exercés devant la Cour en résultant fassent l'objet d'une audition à huis clos et que le responsable de l'institution fédérale ait le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. Il s'agit d'un contexte et d'un régime législatif entièrement différents de ceux qui existent dans ce cas-ci, et j'interprète les remarques de la juge Simpson comme étant expressément limitées au contexte législatif précis qui existait dans l'affaire dont elle était saisie.

[163] Puisque j'ai conclu que les ordonnances de confidentialité visent à imposer des obligations autres que celles qui sous-tendent l'article 35 de la Loi, de sorte qu'elles font plus que de «bien faire comprendre à un témoin» quelles sont ses obligations, j'examinerai maintenant la question de savoir si le représentant du commissaire a compétence en vertu de la Loi pour rendre les ordonnances en question.

(b) Existait-il une compétence permettant de rendre les ordonnances de confidentialité?

La norme de contrôle

[164] L'avocat n'a pas présenté d'observations au sujet de la norme de contrôle à appliquer à la question de savoir si le commissaire est autorisé à rendre une ordonnance de confidentialité. Toutefois, dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, la Cour suprême a de nouveau confirmé que chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit tout d'abord commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[165] Quant à l'application des quatre facteurs qui sous-tendent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le premier se rapporte à la présence ou à l'absence d'une

clause or statutory right of appeal. The Act contains neither. While silence is a neutral factor not touching on the degree of deference to be afforded to the decision-maker, (see: *Dr. Q, supra*, at paragraph 27), in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2003 FCA 270; [2003] F.C.J. No. 996 (QL), at paragraph 17 the Federal Court of Appeal concluded that where review of a decision is available pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] an intermediate level of review is suggested.

[166] The second factor is the expertise of the decision-maker relative to that of the Court on the issue in question. Greater deference is required where the decision-maker is more expert than the Court and the question under consideration falls within the scope of the greater expertise.

[167] Here the question of the Commissioner's authority to issue an order is a question of statutory interpretation. It is therefore a question of law, and there is nothing before the Court to suggest that the Court is not as well suited to answer the question as the Commissioner. This factor points to the need for more exacting review.

[168] The next factor is the purpose of the statute and the provision in question. The Court is required to consider the general purpose of the statutory scheme within which the decision at issue was taken. If the question before the decision-maker is one of law or engages a particular aspect of the legislation, the specific legislative purpose of that aspect must be considered.

[169] The purpose of the Act is to provide a meaningful right of access with decisions about access to be reviewed independently of government. While this purpose suggests deference, the discrete issue of investigating an access complaint is not a question of policy, but invokes the right of the Commissioner to issue a confidentiality order. The Commissioner's interest in the issue points to review on the correctness standard.

clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Or, la Loi ne renferme pas de clause privative ni de droit d'appel. Le silence est neutre et n'influe pas sur le degré de retenue dont il faut faire preuve envers le décideur (voir: *Dr Q*, précité, au paragraphe 27), mais dans l'arrêt *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2003 CAF 270; [2003] A.C.F. n° 996 (QL), au paragraphe 17, la Cour d'appel fédérale a conclu que lorsqu'une décision peut être examinée conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)], un degré moyen de contrôle devrait être exercé.

[166] Le deuxième facteur est l'expertise du décideur par rapport à celle de la Cour sur le point en question. Il faut faire preuve d'une plus grande retenue lorsque le décideur a plus d'expertise que la Cour et que la question qui se pose fait partie du champ de son expertise.

[167] Dans ce cas-ci, la question du pouvoir du commissaire de rendre une ordonnance est une question d'interprétation législative. Il s'agit donc d'une question de droit, et il n'y a rien devant la Cour qui donne à entendre que la Cour n'est pas aussi bien placée que le commissaire pour répondre à la question. Ce facteur indique qu'il faut procéder à un examen plus rigoureux.

[168] Le facteur suivant se rapporte à l'objet de la loi et de la disposition en question. La Cour doit tenir compte de l'objet général du régime statutaire dans lequel la décision s'inscrit. Si la question dont le décideur est saisi est une question de droit ou se rapporte à un aspect particulier de la législation, il faut tenir compte de l'objet précis de cet aspect de la loi.

[169] La Loi vise à accorder un droit d'accès réel, les décisions rendues au sujet de la communication devant être examinées d'une façon indépendante de l'administration. Cet objet donne à entendre qu'il faut faire preuve de retenue, mais la question distincte de l'enquête relative à une plainte en matière d'accès n'est pas une question de politique; cette question se rapporte plutôt au droit du commissaire de rendre une ordonnance de confidentialité. L'intérêt du commissaire à cet égard

[170] The final factor is the nature of the problem. An issue of pure law and statutory interpretation, as the present issue is, favours a more searching result. Further, determination of the question will have precedential value and general application. This too points to review on the correctness standard.

[171] Balancing these factors, I conclude that the appropriate standard of review is correctness.

The Issue of Jurisdiction

[172] Section 34 of the Act confers a broad discretion upon the Commissioner to determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function under the Act. The Commissioner argues that the confidentiality orders made in the investigations at issue in these proceedings are similar in nature to a number of procedural orders (for example, orders excluding witnesses from trials or administrative hearings and related non-communication orders). The Commissioner argues that the confidentiality orders are therefore a proper exercise of discretion pursuant to section 34 of the Act.

[173] In response, the applicants argue that the confidentiality orders are not procedural because they are intended to, and do, prohibit the individual applicants from exercising their right to communicate information. Reliance is placed upon *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256 and *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (Sask. C.A.) for the purpose of determining when a provision is substantive, and not procedural. The applicants also argue that in *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022 the Supreme Court directed that where there is doubt as to whether a matter is procedural or substantive, such doubt is to be resolved by concluding that the provision is substantive.

indique que l'examen doit être effectué selon la norme de la décision correcte.

[170] Le dernier facteur se rapporte à la nature du problème. Une pure question de droit et d'interprétation législative, comme c'est ici le cas, milite en faveur d'un résultat plus rigoureux. En outre, la détermination de la question aura valeur de précédent et aura une application générale. Cela indique également que l'examen doit être fondé sur la norme de la décision correcte.

[171] Si je soupèse ces facteurs, je conclus que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte.

La question de la compétence

[172] L'article 34 de la Loi confère un large pouvoir discrétionnaire au commissaire lorsqu'il s'agit d'établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions. Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité qui ont été rendues dans les enquêtes ici en cause sont d'une nature semblable à un certain nombre d'ordonnances procédurales (par exemple, les ordonnances excluant les témoins de procès ou d'audiences administratives et les ordonnances de non-communication connexes). Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité constituent donc un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 34 de la Loi.

[173] En réponse, les demandeurs soutiennent que les ordonnances de confidentialité ne sont pas de nature procédurale parce qu'elles visent à interdire et interdisent aux demandeurs individuels d'exercer leur droit de communiquer les renseignements. On invoque les arrêts *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 et *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (C.A. Sask.) lorsqu'il s'agit de déterminer les circonstances dans lesquelles une disposition touche le fond plutôt que d'être de nature procédurale. Les demandeurs affirment également que dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour suprême a statué que, s'il y a un doute lorsqu'il s'agit de savoir si une question se rapporte à la procédure ou au fond, il faut dissiper ce doute en concluant qu'une disposition de fond est en cause.

[174] I begin the analysis by considering the wording used by Parliament in section 34 of the Act. Section 34 is as follows:

34. Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.

[175] The grammatical and ordinary sense of the words used suggests that when investigating a complaint, including when receiving such evidence and information as the Commissioner sees fit, the Commissioner has a broad discretion to determine how that is to be done. While such discretion is to be exercised subject to the Act, counsel did not argue that any express provision precludes the Commissioner from issuing a confidentiality order as part of the procedure of receiving evidence and information from a witness.

[176] Turning to a contextual analysis of the discretion conferred by section 34, I note first that there are very few procedural requirements imposed upon the Commissioner by the Act. The procedural requirements imposed upon him are limited to the obligations to:

- (i) give notice of the Commissioner's intent to carry out an investigation and advise as to the substance of a complaint (section 32);
- (ii) conduct investigations in private (subsection 35(1));
- (iii) provide the affected parties with the reasonable opportunity to make representations (subsection 35(2)); and
- (iv) make a report at the conclusion of an investigation (section 37).

[177] The Commissioner is therefore relatively unfettered by procedural requirements. The Act also reflects Parliament's intention that the Commissioner's independent review of decisions about disclosure is to be made following a thorough investigation. For that purpose, the Commissioner is empowered to compel

[174] Je commencerai l'analyse en examinant le libellé employé par le législateur à l'article 34 de la Loi, qui est ainsi libellé:

34. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.

[175] Le sens grammatical ordinaire des mots employés donne à entendre que lorsqu'il enquête sur une plainte, et notamment lorsqu'il reçoit les éléments de preuve et les renseignements qu'il estime indiqués, le commissaire possède un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer les modalités y afférentes. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé sous réserve de la Loi, mais les avocats n'ont pas soutenu qu'une disposition expresse empêche le commissaire de rendre une ordonnance de confidentialité dans le cadre de la procédure de réception de la preuve et des renseignements fournis par un témoin.

[176] En ce qui concerne l'analyse contextuelle du pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 34, je note d'abord que la Loi impose fort peu d'exigences procédurales au commissaire. Les exigences procédurales qui sont imposées sont limitées aux obligations suivantes:

- i) donner avis de son intention d'enquêter et faire connaître l'objet de la plainte (article 32);
- ii) mener des enquêtes secrètes (paragraphe 35(1));
- iii) donner aux personnes concernées la possibilité de présenter leurs observations (paragraphe 35(2)); et
- iv) faire rapport à la fin d'une enquête (article 37).

[177] Le commissaire est donc assujéti à un nombre relativement peu élevé d'exigences procédurales. La Loi indique également l'intention du législateur, à savoir que le commissaire examine d'une façon indépendante les décisions relatives à la communication dans le cadre d'une enquête approfondie. À cette fin, le commissaire

persons to give evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner “deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint”. The Commissioner may receive and accept such evidence and information as the Commissioner sees fit “whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law”. The Commissioner may enter into premises occupied by any government institution and “carry out therein such inquiries within the authority of the Information Commissioner under this Act as the Commissioner sees fit”. Notwithstanding the confidentiality obligations imposed upon him, the Commissioner may disclose information that in his opinion is necessary to “carry out an investigation under this Act”, so long as he does not disclose specific information with respect to which an exemption can be claimed in the Act. See: *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238 (F.C.A.).

[178] The object of the Act is to provide a liberal and broad right of access, and the Act is to be given a liberal and purposive construction.

[179] Having regard to the broad meaning of the words used in section 34 of the Act, the context within that section functions, the object of the Act and the need to give the legislation a liberal and purposive construction, I conclude that section 34 of the Act confers a discretion upon the Commissioner to determine in appropriate circumstances that some form of confidentiality order should be invoked and imposed upon a witness before him. Pursuant to paragraph 36(1)(a) of the Act the Commissioner is empowered to enforce the appearance of persons before him and to compel them to give oral evidence and to produce documents. The imposition of a confidentiality order is a procedure the Commissioner may follow when exercising his power to compel a person to give evidence.

[180] An example where resort to such procedure would be appropriate would be where the Commissioner had, pursuant to subparagraph 63(1)(a)(i) of the Act, in order to carry out the Commissioner’s investigation found it necessary to disclose sensitive information to a

est autorisé à contraindre des témoins à déposer sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il «juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi». Il peut recevoir des éléments de preuve et des renseignements qu’il estime indiqués «indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux». Il peut pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale et «y mener, dans le cadre de la compétence que lui confère la [L]oi, les enquêtes qu’il estime nécessaires». Malgré les obligations qui lui sont imposées en matière de confidentialité, le commissaire peut divulguer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour «mener une enquête prévue par la [L]oi», dans la mesure où il ne divulgue pas de renseignements précis à l’égard desquels une exception peut être invoquée en vertu de la Loi. Voir: *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’information)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238 (C.A.F.).

[178] L’objet de la Loi est d’accorder un droit d’accès général libéral, et la Loi doit être interprétée d’une façon libérale et fondée sur l’objet visé.

[179] En ce qui concerne le sens général du libellé de l’article 34 de la Loi, le contexte dans lequel cette disposition s’inscrit, l’objet de la Loi et la nécessité de donner à la législation une interprétation libérale fondée sur l’objet visé, je conclus que l’article 34 de la Loi confère au commissaire le pouvoir discrétionnaire voulu pour établir dans les circonstances appropriées qu’un certain type d’ordonnance de confidentialité doit être rendu et imposé au témoin qui comparait devant lui. Conformément à l’alinéa 36(1)a) de la Loi, le commissaire est autorisé à contraindre un témoin à comparaître devant lui pour déposer verbalement et pour produire des pièces. L’imposition d’une ordonnance de confidentialité est une procédure que le commissaire peut suivre lorsqu’il exerce son pouvoir en vue de contraindre un témoin à déposer.

[180] Il convient d’avoir recours à une telle procédure par exemple lorsque, conformément au sous-alinéa 63(1)a)(i) de la Loi, le commissaire juge nécessaire, pour mener son enquête, de divulguer à un témoin des renseignements délicats dont ce dernier ne serait par

witness that the witness would not otherwise know. Section 34 should, in my view, be read as enabling the Commissioner to protect the confidentiality of that information by the imposition of a confidentiality order. I am mindful that the Commissioner may not disclose information in respect of which an exemption can be claimed. Nonetheless, there may well be sensitive information that the Commissioner may be entitled to disclose which should be protected by a confidentiality order in order to ensure that the investigation is conducted in private. Examples of such sensitive information include information which might reveal the status or plan of the Commissioner's investigation, or the testimony of other witnesses before the Commissioner not covered by section 64 which testimony should be disclosed in order to further the investigation or to promote fairness.

[181] To construe section 34 otherwise would, in my view, read in limiting words not found in the Act. Had Parliament intended to limit the discretion conferred by section 34 it could have done so expressly and would not have expressed itself by conferring an almost unlimited discretion applicable to "any duty or function of the Commissioner" under the Act.

[182] With respect to the *Sun Alliance* and *Newfield* cases relied upon by the applicants, in my view the question of the Commissioner's jurisdiction to issue a confidentiality order is to be determined by a textual and contextual analysis of the Act. Little assistance is provided by *Sun Alliance* and *Newfield* where what was considered was whether a provision was substantive or procedural for the purpose of determining the retrospective application of legislation or whether a regulation was *ultra vires*. To the extent that *Newfield* suggests that the distinction between substance and procedure is functional, I conclude that nothing in the confidentiality orders touches upon the right of access or the application of any exemption under the Act. Rather, the confidentiality orders are a procedural tool used to ensure a proper and fair investigation of the right of access.

[183] The comment by Mr. Justice La Forest for the Supreme Court in *Tolofson* relied upon by the applicants

ailleurs pas au courant. À mon avis, l'article 34 doit être interprété comme permettant au commissaire de protéger la confidentialité de ces renseignements en imposant une ordonnance de confidentialité. Je tiens bien compte du fait que le commissaire ne peut pas divulguer des renseignements à l'égard desquels une exception peut être invoquée. Néanmoins, il peut bien y avoir des renseignements délicats que le commissaire peut à bon droit divulguer et qui devraient être protégés par une ordonnance de confidentialité afin d'assurer le caractère secret de l'enquête. Ainsi, de tels renseignements délicats comprennent les renseignements qui pourraient révéler l'état de l'enquête du commissaire ou le plan y afférent, ou une déposition présentée par d'autres témoins devant le commissaire qui n'est pas visée par l'article 64, cette déposition devant être divulguée afin de faciliter l'enquête ou d'encourager l'équité.

[181] À mon avis, une autre interprétation de l'article 34 aurait pour effet d'incorporer des restrictions qui ne figurent pas dans la Loi. Si le législateur avait voulu limiter le pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 34, il aurait pu le faire expressément et il n'aurait pas donné au commissaire une discrétion presque absolue à l'égard de ses «pouvoirs et fonctions».

[182] En ce qui concerne les décisions *Sun Alliance* et *Newfield* invoquées par les demandeurs, la question de savoir si le commissaire a la compétence voulue pour rendre une ordonnance de confidentialité doit à mon avis être tranchée au moyen d'une analyse textuelle et contextuelle de la Loi. Les décisions *Sun Alliance* et *Newfield* sont peu utiles puisqu'il s'agissait de savoir si une disposition était une disposition de fond ou une disposition procédurale aux fins de la détermination de l'application rétrospective de la législation ou si un règlement était *ultra vires*. Dans la mesure où la décision *Newfield* donne à entendre que la distinction entre le fond et la procédure est de nature fonctionnelle, je conclus qu'il n'y a rien dans les ordonnances de confidentialité qui influe sur le droit d'accès ou l'application d'une exception prévue par la Loi. Les ordonnances de confidentialité constituent plutôt un outil procédural destiné à assurer la tenue d'une enquête appropriée et équitable à l'égard du droit d'accès.

[183] La remarque que le juge La Forest a faite au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Tolofson* et sur

was made in the context of private international law. After observing that in that context substantive rights are governed by foreign law while procedural matters are governed by the law of the forum, the Court quoted with approval [at page 1068] the statement that the problem resolved into the question of “[h]ow far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself”. Seen in this context, the statement that where there is doubt as to whether a provision is substantive or procedural, that doubt should be resolved by finding the provision to be substantive provides little assistance in the present case.

[184] Having found that the Commissioner does have jurisdiction to issue confidentiality orders pursuant to section 34 of the Act, it is not necessary for me to consider whether confidentiality orders may also be issued pursuant to the Commissioner’s powers under paragraph 36(1)(a) of the Act. It is necessary, however, to consider if the orders breach the right to freedom of expression guaranteed by the Charter.

(c) Do the confidentiality orders breach the right of freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter?

[185] The parties agree that a body which exercises statutory powers, including broad discretionary powers, may not make orders which violate Charter rights. See, for example, *Slaight, supra*.

[186] Paragraph 2(b) of the Charter provides that everyone enjoys the fundamental freedom of expression. The Supreme Court has held with respect to the analysis of freedom of expression that:

(i) The first step is to discover whether the activity which the applicant or plaintiff wishes to pursue properly falls within “freedom of expression”.

(ii) Activity is expressive, and protected, if it attempts to convey meaning. If an activity conveys or attempts to

laquelle se fondent les demandeurs a été faite dans le contexte du droit international privé. Après avoir fait remarquer que, dans ce contexte, les droits, quant au fond, sont régis par le droit étranger, mais que les questions relevant de la procédure sont régies par la loi du tribunal saisi, la Cour a cité en l’approuvant [à la page 1068] le commentaire selon lequel le problème se ramenait à savoir «jusqu’où le tribunal saisi peut-il aller dans l’application de règles tirées du système de droit étranger, sans entraver ou gêner indûment son propre fonctionnement». Considérée dans ce contexte, la remarque selon laquelle, lorsqu’il y a un doute au sujet de la question de savoir si une disposition touche le fond ou la procédure, il faut dissiper ce doute en concluant qu’il s’agit d’une disposition de fond est peu utile en l’espèce.

[184] Puisque j’ai conclu que le commissaire a de fait compétence pour rendre une ordonnance de confidentialité en vertu de l’article 34 de la Loi, je n’ai pas à me demander si une ordonnance de confidentialité peut également être rendue conformément aux pouvoirs conférés au commissaire en vertu de l’alinéa 36(1)a) de la Loi. Toutefois, il faut décider si l’ordonnance porte atteinte à la liberté d’expression garantie par la Charte.

c) Les ordonnances de confidentialité portent-elles atteinte à la liberté d’expression garantie à l’alinéa 2b) de la Charte?

[185] Les parties conviennent qu’un organisme qui exerce des pouvoirs conférés par la loi, et notamment de larges pouvoirs discrétionnaires, ne peuvent pas rendre d’ordonnances qui portent atteinte aux droits reconnus par la Charte. Voir, par exemple, *Slaight, précité*.

[186] L’alinéa 2b) de la Charte prévoit que chacun a droit à la liberté fondamentale d’expression. La Cour suprême a statué ce qui suit au sujet de l’analyse de la liberté d’expression:

i) La première étape consiste à décider si l’activité du demandeur est à juste titre protégée par la «liberté d’expression»;

ii) L’activité est expressive, et elle est protégée, si elle tente de transmettre une signification. Si une activité

convey a meaning it has expressive content and *prima facie*, falls within the scope of the Charter guarantee (unless meaning is conveyed through a violent form of expression).

(iii) The second step of the inquiry is to determine whether the purpose or effect of the government action in question is to restrict freedom of expression.

See: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, particularly at pages 967-979.

[187] In the present case, the evidence of the applicants is that they wanted to communicate to others what transpired in the inquiry chambers of the Commissioner. I am satisfied that such activity conveys or attempts to convey meaning so as to be expressive, and therefore to *prima facie* fall within the sphere of conduct protected by paragraph 2(b) of the Charter.

[188] I am also satisfied on the evidence that the purpose of the confidentiality orders was to control the applicants' attempts to convey a meaning by directly restricting or prohibiting the particular content of expression.

[189] It follows that the confidentiality orders limit the freedom of expression which is guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. The next inquiry therefore becomes whether the orders are justified under section 1 of the Charter.

[190] Before moving to this issue, counsel for the Commissioner referred me to *Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)* (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145 (B.C.S.C.). In this case a non-disclosure provision contained in the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418 was found not to violate paragraph 2(b) of the Charter. Counsel for the Commissioner did not, in her words, "press" the authority upon me. *Smolensky* arose in a different legislative context and I am satisfied that the

transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et elle relève à première vue du champ de la garantie fournie par la Charte (à moins que la signification ne soit transmise au moyen d'une forme d'expression violente);

iii) La deuxième étape de l'analyse consiste à décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est de restreindre la liberté d'expression.

Voir: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, en particulier aux pages 967 à 979.

[187] En l'espèce, la preuve des demandeurs est qu'ils voulaient communiquer à d'autres personnes ce qui s'était passé à l'enquête menée par le commissaire. Je suis convaincue que pareille activité transmet ou tente de transmettre une signification, de sorte qu'elle est expressive, et qu'elle fait donc à première vue partie de la sphère des activités protégées à l'alinéa 2b) de la Charte.

[188] Je suis également convaincue, eu égard à la preuve, que les ordonnances de confidentialité visaient à contrôler les tentatives que les demandeurs faisaient pour transmettre une signification en restreignant ou en interdisant directement le contenu particulier de l'expression.

[189] Il s'ensuit que les ordonnances de confidentialité limitent la liberté d'expression qui est garantie à l'alinéa 2b) de la Charte. Il s'agit donc ensuite de savoir si ces ordonnances sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

[190] Avant de passer à cette question, l'avocate du commissaire m'a référée à la décision *Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)*, (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145 (C.S.C.-B.). Dans cette décision, il a été statué qu'une disposition relative à la non-communication figurant dans la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 418, ne violait pas l'alinéa 2b) de la Charte. L'avocate du commissaire n'a pas, comme elle l'a dit, «insisté» devant moi sur cette décision. L'affaire *Smolensky* s'inscrivait

confidentiality orders at issue in this proceeding do limit expression protected by the Charter.

(d) Were the confidentiality orders a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter?

Applicable principles of law

[191] The principles to be applied when a state actor attempts to justify a limit on a right or freedom under section 1 of the Charter were enunciated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There are two central criteria to be met:

1. The objective of the impugned measure must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. To be characterized as sufficiently important, the objective must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society.

2. Assuming that a sufficiently important objective is established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test. To do so the means must:

a. Be rationally connected to the objective. This requires that the means chosen promote the asserted objective. The means must not be arbitrary, unfair or based on irrational consideration.

b. Impair the right or freedom in question as little as possible. This requires that the measure goes no further than reasonably necessary in order to achieve the objective.

c. Be such that the effects of the measure upon the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective. This requires that the overall

dans un contexte législatif différent et je suis convaincue que les ordonnances de confidentialité qui sont ici en cause limitent de fait la liberté d'expression protégée par la Charte.

d) Les ordonnances de confidentialité constituaient-elles une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, de façon à être conformes aux dispositions de l'article premier de la Charte?

Principes de droit applicables

[191] Les principes à appliquer lorsqu'un acteur de l'État tente de justifier une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis en vertu de l'article premier de la Charte ont été énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il faut satisfaire à deux critères fondamentaux:

1. L'objectif de la mesure contestée doit être suffisamment important pour justifier sa primauté sur une liberté ou un droit protégé par la Constitution. Pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique;

2. À supposer qu'un objectif suffisamment important soit établi, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent satisfaire à un critère de proportionnalité:

a. Ils doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif. Ils doivent être conçus pour atteindre l'objectif en question. Il ne doit pas s'agir de moyens arbitraires, inéquitables ou fondés sur une considération irrationnelle;

b. Ils doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Il faut que la mesure soit limitée à ce qui est strictement nécessaire afin d'atteindre l'objectif;

c. Ils doivent être tels que les effets de la mesure sur la restriction des droits et libertés sont proportionnés à l'objectif. Les effets bénéfiques

benefits of the measure must outweigh the measure's negative impact.

See also: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519.

[192] Relevant considerations when conducting the analysis articulated in *Oakes, supra* are that:

1. The onus of proving that a limit on a right or freedom protected by the Charter is reasonable and demonstrably justified is upon the party seeking to uphold the limitation. See: *Oakes*, at page 137.

2. The standard of proof is the civil standard. Where evidence is required in order to prove the constituent elements of the section 1 analysis, the test for the existence of a balance of probabilities must be applied rigorously. A "very high degree of probability will be . . . 'commensurate with the occasion'". See: *Oakes*, at page 138.

3. The analysis must be undertaken with close attention to the contextual factors. This is so because the objective of the impugned measure can only be established by canvassing the nature of the problem it addresses, and the proportionality of the means used can only be evaluated in the context of the entire factual setting. See: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

4. The context will also impact upon the nature of the proof required to justify the measure. While some matters are capable of empirical proof, others (for example matters involving philosophical or social considerations) can not. In those later cases "it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all of the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has". Common sense and inferential reasoning may be applied to supplement the evidence. See: *Sauvé, supra*, at paragraph 18.

généraux qu'offre la mesure doivent l'emporter sur ses effets négatifs.

Voir également: *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

[192] En ce qui concerne l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, précité, les considérations pertinentes sont les suivantes:

1. La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté protégés par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Voir: *Oakes*, à la page 137;

2. La norme de preuve est la norme civile. Lorsqu'une preuve est nécessaire afin d'établir les éléments constitutifs de l'analyse relative à l'article premier, il faut appliquer rigoureusement le critère de la prépondérance des probabilités. Un «degré très élevé de probabilité sera [. . .] "proportionné aux circonstances"». Voir: *Oakes*, à la page 138;

3. L'analyse doit être réalisée en accordant une grande attention aux facteurs contextuels, et ce, parce que l'objectif de la mesure contestée peut uniquement être établi au moyen de l'examen de la nature du problème que cette mesure vise à résoudre, et que la proportionnalité des moyens employés peut uniquement être appréciée dans le contexte de l'ensemble des faits. Voir: *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877;

4. Le contexte influera également sur la nature de la preuve nécessaire pour justifier la mesure. Certaines questions se prêtent à une preuve empirique, mais d'autres (par exemple les questions comportant des considérations philosophiques ou sociales) ne s'y prêtent pas. Dans ce cas, «il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question». La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction. Voir: *Sauvé*, précité, paragraphe 18;

5. With respect to the minimal impairment test, where a legislative provision is challenged, the Supreme Court of Canada has held that Parliament must not choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives, but rather must come within a range of means which impair guaranteed rights as little as reasonably possible. However, where a “common law, judge-made rule” is challenged, the Supreme Court has held that there is no room for judicial deference. See: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 983. In the context of considering the propriety of a confidentiality order imposed by a judge (i.e. an order which must be made with due regard to Charter principles) the Supreme Court has held that such orders are to be restricted as much as reasonably possible, while still preserving the interest to be protected by the order. See: *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522.

Contextual Considerations

[193] Turning to the application of these principles to the evidence before the Court, I begin by considering what I believe to be relevant contextual considerations.

[194] First, the investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access that has as its purpose the facilitation of democracy.

[195] Second, the investigation conducted by the Commissioner is an investigation that is to be independent of government.

[196] Third, the investigation is to be conducted in private.

[197] Fourth, persons in government must be able to function candidly with one another. I accept generally the evidence of Messrs. Pelletier and Hartley that there are “no secrets” between the Prime Minister and his close advisors and “no secrets” between the Prime Minister’s executive assistant and the Prime Minister’s advisors. I accept the evidence of Mr. Cappe that the Clerk of the Privy Council has no secrets from the Prime Minister in respect of matters of government policy and

5. En ce qui concerne le critère de l’atteinte minimale, lorsqu’une disposition législative est contestée, la Cour suprême du Canada a statué que le législateur ne doit pas nécessairement choisir le moyen le moins envahissant pour atteindre ses objectifs, mais qu’il doit plutôt choisir dans un éventail de moyens qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis. Cependant, lorsqu’une «règle de common law, formulée par les tribunaux» est contestée, la Cour suprême a statué que la retenue judiciaire n’entre pas en jeu. Voir: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 983. Lorsque l’on se demande si une ordonnance de confidentialité imposée par un juge est fondée (par exemple une ordonnance qui doit être rendue compte tenu des principes garantis par la Charte), la Cour suprême a statué qu’il faut restreindre pareilles ordonnances autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt que l’ordonnance vise à protéger. Voir: *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522.

Considérations d’ordre contextuel

[193] En ce qui concerne l’application de ces principes à la preuve dont dispose la Cour, je commencerai par examiner les considérations contextuelles qui sont selon moi pertinentes.

[194] Premièrement, l’enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d’accès dont l’objet est de faciliter la démocratie.

[195] Deuxièmement, l’enquête menée par le commissaire doit être indépendante du gouvernement.

[196] Troisièmement, l’enquête doit être secrète.

[197] Quatrièmement, les personnes travaillant au sein du gouvernement doivent être en mesure de faire preuve de franchise les unes envers les autres. Je retiens d’une façon générale la preuve présentée par MM. Pelletier et Hartley, à savoir qu’«il n’y a pas de secrets» entre le Premier ministre et ses proches conseillers et qu’«il n’y a pas de secrets» entre l’adjoint exécutif du Premier ministre et les conseillers du premier ministre. Je retiens la preuve de M. Cappe, à savoir que le greffier du

operations. I accept the evidence of Mr. Eggleton that there can be no secrets between a minister of the Crown and the Prime Minister in respect of government policy or affairs of state and that the Prime Minister can not be prohibited from bringing to the attention of his Cabinet or his Attorney General issues which the Prime Minister feels to be relevant. Finally, I generally accept that there are no secrets between a minister and his close advisors with respect to matters that relate directly to the minister and his or her office.

[198] I accept this evidence because only Mr. Cappe was cross-examined on his evidence, and Mr. Cappe's testimony was not challenged on this point. Further, the Commissioner's delegate in his letter of April 23, 2001 acknowledged the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a prime minister and his senior political adviser.

[199] The evidence therefore reflects the need for relationships based upon loyalty and confidence, and the need for candid communication within the executive level of government on issues of public policy.

[200] The fifth contextual factor is that there have been instances where members of a government department have taken steps to frustrate the right of access under the Act. In this regard during Mr. Cappe's cross-examination he testified as follows:

175. Q. And I'm going to suggest to you, sir, that one of the difficult issues confronting the public service is to live with both an oath of loyalty promising not to tell anybody anything on the basis of information obtained in the service of the government and, at the same time, committing itself to notions of transparency and openness and the spirit of the Access Act, and that creates a tension in government?

A. I totally agree.

Conseil privé n'a pas de secrets envers le Premier ministre à l'égard des questions de politique et de fonctionnement du gouvernement. Je retiens la preuve de M. Eggleton selon laquelle il ne peut pas y avoir de secrets entre un ministre et le Premier ministre au sujet des politiques gouvernementales ou des affaires de l'État et que l'on ne peut pas empêcher le Premier ministre de porter à l'attention de son cabinet ou du procureur général les questions qu'il juge pertinentes. Enfin, je reconnais d'une façon générale qu'il n'y a pas de secrets entre un ministre et ses proches conseillers à l'égard des questions qui concernent directement le ministre et son cabinet.

[198] Je retiens cette preuve parce que seul M. Cappe a été contre-interrogé au sujet de la preuve qu'il avait présentée et que son témoignage n'a pas été contesté sur ce point. En outre, dans sa lettre du 23 avril 2001, le représentant du commissaire a reconnu la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un Premier ministre et son conseiller politique principal.

[199] La preuve indique donc que les relations doivent être fondées sur la loyauté et sur la confiance ainsi que sur la nécessité d'une communication franche au niveau exécutif du gouvernement en ce qui concerne les questions d'ordre public.

[200] Le cinquième facteur contextuel se rapporte au fait que, dans certains cas, les membres d'un ministère ont pris des mesures en vue de faire obstacle au droit d'accès prévu par la Loi. Sur ce point, M. Cappe a déclaré ce qui suit lorsqu'il a été contre-interrogé:

[TRANSLATION]

175. Q. Et je vais vous dire, Monsieur, que l'un des problèmes auxquels font face les membres de la fonction publique, c'est le fait d'avoir prêté un serment de loyauté et d'avoir promis de ne rien divulguer à qui que ce soit, en ce qui concerne les renseignements obtenus dans l'exercice de leurs fonctions au sein de l'administration tout en s'engageant à assurer la transparence, à se montrer ouverts et à respecter l'esprit de la Loi sur l'accès, et que cela crée de la tension au sein de l'administration, n'est-ce pas?

R. Je suis absolument d'accord.

176. Q. And that this is one of the areas where Mr. Tait foresaw need for important values and ethics dialogue, and perhaps later steps wherever it took them? Is that fair also?

A. Insofar as you've taken it that distance, but I think—you know, go back to the title of this [Tait] report, "A Strong Foundation". The strong foundation are the democratic principles, and when he talks about the categorization of values, he starts with democratic values, and when he breaks them down into democratic and public service values, the democratic values are the ones that are the most important, he says. You've identified the tension, and I think that's absolutely correct, but the fundamental foundation of our system is—and here on page 21 it says, "Canada's form of democracy is responsible parliamentary government", and you go through that principle of responsible government and you go through the democratic values that public servants have to respect, and when you challenge public servants' understanding of their accountability—public servants are not accountable to the public; public servants are accountable to their ministers and ministers are accountable in the House. It's very, very important that we reiterate that. So that, yes, there was this tension—I totally agree with the way you characterize it—and the tension was partly between those democratic values and those needs for openness and confidentiality to protect the openness.

[201] Mr. Cappe also testified that:

112. Q. You can assume for the purposes of this discussion that the destruction of the records of the Canadian Blood Committee were found to be related to Access requests and the destruction of certain records at the Department of National Defence were found to be related to certain Access requests as well as requests from the commission of inquiry. Are you saying that when you undertook your role as clerk you were unaware that there had been major problems with Access from—

A. No, I was not unaware.

113. Q. So you were aware.

A. I was aware.

114. Q. And those problems of Access related to, in general—I'm not trying to trick you here, Mr. Cappe—related in general to circumstances where members of a department

176. Q. Et c'est l'un des domaines dans lesquels M. Tait envisageait la nécessité d'avoir un dialogue sur l'éthique et sur les valeurs importantes, et peut-être de prendre ensuite des mesures, peu importe les conséquences? Cela est-il également exact?

R. Dans la mesure où vous allez jusque-là, mais je crois [. . .] pour en revenir au titre de ce rapport [le rapport Tait]: «A Strong Foundation». En parlant d'assises solides, il entend les principes démocratiques et lorsqu'il parle de ranger les valeurs en catégories, il commence par les valeurs démocratiques, et lorsqu'il les répartit en valeurs démocratiques et en valeurs de la fonction publique, les valeurs démocratiques sont, selon lui, les plus importantes. Vous avez parlé de la tension, et je crois que cela est tout à fait exact, mais les assises fondamentales de notre système sont [. . .] et ici, à la page 21, voici ce qu'il dit: «Au Canada, le système démocratique est fondé sur un gouvernement parlementaire responsable» et vous parlez de ce principe du gouvernement responsable, et des valeurs démocratiques que les fonctionnaires doivent respecter, et lorsque vous contestez la façon dont les fonctionnaires interprètent leur obligation de rendre compte [. . .] Les fonctionnaires n'ont pas à rendre compte au public; ils rendent compte à leurs ministres et les ministres rendent compte à la Chambre. Il est très, très important d'insister sur ce point. Par conséquent, il y avait en effet cette tension— [. . .] Je souscris entièrement à votre description [. . .] et la tension existait en partie à cause de ces valeurs démocratiques et de la nécessité de se montrer ouvert tout en assurant la confidentialité.

[201] M. Cappe a également déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

112. Q. Pour les besoins de la discussion, vous pouvez supposer qu'il a été conclu que la destruction des documents du comité canadien du sang était liée aux demandes d'accès et que la destruction de certains documents, au ministère de la Défense nationale, était liée à certaines demandes d'accès comme les demandes de la commission d'enquête. Dites-vous que lorsque vous avez assumé vos fonctions de greffier, vous ne saviez pas que l'accès avait posé des problèmes majeurs?

R. Je ne l'ignorais pas.

113. Q. Vous le saviez donc.

R. Je le savais.

114. Q. Et ces problèmes d'accès se rapportaient en général [. . .] Je n'essaie pas de vous duper, Monsieur [. . .] ils étaient en général liés aux cas dans lesquels des membres d'un

had taken steps to frustrate a requester's right of access; fair enough?

A. Yes. Yeah.

115. Q. And that they had done so, for whatever reasons of displaced loyalty, in such a manner that it raised serious concerns throughout government. Is that also fair?

A. Sure. This happened prior to the amendment which created a criminal provision for the destruction of documents in the act, and personally I didn't think that was a very good idea to bring such an amendment, but in light of what had happened I could see that that was going to be something which proceeded, and I don't find it offensive because—actually you used very good terminology, I think, when you talked about misplaced loyalties. The loyalty and the duty of the officer is to the truth and speaking truth to power. Honesty and truthfulness are fundamental values of public service. If I was against that provision, it was more because I didn't think it was necessary, except we had these two counter examples, unfortunately.

[202] The sixth contextual consideration is that the issue underlying the investigations other than the investigation into the Black documents request was whether records held exclusively within minister's officers are records under the control of a government institution for the purposes of the Act. As evidenced by a letter dated September 13, 2000 sent to Deputy Heads by the Deputy Clerk and counsel of the Privy Council Office, this was viewed as an important issue of principle for the government. This litigation evidences the fact that the government has taken a strong position on the issue, as it was entitled to do. Mr. Cappe acknowledged on his cross-examination that he discussed the role of outside counsel with the Prime Minister and with the Attorney General, that eminent counsel was selected, and that Mr. Cappe's wish was to ensure that "the ensemble of the government actors here were being as well represented and that there was coherence in the presentation of the government's case".

[203] While I draw no negative or sinister inference from this evidence, the positions held by the government

ministère avaient pris des mesures pour faire obstacle au droit d'accès d'un demandeur, n'est-ce pas?

R. Oui, c'est bien ça.

115. Q. Et ils l'avaient fait, pour des raisons quelconques de loyauté déplacée, de façon que cela avait suscité des préoccupations sérieuses au sein de l'administration. Est-ce exact?

R. Bien sûr. Cela s'est passé avant que l'on effectue, dans la Loi, la modification qui faisait de la destruction de documents une infraction criminelle, et personnellement, je ne croyais pas que c'était une très bonne idée d'effectuer cette modification, mais compte tenu de ce qui était arrivé, je me rendais compte que c'était une chose qui allait être adoptée, et je ne trouve pas cela offensant parce que [. . .] en fait, vous vous êtes fort bien exprimé selon moi lorsque vous avez parlé de loyauté déplacée. La loyauté et le sens du devoir de l'employé exigent qu'il dise la vérité et qu'il fasse preuve de franchise envers les personnes ayant autorité. L'honnêteté et la franchise sont des valeurs fondamentales au sein de la fonction publique. Si je m'élevais contre cette disposition, c'était surtout parce que je ne croyais pas qu'elle soit nécessaire, mais malheureusement ces deux cas s'étaient présentés.

[202] La sixième considération contextuelle se rapporte à la question sous-tendant les enquêtes, à part l'enquête sur la demande de documents concernant M. Black, à savoir si les documents qui étaient exclusivement conservés dans le cabinet du ministre sont des documents relevant d'une institution fédérale pour l'application de la Loi. Comme le montre la lettre en date du 13 septembre 2000 envoyée aux administrateurs généraux par le sous-greffier du Bureau du Conseil privé et conseiller juridique, la chose était considérée comme une question de principe importante pour le gouvernement. Le litige montre que le gouvernement a pris une position ferme sur ce point, comme il pouvait à bon droit le faire. Lorsqu'il a été contre-interrogé, M. Cappe a reconnu qu'il avait discuté du rôle d'avocats extérieurs avec le Premier ministre et avec le procureur général, que des avocats éminents avaient été retenus et qu'il voulait s'assurer que [TRADUCTION] «l'ensemble des acteurs de l'État étaient également représentés et que la preuve présentée par le gouvernement était cohérente».

[203] Je ne fais aucune inférence défavorable ou néfaste à partir de cette preuve, mais les positions prises

actors, the importance of the issue raised and the strength of the views held by both the Commissioner and the government actors form part of the relevant context in which the confidentiality orders are to be examined.

[204] Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

Does the infringement achieve a constitutionally valid purpose or objective?

[205] Having set out relevant contextual considerations, I move to the first step of the *Oakes* analysis.

[206] The Commissioner asserts that two broad objectives are met by prohibiting witnesses from revealing information disclosed during their testimony. The first objective or purpose of the confidentiality orders is to protect the integrity of the investigations. The second is to preserve the confidentiality of government information.

[207] Protecting the integrity of the investigations can be said to promote seeking and attaining the truth. This has been held to be an inherently good activity and to be a value which underlies the protection of free expression. See: *Irwin Toy, supra*, at page 976. Conducting a thorough and independent review in order to maximize the proper disclosure of government information to access requesters facilitates democracy.

[208] Ensuring that confidential information is not improperly disclosed promotes Parliament's intent that certain information should be protected and promotes the candid and effective functioning of government.

par les acteurs de l'État, l'importance de la question soulevée et la fermeté des opinions exprimées par le commissaire et les acteurs de l'État, font partie du contexte pertinent dans lequel il convient d'examiner les ordonnances de confidentialité.

[204] Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

La violation vise-t-elle un but ou un objectif valide sur le plan constitutionnel?

[205] J'ai énoncé les considérations contextuelles pertinentes; je passerai maintenant à la première étape de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*.

[206] Le commissaire affirme que l'on satisfait à deux objectifs généraux en interdisant aux témoins de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage. Le premier objectif ou but des ordonnances de confidentialité est de protéger l'intégrité des enquêtes. Le deuxième est de garder confidentiels les renseignements de l'administration.

[207] Il est possible de soutenir qu'en protégeant l'intégrité des enquêtes, on encourage la recherche et l'obtention de la vérité. Il a été statué qu'il s'agissait d'une activité qui était bonne en soi et que c'était une valeur sous-tendant la protection de la libre expression. Voir: *Irwin Toy*, précité, à la page 976. Procéder à un examen approfondi indépendant afin de maximiser la divulgation appropriée de renseignements de l'administration aux personnes qui en font la demande, c'est faciliter la démocratie.

[208] En veillant à ce que les renseignements confidentiels ne soient pas divulgués d'une façon inappropriée, on renforce l'intention du législateur, qui voulait que certains renseignements soient protégés, et

[209] Therefore, the objectives sought to be achieved relate to pressing and substantial concerns in a free and democratic society. I conclude that the objectives are of sufficient importance as to warrant, in some circumstances, overriding the constitutionally protected freedom of expression.

The Rational Connection

[210] The next step in the inquiry is consideration of whether the means chosen are reasonably and demonstrably justified. This analysis of the proportionality of the measure begins with consideration of the rationality of the measure at issue. The question to be asked is will prohibiting witnesses from revealing information protect the integrity of the investigations and preserve the confidentiality of government information?

[211] The reasons of the Commissioner's delegate shed light on how the orders are viewed to function in order to protect the integrity of the investigations. First, if witnesses could communicate questions asked and answers given on their examination before the Commissioner's delegate, the delegate is less likely to obtain a witness' own independent recollection of events. Second, the orders ensure that a witness may speak freely without fear of employment repercussions. Third, the automatic imposition of a confidentiality order is said to prevent any stigma attaching to a witness who is bound by such an order. The Commissioner says that there would exist a possibility of suspicion attaching to a witness who requested a confidentiality order.

[212] With respect to the object of protecting the confidentiality of government information, the confidentiality orders are said to reflect the Commissioner's obligation to take every reasonable precaution to avoid the disclosure of exempt information. The orders also allow some portion of one witness' evidence to be put to another witness for the

l'on encourage le fonctionnement honnête et efficace de l'administration.

[209] Par conséquent, les objectifs visés se rapportent à des préoccupations urgentes réelles dans une société libre et démocratique. Je conclus que ces objectifs sont suffisamment importants pour l'emporter, dans certaines circonstances, sur la liberté d'expression protégée par la Constitution.

Le lien rationnel

[210] L'étape suivante de l'enquête consiste à déterminer si les moyens choisis sont raisonnablement justifiés d'une façon qui puisse se démontrer. Cette analyse de la proportionnalité de la mesure commence par un examen de sa rationalité. Il faut se demander si le fait d'interdire aux témoins de révéler des renseignements protège l'intégrité des enquêtes et préserve la confidentialité des renseignements de l'administration.

[211] Les motifs fournis par le représentant du commissaire jettent la lumière sur la façon dont on considère que les ordonnances fonctionnent en vue de protéger l'intégrité des enquêtes. Premièrement, si les témoins pouvaient communiquer les questions posées et les réponses données lorsqu'ils ont été interrogés par le représentant du commissaire, il serait plus difficile pour celui-ci d'obtenir d'un témoin son propre compte rendu indépendant des événements. Deuxièmement, les ordonnances visent à assurer qu'un témoin puisse parler en toute liberté sans craindre de répercussions sur le plan professionnel. Troisièmement, il est soutenu que l'imposition automatique d'une ordonnance de confidentialité empêche le témoin qui est lié par une telle ordonnance d'être stigmatisé. Le commissaire affirme que si le témoin demandait une ordonnance de confidentialité, la chose pourrait bien éveiller des soupçons.

[212] En ce qui concerne la protection de la confidentialité des renseignements de l'administration, il est affirmé que les ordonnances de confidentialité montrent que le commissaire est tenu de prendre toutes les précautions raisonnables pour éviter la divulgation de renseignements visés par une exception. Les ordonnances permettent également la divulgation d'une

purpose of advancing the investigation.

[213] I am satisfied on the basis of logic and common sense that there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of at least some information which might otherwise not be protected. These are the purposes of orders issued by courts which govern the confidentiality of certain information and the exclusion of witnesses.

Minimal Impairment

[214] The next stage of the *Oakes, supra*, analysis requires the Court to consider whether the confidentiality orders, while rationally connected to the objectives, impair the witnesses' freedom of expression as little as possible.

[215] It is to be noted at the outset that the Supreme Court has observed that it is more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban. See *Thomson, supra*, at paragraph 120. The Supreme Court has, as previously noted, also observed in *Sierra, supra*, that confidentiality orders are to be restricted as much as is reasonably possible. For the reasons that follow, I have concluded that the Commissioner has failed to demonstrate why less restrictive confidentiality orders would not have been equally effective in preserving the integrity of the investigations and preserving the confidentiality of government information. On the basis of that conclusion, it follows that the orders fail on the issue of minimal impairment and that they should be set aside on the terms set out below.

[216] In support of his argument that the orders were demonstrably justifiable, the Commissioner filed the affidavit of Colonel (retired) Michel Drapeau. Colonel Drapeau, based upon his experience and knowledge of the culture of the Canadian Forces and Public Service in general, and the culture prevailing at National Defence Headquarters in particular, and based upon his familiarity with the federal access to information regime,

partie de la preuve d'un témoin à un autre témoin aux fins de l'avancement de l'enquête.

[213] Je suis convaincue, en me fondant sur la logique et sur le bon sens, qu'il existe un lien rationnel entre d'une part l'imposition d'une ordonnance de confidentialité et d'autre part la protection de l'intégrité des enquêtes et la confidentialité de certains renseignements qui ne seraient peut-être pas par ailleurs protégés. Tels sont les buts des ordonnances régissant la confidentialité de certains renseignements et l'exclusion des témoins qui sont rendues par les tribunaux judiciaires.

Atteinte minimale

[214] L'étape suivante de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*, précité, exige que la Cour décide si les ordonnances de confidentialité, tout en étant rationnellement liées aux objectifs, portent le moins possible atteinte à la liberté d'expression des témoins.

[215] Il importe au départ de noter que la Cour suprême a fait remarquer qu'il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle. Voir *Thomson*, précité, au paragraphe 120. Comme il en a déjà fait mention, la Cour suprême a également fait remarquer, dans l'arrêt *Sierra*, précité, qu'il faut restreindre le plus possible les ordonnances de confidentialité. Pour les motifs ci-après énoncés, j'ai conclu que le commissaire n'a pas démontré pourquoi des ordonnances de confidentialité moins restrictives n'auraient pas été aussi efficaces afin de préserver l'intégrité des enquêtes et la confidentialité des renseignements de l'administration. Compte tenu de cette conclusion, il s'ensuit que les ordonnances ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale et qu'elles devraient être annulées selon les conditions énoncées ci-dessous.

[216] À l'appui de l'argument voulant que les ordonnances soient justifiables d'une façon qui puisse se démontrer, le commissaire a déposé l'affidavit du colonel (à la retraite) Michel Drapeau. Le colonel Drapeau, compte tenu de son expérience et de sa connaissance de la culture des Forces canadiennes et de la fonction publique en général, ainsi que de la culture existant au Quartier général de la Défense nationale en

opined that:

1. The integrity of the Commissioner's investigative function demands that a public official, as witness, be protected from direct or indirect pressures.

2. There is a legitimate concern that public officials may feel pressure from their employers, supervisors, or co-workers, if they provide information to the Commissioner which may not conform to the "official version of events or otherwise displeases co-workers".

3. In the absence of confidentiality restrictions there would be irresistible pressure on witnesses summoned to appear before the Commissioner to be accompanied by a Crown counsel and to inform officials and senior law officers of the Crown of the content of their evidence.

4. Unless information obtained or gathered during the Commissioner's investigations remains private and confidential the public servant as witness risks being labelled as a "maverick" and risks becoming the target of direct or indirect institutional retaliation.

5. Witnesses are less likely to testify candidly and completely if they fear recriminations based on the content of their testimony.

6. For reasons of culture and ethos it is unlikely that career public servants would feel comfortable requesting a confidentiality order.

7. Even where a witness wishes to reveal the content of his or her testimony, by doing so the protection afforded to other witnesses is "potentially threatened". This is because on release of the Commissioner's report a supervisor may be able to attribute particular evidence to specific witnesses by speaking to other witnesses who are willing to share their testimony.

particulier, et compte tenu de sa connaissance du régime fédéral d'accès à l'information, a exprimé l'avis suivant:

1. L'intégrité de la fonction d'enquête du commissaire exige qu'un agent public, en sa qualité de témoin, soit protégé contre les pressions directes et indirectes;

2. On craint légitimement que les agents publics se sentent assujettis à des pressions de la part de leurs employeurs, de leurs superviseurs ou de leurs collègues de travail s'ils fournissent au commissaire des renseignements qui ne sont peut-être pas conformes à la «version officielle des faits ou déplaisent par ailleurs aux collègues»;

3. En l'absence de restrictions relatives à la confidentialité, les témoins qui sont assignés à comparaître devant le commissaire seraient assujettis à des pressions irrésistibles lorsqu'il s'agirait de se faire accompagner par un avocat de la Couronne et d'informer du contenu de leur preuve les agents et les conseillers juridiques principaux de la Couronne;

4. À moins que les renseignements obtenus ou recueillis pendant les enquêtes du commissaire ne soient privés et confidentiels, le fonctionnaire, en sa qualité de témoin, risque d'être considéré comme un «rebelle» et de faire l'objet, directement ou indirectement, de représailles de la part de l'institution;

5. Il est moins probable que les témoins témoignent avec franchise et d'une façon exhaustive s'ils craignent des représailles fondées sur le contenu de leur témoignage;

6. Pour des raisons de culture et d'ethos, il est peu probable que les fonctionnaires de carrière se sentent à l'aise lorsqu'il s'agit de demander une ordonnance de confidentialité;

7. Même lorsqu'un témoin veut révéler le contenu de son témoignage, en le faisant, il «risque de menacer» la protection accordée aux autres témoins, et ce, parce que, lorsque le rapport du commissaire sera rendu public, un superviseur pourra attribuer un élément de preuve particulier à des témoins précis en parlant à d'autres témoins qui sont prêts à partager leur déposition.

[217] Colonel Drapeau's opinion was contradicted by the affidavits of Suzanne Lajoie and Judith Mooney.

[218] Ms. Lajoie worked for nine years in the Access to Information and Privacy Section of the Department of National Defence. From September 1999 to December 2000, she worked first as the Acting Director of Access to Information and Policy in the Department of National Defence and then as the Deputy Coordinator for Access to Information and Privacy in the Department of National Defence. She has been interviewed on numerous occasions by investigators from the office of the Commissioner, and has appeared to give evidence before the Deputy Information Commissioner once and also once before counsel for the Commissioner. It is her evidence that she never felt pressured to tailor her evidence, and never felt pressured to be accompanied by a Crown counsel or to inform anyone of her discussions with the Commissioner's representative. Ms. Lajoie was not aware of any situation where a witness became a target of retaliation as a result of being a witness before the Commissioner. She has never felt the need to ask for a confidentiality order nor was she aware of any incident where another member of the Department of National Defence requested a confidentiality order (although she agreed on cross-examination that she would not know if someone had sought and obtained such an order).

[219] To similar effect was the evidence of Ms. Mooney who is the Director, Access to Information and Privacy Section of the Department of National Defence. She gave as a specific example her decision to release information to a journalist with the *Ottawa Citizen* concerning the award of an untendered contract to One World Communications by Mr. Eggleton who was at that time the Minister of National Defence. It is Ms. Mooney's evidence that at the time of the release both she and the Minister were aware of the political sensitivity of the item, but Ms. Mooney was, she said, not pressured to withhold the information.

[217] Les affidavits de Suzanne Lajoie et de Judith Mooney contredisent l'avis exprimé par le colonel Drapeau.

[218] M^{me} Lajoie a travaillé pendant neuf ans à la section de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Défense nationale. Du mois de septembre 1999 au mois de décembre 2000, elle a d'abord été directrice intérimaire, Accès à l'information et Politique, au ministère de la Défense nationale, et elle a ensuite été coordonnatrice adjointe, Accès à l'information et protection des renseignements personnels, au ministère de la Défense nationale. Elle a été interrogée à maintes reprises par des enquêteurs du commissariat, et elle a comparu une fois pour déposer devant le sous-commissaire à l'information ainsi qu'une fois devant l'avocat du commissaire. Elle a témoigné ne s'être jamais sentie contrainte d'arranger sa preuve, et elle n'a jamais cru que des pressions étaient exercées pour qu'elle se fasse accompagner par un avocat de la Couronne et pour qu'elle informe qui que ce soit des discussions qu'elle avait eues avec le représentant du commissaire. M^{me} Lajoie ne connaissait aucun cas dans lequel une personne avait fait l'objet de représailles parce qu'elle avait témoigné devant le commissaire. Elle n'avait jamais ressenti la nécessité de demander une ordonnance de confidentialité et elle ne connaissait aucun cas dans lequel un autre membre du ministère de la Défense nationale avait demandé une ordonnance de confidentialité (bien qu'elle eût convenu, pendant le contre-interrogatoire, qu'elle ne saurait pas si quelqu'un avait demandé et obtenu pareille ordonnance).

[219] La preuve présentée par M^{me} Mooney, qui est directrice, section de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, au ministère de la Défense nationale, est similaire. M^{me} Mooney a donné comme exemple précis sa décision de divulguer à un journaliste du *Ottawa Citizen* des renseignements au sujet de l'attribution à One World Communications d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'un appel d'offres par M. Eggleton, qui était alors ministre de la Défense nationale. Selon la preuve présentée par M^{me} Mooney, au moment de la divulgation, le ministre et elle savaient qu'il s'agissait d'une question délicate sur le plan politique, mais le témoin a affirmé que l'on n'avait pas exercé de

[220] Counsel for the applicants argues that Colonel Drapeau was not qualified to express the opinions which he did because he was not an expert in the public service culture in general. Counsel for the applicants points to the evidence that Colonel Drapeau has only worked in the Public Service for 16 months and that such experience ended in 1993. Colonel Drapeau has never conducted an investigation under the Act, has never been a witness under the Act, and has never spoken to anyone who was a witness. Colonel Drapeau has never worked in the office of a minister of the Crown, the Prime Minister's Office, the Privy Council Office or in the Department of Transport. Since Colonel Drapeau was in the Department of National Defence the persons fulfilling the positions of Minister of National Defence, Deputy Minister of National Defence, Chief of the Defence Staff, and Access to Information and Privacy Coordinator have all changed. Colonel Drapeau admitted on cross-examination that he knows nothing about the investigations that underlie these proceedings.

[221] I am satisfied that Colonel Drapeau's affidavit is admissible to the extent he swears to matters he directly observed and to the extent that he has the expertise to opine on the culture of the Department of National Defence. With respect to the opinion he provides concerning the Department of National Defence, I find his evidence to be generally relevant, of assistance to the Court and that Colonel Drapeau has the necessary expertise to give such evidence. Thus, the criteria established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 are met in so far as Colonel Drapeau's opinions relate to the Department of National Defence.

[222] I also find, however, that Colonel Drapeau does not have sufficient recent experience in order to opine on the Public Service generally. Further, his lack of experience working in an office of a minister of the Crown, the Prime Minister's Office or the Privy Council

pressions pour qu'elle refuse de communiquer les renseignements.

[220] L'avocat des demandeurs soutient que le colonel Drapeau n'avait pas les qualités requises pour exprimer les avis qu'il a exprimés, parce qu'il n'avait pas d'expertise en ce qui concerne la culture de la fonction publique en général. Il signale la preuve selon laquelle le colonel Drapeau a uniquement travaillé au sein de la fonction publique pendant 16 mois et que cette expérience a pris fin en 1993. Le colonel Drapeau n'a jamais mené d'enquête en vertu de la Loi, il n'a jamais témoigné en vertu de la Loi et il n'a jamais parlé à qui que ce soit qui était un témoin. Le colonel Drapeau n'a jamais travaillé dans le cabinet d'un ministre, dans le cabinet du Premier ministre, au Bureau du Conseil privé ou au ministère des Transports. Depuis que le colonel Drapeau a quitté le ministère de la Défense nationale, les personnes exerçant les fonctions de ministre de la Défense nationale, de sous-ministre de la Défense nationale, de chef d'état-major de la Défense et de coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels ne sont plus les mêmes. Pendant le contre-interrogatoire, le colonel Drapeau a admis ne rien savoir des enquêtes qui sous-tendent la présente instance.

[221] Je suis convaincue que l'affidavit du colonel Drapeau est admissible dans la mesure où il fait état de choses que le colonel a directement observées et où le colonel a l'expertise voulue pour exprimer son avis au sujet de la culture au sein du ministère de la Défense nationale. Quant à l'avis exprimé au sujet du ministère de la Défense nationale, je conclus que le témoignage est généralement pertinent, qu'il aide la Cour et que le colonel Drapeau a l'expertise nécessaire pour présenter pareille preuve. Les critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, sont donc respectés en ce qui concerne les avis exprimés par le colonel Drapeau au sujet du ministère de la Défense nationale.

[222] Toutefois, je conclus également que le colonel Drapeau n'a pas suffisamment d'expérience récente afin d'exprimer un avis au sujet de la fonction publique en général. En outre, son manque d'expérience, lorsqu'il s'agit de travailler dans le cabinet d'un ministre, dans le

Office coupled with his lack of direct experience with respect to investigations conducted by the Commissioner, and his lack of knowledge with respect to the investigations at issue, lead me to conclude that his testimony should be given little or no weight as it touches upon the issue of whether less intrusive confidentiality provisions would have been equally effective to achieve the Commissioner's objectives.

[223] Counsel for the Commissioner also argues that the Court may by application of reason and logic conclude that the confidentiality orders were issued on the basis of a reasonable assessment or apprehension of harm. The Commissioner's concern about the possible coercion of witnesses is said not to be speculative, but to be grounded in the observations of Colonel Drapeau and in the cross-examination of Mr. Cappe. Further, in the words of counsel for the Commissioner "when the most powerful men in government make a very public position, as they did in this case, throughout their Departments . . . it is reasonable to assume that others . . . may feel indirectly coerced into adopting positions that are less than fully open". Thus, it is submitted that at least during the currency of any investigation the objectives of preserving the integrity of that investigation "including the need to prevent the tainting of a witness' testimony and to ensure that no employment repercussions flow directly from the witness' testimony" establish that the orders in question minimally impair the right of free expression because no lesser order would be effective.

[224] I accept, as a matter of law, that where it is difficult to empirically prove harm, the Supreme Court of Canada has found it sufficient to apply logic and common sense in order to see whether there has been demonstrable justification of the infringement of a right. However, in the present case, as discussed above, the evidence is that the Commissioner did not issue confidentiality orders to every witness. This practice of

cabinet du Premier ministre ou au Bureau du Conseil privé, auquel viennent s'ajouter son manque d'expérience directe à l'égard des enquêtes menées par le commissaire et son manque de connaissances à l'égard des enquêtes ici en cause, m'amène à conclure qu'il faut accorder peu de poids ou qu'il ne faut accorder aucun poids à son témoignage pour ce qui est de la question de savoir si des dispositions moins attentatoires en matière de confidentialité auraient permis d'une façon aussi efficace la réalisation des objectifs du commissaire.

[223] L'avocat du commissaire affirme également que la Cour peut, en se fondant sur la raison et la logique, conclure que les ordonnances de confidentialité ont été rendues compte tenu d'une appréciation raisonnable du risque de préjudice. Il est soutenu que les craintes que le commissaire a exprimées au sujet de la coercition possible des témoins ne sont pas conjecturales, mais qu'elles sont fondées sur les observations du colonel Drapeau et sur le contre-interrogatoire de M. Cappe. En outre, comme l'a dit l'avocat du commissaire, [TRADUCTION] «lorsque les hommes les plus puissants au sein du gouvernement prennent une position sur laquelle l'attention du public est fortement attirée, comme ils l'ont fait dans ce cas-ci, dans tous les ministères [. . .] il est avec raison possible de supposer que les autres [. . .] peuvent se sentir indirectement contraints à adopter des positions qui sont loin d'être ouvertes». Il est soutenu que, pendant la conduite de l'enquête du moins, les objectifs qui consistent à préserver l'intégrité de cette enquête [TRADUCTION] «y compris la nécessité d'empêcher que le témoignage d'une personne soit vicié et d'assurer que le témoignage de la personne en cause n'ait pas de répercussions directes sur le plan professionnel» établissent donc que les ordonnances en question portent une atteinte minimale à la liberté d'expression parce qu'aucune ordonnance moins rigoureuse ne serait efficace.

[224] Je reconnais, au point de vue juridique, que lorsqu'il est difficile de prouver le préjudice empiriquement, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il suffisait d'appliquer la logique et le bon sens afin de déterminer si la violation d'un droit est justifiée d'une façon qui puisse se démontrer. Toutefois, en l'espèce, comme il en a ci-dessus été fait mention, il est établi que le commissaire n'a pas rendu d'ordonnances de

the Commissioner, in my view, refutes any logical inference that in the context of these investigations confidentiality orders must be issued automatically to every witness.

[225] Further, common sense is not to be used as a cover for “unfounded or controversial assumptions” (*Thomson, supra*, at paragraph 116). Where a Court issues a confidentiality order in a judicial proceeding, as a matter of law, the need for such order is required to be “well grounded in the evidence” (see: *Sierra, supra*, at paragraph 54) and a judge is required to consider on the evidence whether reasonable alternatives are available. While the investigations before me are indeed at the investigative stage and are not conducted in the context of a judicial process, it remains that the need for a confidentiality order is a matter capable of being established by evidence and by the inferences which may properly be drawn from evidence. Put more simply, the potential for harm is something that can be established on evidence and therefore should be proven, not assumed.

[226] I therefore conclude that in circumstances where the Commissioner’s delegate did not impose confidentiality orders on all of the witnesses who appeared before him in these investigations, and where in other contexts courts do require evidence in order to substantiate the need for a confidentiality order, I am not satisfied that the Commissioner may rely only upon the contextual factors, logic and common sense in order to meet his burden of demonstrably justifying the confidentiality orders.

[227] On the basis of the totality evidence that is before me, and having regard to logic and common sense, I conclude that the confidentiality orders are overbroad in at least the following respects.

[228] First, it was the position of the Commissioner when examining each individual applicant that the same broad orders should issue to all of these individual

confidentialité pour chaque témoin. À mon avis, cette pratique du commissaire réfute toute inférence logique selon laquelle, dans le contexte des enquêtes ici en cause, des ordonnances de confidentialité doivent être automatiquement rendues pour chaque témoin.

[225] En outre, le sens commun ne doit pas être invoqué pour masquer «des suppositions sans fondement ou controversées» (*Thomson*, précité, au paragraphe 116). Lorsqu’un tribunal judiciaire rend une ordonnance de confidentialité dans une procédure, sur le plan du droit, la nécessité de cette ordonnance doit être «bien étayé[e] par la preuve» (voir: *Sierra*, précité, au paragraphe 54) et le juge est tenu de se demander, eu égard à la preuve, s’il existe d’autres solutions raisonnables. Les enquêtes ici en cause sont de fait encore en cours et ne sont pas menées dans le contexte d’une procédure judiciaire, mais il reste que la nécessité d’une ordonnance de confidentialité est une question qui peut être établie par la preuve et par les inférences qui peuvent à juste titre être tirées de la preuve. Autrement dit, la possibilité d’un préjudice est une chose qui peut être établie selon la preuve et qui doit donc être prouvée plutôt que d’être présumée.

[226] Je conclus donc qu’étant donné que le représentant du commissaire n’a pas imposé d’ordonnances de confidentialité à tous les témoins qui ont comparu devant lui dans ces enquêtes, et qu’étant donné que, dans d’autres contextes, les tribunaux judiciaires exigent de fait une preuve afin de justifier la nécessité d’une ordonnance de confidentialité, je ne suis pas convaincue que le commissaire puisse uniquement se fonder sur les facteurs contextuels, sur la logique et sur le bon sens afin de satisfaire à l’obligation de justifier les ordonnances de confidentialité d’une façon qui puisse se démontrer.

[227] Compte tenu de l’ensemble de la preuve qui a été mise à ma disposition et en me fondant sur la logique et le bon sens, je conclus que les ordonnances de confidentialité ont une portée trop générale, du moins en ce qui concerne les aspects ci-après mentionnés.

[228] Premièrement, le commissaire a pris la position selon laquelle, en interrogeant chaque demandeur individuel, des ordonnances générales identiques

applicants. The applicants then bore the onus of justifying to the Commissioner any departure from that default position. The default position ordered witnesses not to reveal “any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me”. The requests that were made for less restrictive orders are set out above. They were denied where the requesters failed to convince the Commissioner’s delegate that communication was required. Thus, for example, the Clerk of the Privy Council’s request to communicate confidential information to the Prime Minister was refused because the Commissioner’s delegate concluded that no specific need had been shown for the Prime Minister to be made privy to the information.

[229] While the request of the Prime Minister’s Chief of Staff that he be permitted to communicate with the Prime Minister was allowed, it was allowed on the basis that the Prime Minister must undertake not to communicate this information to his Cabinet. As noted above, the reasons of the Commissioner’s delegate were:

Taking into account the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a Prime Minister and his senior political adviser, I consider it appropriate to exercise my discretion in favour of permitting the witness to communicate information deriving from the confidential proceeding to the Prime Minister. However, no evidence was presented to support the request that the Prime Minister be given the authority to communicate confidential information to any or all members of his Cabinet. Given the nature of the proceeding and the requirements of s. 35, I consider that granting the request would not be consistent with my obligation to protect the confidentiality and the integrity of this investigation.

[230] The request to add a fifth lawyer to the list of the applicants’ lawyers at Borden Ladner Gervais LLP was denied because no “pressing need” for another lawyer had been demonstrated.

devaient être rendues pour tous ces demandeurs individuels. Les demandeurs avaient ensuite l’obligation de justifier, aux yeux du commissaire, toute dérogation. Il était ordonné aux témoins de ne pas révéler [TRADUCTION] «les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l’affaire, y compris la preuve soumise». Il a ci-dessus été fait mention des demandes qui ont été faites pour que des ordonnances moins restrictives soient rendues. Ces demandes ont été refusées parce que les demandeurs d’accès n’avaient pas réussi à convaincre le représentant du commissaire de la nécessité de la communication. Ainsi, la demande que le greffier du Conseil privé avait faite pour communiquer des renseignements confidentiels au premier ministre a été refusée parce que le représentant du commissaire avait conclu qu’il n’avait pas été démontré qu’il était expressément nécessaire de faire connaître au premier ministre les renseignements en question.

[229] Il a été fait droit à la demande que le chef du cabinet du Premier ministre avait faite pour être autorisé à communiquer des renseignements au Premier ministre, mais il y a été fait droit à condition que le Premier ministre s’engage à ne pas communiquer ces renseignements à son cabinet. Comme il en a ci-dessus été fait mention, le représentant du commissaire a énoncé les motifs suivants:

[TRADUCTION] Compte tenu de la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un Premier ministre et son conseiller politique principal, j’estime qu’il convient d’exercer mon pouvoir discrétionnaire afin de permettre au témoin de communiquer au Premier ministre les renseignements révélés dans le cadre de la procédure confidentielle. Toutefois, aucune preuve n’a été présentée à l’appui de la demande qui a été faite pour que le Premier ministre soit autorisé à communiquer des renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. Étant donné la nature de la procédure et les exigences de l’article 35, je considère que l’octroi de la demande ne serait pas compatible avec l’obligation qui m’incombe de protéger la confidentialité et l’intégrité de cette enquête.

[230] La demande concernant l’ajout d’un cinquième avocat à la liste des avocats des demandeurs, chez Borden Ladner Gervais LLP, a été refusée parce qu’il n’avait pas été démontré qu’il était «absolument nécessaire» d’avoir un autre avocat.

[231] From the evidence as to how the orders were imposed and how the requests to vary them were treated, I conclude that the Commissioner's delegate reversed the process and failed to recognize the obligation upon him to justify a measure which infringed the witness' right of free speech.

[232] Instead of justifying to the applicants why blanket orders were required, the Commissioner's delegate required the applicants to justify why they should be permitted to exercise their right of free expression. The Charter and jurisprudence of the Supreme Court of Canada establish that it is the person who wishes to impair a protected freedom who bears the onus of justifying such impairment.

[233] As well, on the basis of the evidence before me the confidentiality orders went further than was reasonably necessary in order to achieve the Commissioner's objects.

[234] In this regard there is no cogent evidence as to why the confidentiality orders were of unlimited duration in time such that they would continue, unless varied, after the Commissioner's investigation had concluded.

[235] The Commissioner argues that in *Rubin* (1994), *supra*, the Federal Court of Appeal concluded that the integrity of the investigative process requires that a complainant never be entitled to see the representations made to the Commissioner in respect of his or her complaint. This is, however, distinguishable in my view from the case where a witness wishes to speak of their own free will of their own testimony or observations. *Rubin* (1994) dealt with a situation where a complainant sought to learn the confidential evidence or information of another.

[236] The Commissioner also argues that the concern that a witness' testimony might result in employment repercussions justifies an order of unlimited duration. It is noted that issues around a particular access request may extend for months or years after the conclusion of the investigation. Further, it is argued that the existence

[231] En me fondant sur la preuve relative à la façon dont les ordonnances ont été imposées et à la façon dont les demandes visant leur modification ont été traitées, je conclus que le représentant du commissaire a inversé le processus et a omis de reconnaître l'obligation qu'il avait de justifier une mesure qui portait atteinte à la liberté d'expression du témoin.

[232] Au lieu d'expliquer aux demandeurs pourquoi il fallait rendre des ordonnances générales, le représentant du commissaire a obligé les demandeurs à expliquer pourquoi ils devaient être autorisés à exercer leur droit à la liberté d'expression. La Charte et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada établissent que c'est la personne qui veut porter atteinte à la liberté protégée qui a l'obligation de justifier pareille atteinte.

[233] De plus, selon la preuve mise à ma disposition, les ordonnances de confidentialité allaient plus loin que ce qui était raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs du commissaire.

[234] Sur ce point, il n'existe pas de preuve convaincante montrant pourquoi les ordonnances de confidentialité s'appliquaient pour une durée indéfinie, de sorte qu'elles continuaient à s'appliquer, à moins d'être modifiées, après la fin de l'enquête du commissaire.

[235] Le commissaire soutient que, dans l'arrêt *Rubin* (1994), précité, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'intégrité du processus d'enquête exige que le plaignant n'ait jamais le droit de prendre connaissance des observations présentées au commissaire au sujet de sa plainte. Toutefois, il est à mon avis possible de faire une distinction à l'égard du cas dans lequel un témoin veut parler de son propre chef de son propre témoignage ou de ses propres observations. L'affaire *Rubin* (1994) se rapportait à un cas dans lequel le plaignant cherchait à connaître la preuve ou les renseignements confidentiels d'une autre personne.

[236] Le commissaire soutient également que la crainte que la déposition d'un témoin puisse avoir des répercussions professionnelles justifie une ordonnance d'une durée indéfinie. Il fait remarquer que les questions entourant une demande d'accès particulière peuvent continuer à se poser plusieurs mois ou plusieurs années

of such orders provides assurances to those who may be involved in future investigations that their testimony can be protected indefinitely if necessary.

[237] I do not accept this argument as being sufficient to justify the unlimited time duration of the confidentiality orders. In my view, the concern expressed by the Commissioner is not well grounded in the evidence. None of the applicants have expressed this concern. Further, practically speaking supervisors move, employees change positions, policies evolve, ministers and prime ministers change. None of these practical considerations are reflected in an order that does not expire.

[238] To the extent that the Commissioner relies upon the need to protect future investigations, this concern has not been found sufficient to justify the exemption of information from release under the Act or under the *Privacy Act*. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219 the Federal Court of Appeal wrote, at paragraph 12:

Fourth, the chilling effect disclosure might have on possible future investigations has been consistently denied as a ground for refusing disclosure (see *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430 (C.A.), at paragraphs 45-46; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at paragraph 45; *Lavigne, supra*). I appreciate that these decisions were rendered in the context of paragraph 16(1)(c) of the Access Act and of paragraph 22(1)(b) of the *Privacy Act*, but the principles they set out with respect to investigative bodies involved in the detection of crime or law enforcement are even more applicable to informal investigations of an administrative nature such as in the case at bar. If Parliament is prepared to protect the identity of a confidential source of information only during the course of “lawful investigations” contemplated by these paragraphs, one can hardly make a policy argument that it is necessary to protect the name of a witness in an informal inquiry in order to avoid jeopardizing the conduct of such inquiries in the future. [Underlining added.]

après la fin de l'enquête. En outre, il est soutenu que l'existence de pareilles ordonnances garantit aux personnes qui peuvent être en cause dans des enquêtes futures que leur témoignage peut être protégé indéfiniment au besoin.

[237] Je ne crois pas que cet argument soit suffisant pour justifier la durée indéfinie des ordonnances de confidentialité. À mon avis, la préoccupation exprimée par le commissaire n'est pas fondée sur la preuve. Aucun des demandeurs n'a exprimé pareille crainte. En outre, en pratique, les superviseurs sont mutés, les employés changent de poste, les politiques évoluent, les ministres et les premiers ministres changent. Or, une ordonnance qui n'a pas de date d'expiration ne tient compte d'aucune de ces considérations pratiques.

[238] Dans la mesure où le commissaire se fonde sur la nécessité de protéger des enquêtes futures, cette préoccupation n'a pas été jugée suffisante pour justifier l'application d'une exception à la communication prévue par la Loi ou par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219, la Cour d'appel fédérale a dit ce qui suit, au paragraphe 12:

Quatrièmement, l'effet d'intimidation que la communication des renseignements pourrait avoir sur d'éventuels participants à de futures enquêtes a toujours été écarté en tant que motif de refuser la communication (voir l'arrêt *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430 (C.A.), aux paragraphes 45 et 46, et les jugements *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, au paragraphe 45; et *Lavigne*, précité). Si j'ai bien compris, ces décisions portaient sur l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et sur l'alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais les principes qui y sont exposés au sujet des organismes d'enquête qui s'occupent du dépistage et de la répression du crime s'appliquent encore plus aux enquêtes administratives informelles comme celle qui nous intéresse en l'espèce. Si le législateur fédéral est disposé à protéger l'identité d'une source de renseignements confidentielle uniquement au cours des «enquêtes licites» envisagées par ces dispositions, on ne peut guère invoquer l'argument de principe suivant lequel il est impératif de protéger le nom des personnes qui témoignent dans une enquête informelle pour éviter de compromettre à l'avenir le déroulement de ces enquêtes. [Non souligné dans l'original.]

I do not accept the need to protect future investigations to justify an order of unlimited duration.

[239] Aside from the duration of the confidentiality orders, the orders are, in my view, also overbroad to the extent that they contain provisions which are unnecessary in order to fulfill the objectives of the orders. In this regard:

1. The evidence establishes that communication now prohibited between some applicants and certain individuals would not give rise to any concern that the evidence of a witness or a potential witness would be tainted. See, for example, the confidential transcript of the confidential proceedings involving Mr. Pelletier at pages 55-56.

2. The evidence establishes that certain witnesses did not need to speak to the Commissioner's delegate in private in order to be protected from coercive influences. See, for example, the confidential transcript of the confidential proceedings involving Mr. Pelletier at pages 55-56. None of the applicants expressed this concern. The offices which at least some of the applicants held are such that it is not possible to presume they are susceptible to coercion.

3. The evidence does not establish that all of these applicants would improperly disclose confidential government information unless the confidentiality orders were imposed.

4. The evidence does not establish that disclosure of information concerning the manner in which the proceedings were conducted, the role counsel was permitted to play, the nature of objections made by counsel, and the rulings given in response to such objections would impair the integrity of the investigations.

[240] With respect to the Commissioner's position that it is necessary for every witness to be covered by a confidentiality order in order to avoid a stigma attaching to witnesses who were subject to such orders, it is significant that counsel for the Commissioner did not

Je ne crois pas que la nécessité de protéger des enquêtes futures justifie une ordonnance d'une durée indéfinie.

[239] À part leur durée, les ordonnances de confidentialité ont également, à mon avis, une portée trop générale dans la mesure où elles contiennent des dispositions qui ne sont pas nécessaires afin d'atteindre les objectifs visés. À cet égard:

1. La preuve établit que la communication maintenant prohibée entre certains demandeurs et certaines personnes ne susciterait aucune crainte que la preuve d'un témoin existant ou éventuel soit viciée. Voir, par exemple, la transcription confidentielle des procédures confidentielles mettant en cause M. Pelletier aux pages 55 et 56;

2. La preuve établit que certains témoins n'avaient pas besoin de parler en secret au représentant du commissaire afin d'être protégés contre des influences coercitives. Voir, par exemple, la transcription confidentielle des procédures confidentielles mettant en cause M. Pelletier, aux pages 55 et 56. Aucun des demandeurs n'a exprimé pareille préoccupation. Les fonctions exercées par certains des demandeurs du moins sont telles qu'il n'est pas possible de présumer que ceux-ci peuvent être assujettis à la coercition;

3. La preuve n'établit pas que tous les demandeurs ici en cause divulgueraient d'une façon inappropriée des renseignements confidentiels de l'administration à moins que les ordonnances de confidentialité ne soient imposées;

4. La preuve n'établit pas que la divulgation des renseignements concernant la façon dont les procédures étaient menées, le rôle que les avocats étaient autorisés à avoir, la nature des objections soulevées par les avocats et les décisions rendues en réponse à pareilles objections porterait atteinte à l'intégrité des enquêtes.

[240] Quant à la position du commissaire selon laquelle il faut que chaque témoin soit assujetti à une ordonnance de confidentialité afin d'éviter que les témoins faisant l'objet de pareilles ordonnances soient stigmatisés, il importe de noter que l'avocat du

point to any occasion where the Commissioner's delegate gave this as a reason for the issuance of an order. Colonel Drapeau did not give evidence to this effect, he merely opined that public servants and members of the Canadian Forces would be unlikely to feel comfortable requesting an order of confidentiality. The Commissioner did not impose confidentiality orders upon every witness. Accordingly, the evidence does not support the argument that blanket orders were required such that nothing less would achieve the expressed objectives.

[241] To the extent confidentiality orders restricted communication in circumstances where there was no reasonable concern that such communication would impair the investigation or would result in the improper disclosure of confidential information, the orders were, in my view, an impermissible restriction on the witnesses' freedom of expression.

[242] With respect to the Commissioner's concerns of improper disclosure of government information, it is to be remembered that the Federal Court of Appeal has held that the Commissioner is not entitled to put information before a witness which may be exempt from disclosure under the Act. Further, many of the witnesses who appeared before the Commissioner's delegate were subject to confidentiality obligations independent of any imposed by the Commissioner. In consequence, the need to protect information would not arise in every examination. To the extent that it did, a confidentiality order would, in my view, be justified with respect to that specific information so long as the order went no further than was reasonably required to protect the confidential information.

[243] Two final points are to be made. First, the Commissioner argues that in lieu of applying the *Oakes* analysis, the analysis of the Supreme Court in *Sierra*, *supra* should be applied in order to determine whether the confidentiality orders are justified. Because *Sierra* was decided in circumstances where there is a

commissaire n'a pas signalé de cas dans lequel le représentant du commissaire avait invoqué ce motif à l'appui de la délivrance d'une ordonnance. Le colonel Drapeau n'a pas présenté de preuve en ce sens; il a simplement exprimé l'avis selon lequel les fonctionnaires et les membres des Forces canadiennes ne se sentiraient probablement pas à l'aise s'ils demandaient une ordonnance de confidentialité. Le commissaire n'a pas imposé d'ordonnances de confidentialité à chaque témoin. La preuve n'étaye donc pas l'argument selon lequel il fallait rendre des ordonnances générales, puisque rien de moins ne permettrait d'atteindre les objectifs exprimés.

[241] Dans la mesure où les ordonnances de confidentialité restreignaient la communication, alors que rien ne permettait raisonnablement de craindre que pareille communication nuise à l'enquête ou entraîne la divulgation illégitime de renseignements confidentiels, les ordonnances constituaient à mon avis une restriction injustifiable de la liberté d'expression des témoins.

[242] Quant aux préoccupations manifestées par le commissaire au sujet de la divulgation illégitime de renseignements de l'administration, il faut se rappeler que la Cour d'appel fédérale a statué que le commissaire n'est pas autorisé à faire part à un témoin de renseignements qui peuvent être visés par une exception à la communication prévue par la Loi. En outre, un grand nombre des témoins qui ont comparu devant le représentant du commissaire étaient assujettis à des obligations de confidentialité indépendantes de toute obligation imposée par le commissaire. Il ne serait donc pas nécessaire de protéger les renseignements pour chaque interrogatoire. S'il était nécessaire de le faire, une ordonnance de confidentialité serait à mon avis justifiée à l'égard de ce renseignement précis, à condition que l'ordonnance n'aille pas plus loin que ce qui est raisonnablement nécessaire pour protéger les renseignements confidentiels.

[243] Deux derniers points doivent être soulevés. Premièrement, le commissaire affirme qu'au lieu d'appliquer l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*, il faudrait appliquer l'analyse effectuée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sierra*, précité, afin de déterminer si les ordonnances de confidentialité sont justifiées. Étant

presumption of open proceedings, and no such presumption attaches to the Commissioner's confidential investigation, I am not convinced that the *Sierra* analysis is more appropriate than the *Oakes* analysis. Nor am I convinced that any different conclusion would result if the *Sierra* analysis was applied. I am satisfied, however, that it is not wrong in law to apply the *Oakes* analysis and I have so proceeded.

[244] The second point is that four of the five investigations are ongoing. As counsel for the Commissioner observed, with respect to those ongoing investigations the Court does not know the Commissioner's investigational plan, what witnesses may need to be recalled, what further witnesses will be required, or what, if any, conflicts exist in the testimony given to date. In that context I am not prepared to order that the confidentiality orders be quashed with immediate effect out of concern that such an order could jeopardize the ongoing investigations. In my view, the public interest in preserving the integrity of the Commissioner's investigations justifies making an order quashing the confidentiality orders, but on terms that the operation of such order be suspended for a period of 30 days from the date of these reasons. Such date may be extended by the Court if so convinced on proper motion brought by the Commissioner. The purpose of this suspension is to permit the Commissioner to consider the need for confidentiality orders and, if still required, to issue orders which are not overbroad in scope and which are demonstrably justified. It is a term the Court may impose as contemplated by rule 53 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

(iv) Conclusion re Group B

[245] On the basis of the analysis set out above, I have concluded that the confidentiality orders did more than bring home to a witness their obligations under the Act, but that the Commissioner's delegate was authorized

donné que le jugement *Sierra* a été prononcé dans ces circonstances où il existe une présomption de procédures ouvertes et qu'aucune présomption de ce genre ne s'applique à l'enquête confidentielle du commissaire, je ne suis pas convaincue que l'analyse prônée dans l'arrêt *Sierra* soit plus appropriée que l'analyse effectuée dans l'arrêt *Oakes*. Je ne suis pas non plus convaincue que la conclusion serait différente si l'analyse énoncée dans l'arrêt *Sierra* était employée. Toutefois, je crois qu'il n'est pas erroné en droit d'appliquer l'analyse *Oakes* et c'est ce que j'ai fait.

[244] Deuxièmement, quatre des cinq enquêtes sont en cours. Comme l'avocat du commissaire l'a fait remarquer, en ce qui concerne ces enquêtes, la Cour ne connaît pas le plan d'enquête du commissaire, elle ne sait pas quels témoins devront peut-être de nouveau être assignés, quels autres témoins devront déposer, ou quels sont les conflits qui existent le cas échéant dans les témoignages présentés jusqu'ici. Cela étant, je ne suis pas prête à ordonner que les ordonnances de confidentialité soient annulées, l'annulation devant prendre effet immédiatement, pour le motif que pareille ordonnance pourrait nuire aux enquêtes en cours. À mon avis, l'intérêt public, lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité des enquêtes du commissaire, justifie le prononcé d'une ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité, mais à condition que l'application de cette ordonnance soit suspendue pour une période de 30 jours à compter de la date des présents motifs. Cette date pourra être prorogée par la Cour, si elle le juge indiqué, sur présentation d'une requête appropriée par le commissaire. La suspension vise à permettre au commissaire de tenir compte de la nécessité des ordonnances de confidentialité et, si la chose est encore nécessaire, de rendre des ordonnances qui n'ont pas une portée trop générale et dont la justification peut se démontrer. C'est une condition que la Cour peut imposer selon la règle 53 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

(iv) Conclusion relative au groupe B

[245] En me fondant sur l'analyse susmentionnée, j'ai conclu que les ordonnances de confidentialité faisaient plus que de bien faire comprendre à un témoin les obligations qui lui incombait en vertu de la Loi, mais

under the Act to issue confidentiality orders. However, the orders at issue breached the right of the individual applicants to freedom of expression. Such orders were overbroad and so were not a reasonable limit prescribed by law so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter. In the result, the confidentiality orders should be set aside, but on condition. That condition is that the order quashing the confidentiality orders will only take effect 31 days after the date of the order embodying this decision. The 30-day period of suspension will permit the Commissioner to consider the need for confidentiality orders and, if required, to issue orders which are not overbroad and which are justified on the evidence before the Commissioner.

Editor's note (replaces paragraphs 246 to 326):

Paragraphs 246 to 291 deal with the copying of records. Copies of certain documents were provided to the Commissioner in response to a *subpoena duces tecum*, with requests that they be returned within a specified time period, and that the Commissioner not copy any document so provided. The Commissioner took the position that he would not be bound by any such conditions.

It was first determined that the Commissioner should be granted leave to be the respondent in these applications. Second, it was determined that even though the investigation in relation to the Black document requests has been completed, the application for judicial review in relation to these requests was not moot. Since the evidence was that the copies had neither been returned nor destroyed, the dispute was not academic and the relief sought would have a practical effect with respect to the copies made and retained by the Commissioner.

Following a pragmatic and functional analysis, it was determined that correctness was the appropriate standard of review to be applied to the Commissioner's decision that the Act allowed him to copy records produced

que la Loi autorisait le représentant du commissaire à rendre des ordonnances de confidentialité. Toutefois, les ordonnances en cause portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels. Ces ordonnances avaient une portée trop générale et elles ne constituaient donc pas, selon une règle de droit, une limite raisonnable, de façon à être valides conformément aux dispositions de l'article premier de la Charte. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité doivent être annulées, mais à une condition, à savoir que l'ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité ne prendra effet que 31 jours après la date de l'ordonnance faisant état de la décision. Le délai de 30 jours permettra au commissaire de déterminer s'il est nécessaire de rendre des ordonnances de confidentialité et, dans l'affirmative, de rendre des ordonnances dont la portée n'est pas trop générale et qui sont justifiées eu égard à la preuve dont dispose le commissaire.

Note de l'arrêtiste (remplace les paragraphes 246 à 326):

Les paragraphes 246 à 291 traitent de la reproduction de documents. Des copies de certaines pièces ont été fournies au commissaire, en réponse à un *subpoena duces tecum*, accompagnées de demandes pour qu'elles soient renvoyées dans un certain délai et que le commissaire ne reproduise pas les pièces ainsi fournies. Le commissaire a pris la position selon laquelle il n'était pas lié par de telles conditions.

Il a d'abord été décidé d'autoriser la désignation du commissaire à titre de défendeur dans ces demandes. Deuxièmement, il a été décidé que, même si l'enquête relative aux demandes de documents concernant M. Black était terminée, la demande de contrôle judiciaire y afférente n'avait pas simplement un intérêt théorique. Puisque la preuve démontrait que les copies n'avaient pas été renvoyées ni détruites, le litige n'était pas simplement théorique et la réparation demandée aurait un effet pratique en ce qui concerne les copies que le commissaire a faites et conservées.

À la suite d'une analyse pragmatique et fonctionnelle, il a été décidé que la norme de la décision correcte était la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire selon laquelle la Loi l'autorisait à reproduire

pursuant to subpoena. Given the purpose of the Commissioner's investigation, the power to photocopy is required as a matter of practical necessity in order for the Commissioner to conduct his investigation and further function effectively and efficiently. It is not contrary to the scheme of the Act to imply this power. Rather, it facilitates the Commissioner's ability to provide evidence. Since the Commissioner is obliged under the Act to return documents upon request to the provider of the document, allowing the Commissioner to retain a copy will ensure his ability to establish the grounds for findings and recommendations and to put before the Court evidence given in proceedings. Furthermore, implying the power to photocopy documents is consistent with the purpose of the Act to provide a meaningful right of access and to provide citizens with a thorough investigation of the complaints concerning access. Finally, subsection 36(5) of the Act does not require the Commissioner to return copies he may have made of documents provided to him because those copies were not "produced" pursuant to section 36.

Paragraphs 292 to 326 deal with the propriety of questions applications. These two applications for declaratory relief relate to the propriety of certain questions put to Jean Pelletier and to the Honourable Art Eggleton when they gave evidence under oath before the Commissioner's delegate pursuant to subpoenas served upon them. The questions put to them called for their opinion on certain matters and/or comment on the opinion of another.

The Commissioner was granted leave to be the respondent in these applications. Since Mr. Pelletier was ultimately not required to answer the questions at issue put to him, and because Mr. Eggleton answered the questions at issue put to him, it was agreed that these issues were moot. The question was whether the Court should exercise its discretion to determine the issues nevertheless. The criteria defined in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, were applied. The necessary adversarial relationship existed. Upon consideration of the following factors, it was determined that there were

les documents produits à la suite de la délivrance d'un subpoena. Vu le but de l'enquête du commissaire, le pouvoir de photocopier est en pratique nécessaire pour que le commissaire puisse mener son enquête et s'acquitter d'autres fonctions d'une façon efficace et efficiente. Il n'est pas contraire au régime de la Loi de présumer l'existence de ce pouvoir. Il permet plutôt plus facilement au commissaire de présenter des éléments de preuve. Puisque le commissaire est obligé, en vertu de la Loi, de renvoyer sur demande les documents à celui qui les a fournis, le fait de permettre au commissaire de conserver une copie assurera que celui-ci est capable de motiver ses conclusions et recommandations et de présenter à la Cour la preuve fournie dans les procédures. En outre, présumer l'existence d'un pouvoir de photocopier des documents est conforme à l'objet de la Loi qui est d'accorder un droit d'accès réel et d'assurer aux citoyens la tenue d'une enquête approfondie sur les plaintes qu'ils déposent en matière d'accès. Enfin, le paragraphe 36(5) de la Loi n'exige pas que le commissaire renvoie les copies des pièces qui lui ont été fournies parce que ces copies n'ont pas été «produites» conformément à l'article 36.

Les paragraphes 292 à 326 traitent des demandes relatives au bien-fondé des questions. Ces deux demandes visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portent sur le bien-fondé de certaines questions posées à Jean Pelletier et à l'honorable Art Eggleton, lorsqu'ils ont déposé sous serment devant le représentant du commissaire conformément aux subpoenas qui leur avaient été signifiés. Les questions qui leur ont été posées visaient à connaître leur opinion sur certains points et leurs commentaires au sujet de l'opinion exprimée par l'autre témoin.

L'autorisation de constituer le commissaire comme défendeur dans ces demandes a été accordée. Puisque, en fin de compte, M. Pelletier n'était pas obligé de répondre aux questions en litige qui lui étaient posées et parce que M. Eggleton a répondu à ces questions, il a été convenu que ces questions n'avaient plus qu'un intérêt théorique. Il s'agissait de savoir si la Cour devait néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher les questions. Les critères définis dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, ont été appliqués. Le rapport contradictoire nécessaire existait.

no special circumstances warranting adjudication of the moot questions: (1) considering the broad powers conferred on the Commissioner with respect to the investigation he is required to conduct, the Court should be slow to intervene in the exercise of the Commissioner's discretion as to what evidence he sees fit to accept; (2) the questions were challenged on grounds of relevance only; (3) evidentiary rulings should not be challenged until the final decision is made—here, one investigation is ongoing, in the other, Mr. Pelletier was never required to answer the questions; (4) the applicants have failed to establish that there was a likelihood of the questions recurring in circumstances where a ruling on the propriety of these questions would be determinative of subsequent disputes; the applicants have failed to establish that the taking of improper evidence would escape judicial review if the improper evidence was material to the final decision. Finally, given the lack of precedential value of a ruling made herein, the Court saw no public interest which would warrant determining the issues raised in these applications.

Après examen des facteurs suivants, il a été décidé qu'il n'existait pas de circonstances particulières justifiant à la Cour de se prononcer sur les questions n'ayant plus qu'un intérêt théorique: 1) compte tenu des larges pouvoirs conférés au commissaire à l'égard de l'enquête qu'il doit mener, la Cour doit hésiter à intervenir lorsque celui-ci exerce son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelle preuve il juge bon de recevoir; 2) les questions n'ont été contestées que pour des motifs de pertinence; 3) les décisions relatives à la preuve ne doivent pas être contestées tant que la décision finale n'est pas rendue—en l'espèce, une enquête est en cours, dans l'autre, M. Pelletier n'a jamais été obligé de répondre aux questions; 4) les demandeurs n'ont pas établi qu'il était probable que les questions se posent de nouveau dans des circonstances où une décision sur leur bien-fondé serait déterminante dans des litiges subséquents; ils n'ont pas démontré que la réception des éléments de preuve inappropriés échapperait au contrôle judiciaire si ces éléments de preuve étaient importants pour ce qui est de la décision finale. Enfin, vu qu'une décision rendue en l'espèce n'a pas valeur de précédent, la Cour n'a pu constater aucun intérêt public justifiant la résolution des questions soulevées dans ces demandes.

9. GROUP E: THE SOLICITOR-CLIENT APPLICATION

(i) Additional facts

[327] This application for judicial review arises out of the investigation by the Commissioner into the complaints arising out of the responses by the head of the Privy Council Office to the Prime Minister's agenda requests.

[328] In the course of investigating these complaints, the Commissioner's delegate served Mr. Cappe with a *subpoena duces tecum* which required him to attend to give evidence before the Commissioner's delegate and to bring with him certain records. The terms of the subpoena have previously been set out in these reasons with respect to the Group C applications, but are repeated here for ease of reference:

All records (as that term is defined in section 3 of the Act) under the control of the Privy Council Office containing information relating to:

9. GROUPE E: DEMANDE RELATIVE AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

i) Autres faits

[327] Cette demande de contrôle judiciaire découle de l'enquête menée par le commissaire sur les plaintes portant sur les réponses données par le responsable du Bureau du Conseil privé à l'égard des demandes relatives à la communication de l'agenda du premier ministre.

[328] En enquêtant sur ces plaintes, le représentant du commissaire a signifié à M. Cappe un *subpoena duces tecum* lui enjoignant de comparaître pour déposer devant lui et d'apporter certains documents. Les dispositions du subpoena ont déjà été énoncées dans ces motifs à l'égard des demandes du groupe C, mais elles sont reprises ici pour plus de commodité:

[TRADUCTION] Tous les documents (au sens de l'article 3 de la Loi) relevant du Bureau du Conseil privé contenant des renseignements concernant:

(i) the receipt, use and disposition by the Clerk of the Privy Council of agendas of the Prime Minister of Canada, and

(ii) the cessation in 1999 of the practice of providing agendas of the Prime Minister to the Clerk of the Privy Council.

i) la réception, l'utilisation et la destruction par le greffier du Conseil privé des agendas du Premier ministre du Canada, et

ii) la cessation, en 1999, de la pratique de fournir les agendas du Premier ministre au greffier du Conseil privé.

Upon receipt of the subpoena Mr. Cappe caused a search to be conducted at the Privy Council Office for all records which contained subject matter described by the subpoena. Among the records located were:

1. A July 30, 1999 memorandum entitled "ATIP Request-PM's Agenda" and subtitled "Legal advice". This memorandum was prepared by a lawyer in the Legislation and House Planning/Counsel Section of the Privy Council Office, which section is part of the Privy Council Office and not part of the Department of Justice. The section's functions include providing legal advice to the Prime Minister's Office, the Cabinet, and the Privy Council Office. The July 30, 1999 memorandum states on its face that it is a "memorandum for Mel Cappe". Mr. Cappe swears that the memorandum contains a discussion and analysis of the legal options available to the Privy Council Office, under the *Access to Information Act*, to respond to the requests for access to the Prime Minister's agendas. Those requests had not yet been responded to when the July 30, 1999 memorandum was prepared.

2. Ten further documents. They are listed in Schedule A to the notice of application filed in this proceeding (the Schedule A documents). Mr. Cappe swears that all of the Schedule A documents were located in the Privy Council Office and were all communications, or records of communications, or drafts of communications, between or amongst officials of the Government of Canada, including communications to the Prime Minister and the Deputy Attorney General of Canada. They were all made for the purpose of giving or communicating legal advice with respect to the issues between the Information Commissioner and the Government of Canada which gave rise to this litigation.

Sur réception du subpoena, M. Cappe a fait en sorte que l'on cherche, au Bureau du Conseil privé, tous les documents contenant les éléments décrits dans le subpoena. Parmi les documents qui ont été trouvés:

1. Il y avait une note de service en date du 30 juillet 1999 intitulée «Demande relative à l'AIPRP—Agenda du Premier ministre», avec le sous-titre «Avis juridique». Cette note de service avait été préparée par un avocat de la section de la législation et planification parlementaire/Conseiller du Bureau du Conseil privé, cette section faisant partie du Bureau du Conseil privé plutôt que du ministère de la Justice. La section est notamment chargée de donner des avis juridiques au cabinet du Premier ministre, au cabinet et au Bureau du Conseil privé. Dans ce document, il est mentionné qu'il s'agit d'une «note de service à l'intention de Mel Cappe». M. Cappe déclare sous serment que la note de service contient une discussion et une analyse des solutions juridiques que le Bureau du Conseil privé peut adopter, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, pour répondre aux demandes de communication des agendas du Premier ministre. On n'avait pas encore répondu à ces demandes lorsque la note de service du 30 juillet 1999 a été préparée.

2. Il y avait dix autres documents. Ils sont énumérés à l'annexe A qui accompagne l'avis de demande déposé dans la présente instance (les pièces énumérées à l'annexe A). M. Cappe déclare sous serment que toutes les pièces énumérées à l'annexe A se trouvaient au Bureau du Conseil privé et qu'il s'agissait dans tous les cas de communications, de comptes rendus de communications ou de projets de communications entre ou parmi des représentants du gouvernement du Canada, y compris des communications adressées au Premier ministre et au sous-procureur général du Canada. Elles ont toutes été faites afin de donner ou de communiquer des avis juridiques sur les questions concernant le commissaire à l'information et le gouvernement du Canada qui ont donné naissance au présent litige.

[329] On May 23, 2001, counsel for Mr. Cappe wrote to counsel for the Commissioner in order to clarify the scope of the subpoena issued to Mr. Cappe. Counsel for Mr. Cappe pointed out that a broad reading of the subpoena suggested that the Commissioner's delegate sought to order Mr. Cappe to provide all documents described therein, whether or not those documents were subject to solicitor-client privilege. On June 6, 2001, counsel for the Commissioner responded that Mr. Cappe was required to produce all records referred to in the subpoena and any records which were alleged to be subject to solicitor-client privilege should be identified as such.

[330] On June 8, 2001, a number of documents were delivered to the Commissioner pursuant to the subpoena under cover of a letter from counsel for Mr. Cappe. That correspondence stated that documents subject to solicitor-client privilege were not provided and a list of the documents that Mr. Cappe declined to produce was provided. Counsel for Mr. Cappe offered to sever the privileged documents so as to disclose to the Commissioner recitations of facts contained therein, but not that portion of the documents that contained legal advice and discussions of legal strategy.

[331] By letter dated June 11, 2001, the Commissioner's delegate acknowledged receipt of counsel's correspondence and the documents. In material part the Commissioner's delegate responded that:

I write to acknowledge receipt of your letter of June 8, 2001 together with 15 records relevant to my subpoena of May 17, 2001 as well as a list of 11 relevant records which your client has refused to produce in accordance with the subpoena. The refusal is based on your client's contention that the 11 records, in whole or in part, qualify for solicitor-client privilege.

In order to be in satisfactory compliance with my subpoena of May 17, 2001, I will expect your client to produce, on June 12 at 9:30 a.m., item one of the list of withheld records, being the document dated July 30, 1999. This record predates the commencement of the Commissioner's investigation and is, in my view, relevant to our investigation of whether or not the head of PCO had reasonable grounds, in fact and law, to refuse

[329] Le 23 mai 2001, l'avocat de M. Cappe a écrit à l'avocat du commissaire pour éclaircir la portée du subpoena délivré à M. Cappe. L'avocat de M. Cappe a signalé qu'une interprétation large du subpoena donnait à entendre que le représentant du commissaire cherchait à ordonner à M. Cappe de fournir toutes les pièces qui y étaient décrites, et ce, indépendamment de la question de savoir si ces pièces étaient visées par le secret professionnel de l'avocat. Le 6 juin 2001, l'avocat du commissaire a répondu que M. Cappe était obligé de produire tous les documents mentionnés dans le subpoena et que les documents qui étaient censément visés par le secret professionnel de l'avocat devaient être identifiés en tant que tels.

[330] Le 8 juin 2001, un certain nombre de pièces ont été remises au commissaire, conformément au subpoena avec une lettre d'envoi de l'avocat de M. Cappe. La lettre disait que les pièces visées par le secret professionnel de l'avocat n'étaient pas fournies et une liste des pièces que M. Cappe refusait de produire était donnée. L'avocat de M. Cappe a offert d'expurger les pièces privilégiées de façon à révéler au commissaire les faits qui y étaient relatés, mais non la partie des pièces contenant des avis juridiques et des discussions relatives à la stratégie à adopter sur le plan juridique.

[331] Par une lettre en date du 11 juin 2001, le représentant du commissaire a accusé réception de la lettre de l'avocat ainsi que des pièces. Le représentant du commissaire a fondamentalement répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] J'accuse par la présente réception de votre lettre du 8 juin 2001 ainsi que de quinze documents pertinents fournis conformément au subpoena que j'ai délivré le 17 mai 2001 et d'une liste de onze documents pertinents que votre client a refusé de produire conformément au subpoena. Le refus est fondé sur la prétention de votre client selon laquelle les onze documents, en totalité ou en partie, sont visés par le secret professionnel de l'avocat.

Afin d'assurer l'observation satisfaisante du subpoena du 17 mai 2001, votre client devra produire, le 12 juin à 9 h 30, le premier document figurant sur la liste des documents dont la communication a été refusée, soit le document en date du 30 juillet 1999. Ce document est antérieur à la date à laquelle l'enquête du commissaire a commencé et, à mon avis, il est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si le responsable du

to disclose records requested under the **Access to Information Act**.

Paragraph 36(1)(c) and subsection 36(2) make it clear that an assertion of solicitor-client privilege does not justify your client's decision to withhold records from this office, a view endorsed by the Federal Court of Appeal in *Ethyl Canada* (A-762-99)—a case wherein the Crown was denied leave to appeal to the Supreme Court of Canada ([2000] S.C.C.A. No. 275). Nevertheless, I do not insist at this time on seeing the remaining ten withheld records since, from the description provided, they do not shed light on the response to the access request. Of course, I reserve the right to examine these ten records at a later date to satisfy myself that they are as you have described.

[332] On June 12, 2001, Mr. Cappe appeared before the Commissioner's delegate pursuant to the *subpoenas duces tecum* and was examined under oath. During that appearance Mr. Cappe's counsel made submissions to the Commissioner's delegate on the issue of whether the July 30, 1999 legal advice memorandum ought to be produced and the Commissioner's delegate reserved his decision.

[333] By letter dated June 19, 2001, the Commissioner's delegate provided Mr. Cappe's counsel with his decision. In material part that decision was:

Having carefully considered the submission made in support of your motion, I see no reason to change the position set out in my letter of June 11, 2001. In addition to the reason of relevance, set out in my letter of June 11, I am also in doubt whether or not the content of the records qualify for solicitor-client privilege, given the operational role some PCO lawyers have in the administration of the **Access to Information Act**.

Consequently, I consider that, at a minimum, the document, dated July 30, 1999, is required to be produced pursuant to my subpoena of May 17, 2001. I expect the document to be produced no later than 14:00 hrs, June 20, 2001. As I said in my letter of June 11, I reserve the right to examine the remaining ten records at a later date.

BCP avait des motifs raisonnables, en fait et en droit, de refuser la communication des documents demandés en vertu de la **Loi sur l'accès à l'information**.

L'alinéa 36(1)c) et le paragraphe 36(2) montrent clairement que la revendication du secret professionnel de l'avocat ne justifie pas la décision de votre client de refuser de communiquer les documents du commissariat, comme la Cour d'appel fédérale l'a statué dans l'arrêt *Ethyl Canada* (A-762-99)—affaire dans laquelle la Couronne s'est vu refuser l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada ([2000] S.C.C.A. n° 275). Néanmoins, je n'insiste pas en ce moment pour voir les dix autres documents dont la communication a été refusée puisque, selon la description qui a été donnée, ils ne jettent pas la lumière sur la réponse à la demande de communication. Bien sûr, je réserve le droit d'examiner ces dix documents à une date ultérieure en vue de me convaincre qu'ils sont tels que vous les avez décrits.

[332] Le 12 juin 2001, M. Cappe a comparu devant le représentant du commissaire à la suite de la délivrance des *subpoenas duces tecum* et il a été interrogé sous serment. Lors de la comparution, l'avocat de M. Cappe a soumis des observations au représentant du commissaire au sujet de la question de savoir si la note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique devait être produite; le représentant du commissaire a remis sa décision à plus tard.

[333] Par une lettre en date du 19 juin 2001, le représentant du commissaire a fait connaître sa décision à l'avocat de M. Cappe. Cette décision était fondamentalement la suivante:

[TRADUCTION] J'ai minutieusement examiné les arguments que vous avez soumis à l'appui de votre requête, mais je ne puis rien constater qui m'amène à modifier la position dont je vous ai fait part dans ma lettre du 11 juin 2001. En plus du motif fondé sur la pertinence énoncé dans ma lettre du 11 juin, je me demande également si le contenu des documents est visé par le secret professionnel de l'avocat, étant donné le rôle opérationnel que certains avocats ont, au BCP, à l'égard de l'application de la **Loi sur l'accès à l'information**.

J'estime donc qu'au minimum, la pièce en date du 30 juillet 1999 doit être produite conformément au subpoena que j'ai délivré le 17 mai 2001. La pièce devra être produite au plus tard le 20 juin 2001 à 14 h. Comme je l'ai dit dans ma lettre du 11 juin, je réserve le droit d'examiner les dix autres documents à une date ultérieure.

[334] The Commissioner was provided with a complete copy of the July 30, 1999 memorandum. The Commissioner has not to date been provided with any of the Schedule A documents.

(ii) The issues

[335] The issues that the parties put forward are:

1. Whether leave should be given to allow the Information Commissioner to be named as respondent herein?

2. Whether the application for judicial review is not justiciable and is premature and unnecessary with respect to at least 10 of the 11 documents at issue?

3. Whether the July 30, 1999, legal advice memorandum and the Schedule A documents are subject to solicitor-client privilege of Her Majesty in Right of Canada?

4. The standard of review to be applied to the decision to compel production of the July 30, 1999 memorandum.

5. Did the Commissioner's delegate err in concluding that he had jurisdiction to compel production of the July 30, 1999 legal advice memorandum?

(iii) Analysis

(a) Should the Commissioner be named as respondent in this application?

[336] The Commissioner does not oppose being named a respondent. For the reasons given in respect of the Group C applications, an order will issue granting leave for the Commissioner to be the respondent in these applications.

[334] Le commissaire a obtenu une copie complète de la note de service du 30 juillet 1999. Il n'a pas encore reçu les pièces énumérées à l'annexe A.

ii) Les questions en litige

[335] Les questions que les parties ont soulevées sont ci-après énoncées:

1. Devrait-on accorder l'autorisation de désigner le commissaire à l'information à titre de défendeur en l'espèce?

2. La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, est-elle prématurée et est-elle inutile en ce qui concerne au moins 10 des 11 pièces en question?

3. La note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique et les pièces énumérées à l'annexe A sont-elles visées par l'immunité dont bénéficie Sa Majesté la Reine du chef du Canada en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat?

4. Quelle est la norme de contrôle à appliquer à la décision d'exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999?

5. Le représentant du commissaire a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique?

iii) Analyse

(a) Le commissaire devrait-il être désigné à titre de défendeur dans la présente demande?

[336] Le commissaire ne s'oppose pas à être désigné à titre de défendeur. Pour les motifs énoncés à l'égard des demandes du groupe C, une ordonnance sera rendue en vue d'accorder l'autorisation de désigner le commissaire à titre de défendeur dans les présentes demandes.

(b) Is the application for judicial review not justiciable, premature and unnecessary with respect to the Schedule A documents?

[337] The notice of application challenges “the decision communicated to the applicants on June 19, 2001 . . . requiring the applicant, Mel Cappe . . . to produce . . . a draft memorandum dated July 30, 1999 to Mr. Cappe”, and also seeks a declaration that the July 30, 1999 memorandum and the other 10 Schedule A documents are subject to a solicitor-client privilege.

[338] The June 19, 2001 decision challenged in this proceeding only required production of the July 30, 1999 memoranda. The document was said to be required because it predated the commencement of the Commissioner’s investigation, and was relevant to the investigation of whether the head of the Privy Council Office had reasonable grounds to refuse disclosure. The Commissioner’s delegate had, by his letter of June 11, 2001, previously advised that, based upon their description, the Schedule A documents “do not shed light on the response to the access request”. Therefore their production was not required. The Commissioner’s delegate did reserve the right to examine those documents at a later date in order “to satisfy myself that they are as you have described”. To date, none of the Schedule A documents have been requested from the applicants.

[339] In those circumstances, I can see no concrete and live dispute in existence between the applicants and the Commissioner with respect to the Schedule A documents. They have been determined not to “shed light on the response to the access request” subject only to the caveat that the documents have been accurately described. Similarly, in view of my conclusion that follows with respect to the Commissioner’s right to access privileged documents, I can not see that a declaration as to whether solicitor-client privilege attaches to the Schedule A documents would be of any practical value. I therefore conclude that the application

(b) La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, est-elle prématurée et est-elle inutile en ce qui concerne les pièces énumérées à l’annexe A?

[337] L’avis de demande conteste [TRADUCTION] «la décision communiquée aux demandeurs le 19 juin 2001 [. . .] enjoignant au demandeur Mel Cappe [. . .] de produire [. . .] un projet de note de service en date du 30 juillet 1999 qui lui était adressé» et vise également l’obtention d’un jugement déclaratoire portant que la note de service du 30 juillet 1999 et les 10 autres pièces énumérées à l’annexe A sont visées par le secret professionnel de l’avocat.

[338] La décision du 19 juin 2001 qui est contestée dans la présente instance exigeait uniquement la production de la note de service du 30 juillet 1999. Il était affirmé que la pièce était nécessaire parce qu’elle était antérieure à la date où l’enquête du commissaire a commencé et qu’elle était pertinente lorsqu’il s’agissait de déterminer si le responsable du Bureau du Conseil privé avait des motifs raisonnables de refuser la communication. Dans sa lettre en date du 11 juin 2001, le représentant du commissaire avait déjà fait savoir que, selon la description qui avait été donnée, les pièces énumérées à l’annexe A «ne jet[aient] pas la lumière sur la réponse à la demande de communication». La production n’était donc pas nécessaire. Le représentant du commissaire a réservé le droit d’examiner ces pièces à une date ultérieure en vue «de [s]e convaincre qu’ils [étaient] tels [qu’ils avaient été] décrits». À ce jour, aucune des pièces énumérées à l’annexe A n’a été demandée aux demandeurs.

[339] Dans ces conditions, je ne puis constater aucun litige actuel et concret entre les demandeurs et le commissaire à l’égard des pièces énumérées à l’annexe A. Il a été conclu qu’à condition que les pièces aient été décrites avec exactitude, elles «ne jet[aient] pas la lumière sur la réponse à la demande de communication». De même, compte tenu de la conclusion que je tire ci-après au sujet du droit du commissaire d’avoir accès aux pièces privilégiées, je ne crois pas qu’un jugement déclaratoire portant sur la question de savoir si le secret professionnel de l’avocat vise les pièces énumérées à l’annexe A ait en pratique une valeur. Je conclus donc

for judicial relief is premature and unnecessary with respect to the Schedule A documents.

(c) Is the application for judicial review not justiciable, moot and unnecessary with respect to the July 30, 1999 memorandum?

[340] While the issue of the Commissioner's ability to compel production of the July 30, 1999 memorandum may be seen to be moot in the sense that the document has already been provided to the Commissioner, an order quashing such production would have some practical value in that the memorandum would be returned by the Commissioner and presumably could not be used by the Commissioner in evidence in any subsequent proceeding. Moreover, as this dispute centres around the proper interpretation of the Act as it touches upon the ability of the Commissioner to require production of documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is asserted, a decision as to the scope of the Commissioner's authority to compel production would have some precedential value. I am satisfied therefore that the Court should exercise its discretion to determine the question raised by the applicants as to whether the Commissioner could properly require production of the July 30, 1999 memorandum.

[341] In so concluding, I have considered the submission of counsel for the Commissioner in oral argument that the issue is a simple matter of relevancy, and that the issue raised in Group E could equally have been merged within the Group D applications. It would follow from this submission that the Court should not intervene in a ruling made by the Commissioner at the investigative stage about relevance. However when the Commissioner sought production of a document said to be protected by solicitor-client privilege more was involved than a ruling about relevance. Solicitor-client privilege is not just a rule of evidence but has evolved into a substantive rule that is fundamental to the system of justice. See: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R.

que la demande de contrôle judiciaire est prématurée et inutile en ce qui concerne les pièces énumérées à l'annexe A.

c) La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, n'a-t-elle plus qu'un intérêt théorique et est-elle inutile en ce qui concerne la note de service du 30 juillet 1999?

[340] La question de la capacité du commissaire d'ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999 peut être considérée comme n'ayant plus qu'un intérêt théorique, en ce sens que la pièce a déjà été fournie au commissaire, mais une ordonnance annulant pareille production aurait en pratique une certaine valeur en ce sens que la note de service serait renvoyée par le commissaire et qu'elle ne pourrait probablement pas être utilisée en preuve par celui-ci dans une procédure subséquente. En outre, étant donné que le litige qui nous occupe est axé sur l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi, pour ce qui est de la capacité du commissaire d'exiger la production de pièces à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat est invoqué, une décision portant sur l'étendue du pouvoir du commissaire d'ordonner la production aurait une certaine valeur en tant que précédent. Je suis donc convaincue que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de trancher la question soulevée par les demandeurs et de décider si le commissaire pouvait exiger à juste titre la production de la note de service du 30 juillet 1999.

[341] En tirant cette conclusion, j'ai examiné les observations que l'avocat du commissaire a présentées pendant l'argumentation orale, à savoir qu'il s'agit simplement d'une question de pertinence et que la question soulevée au sujet du groupe E aurait également pu être jointe aux demandes du groupe D. Il s'ensuit selon l'argument, que la Cour ne devrait pas intervenir dans une décision prise par le commissaire au stade de l'enquête qui porte sur la pertinence. Toutefois, lorsque le commissaire demandait la production d'une pièce qui était censément protégée par le secret professionnel de l'avocat, il ne s'agissait pas simplement d'une décision portant sur la pertinence. Le secret professionnel de l'avocat n'est pas simplement une règle de preuve; ce privilège est devenu un principe de fond, qui est fondamental dans le système de justice. Voir: *Lavallee*,

209, at paragraph 18. It follows that more is involved than a ruling about relevance when the Commissioner sought production of a document said to be protected by solicitor-client privilege.

(d) Is the July 30, 1999 memorandum subject to solicitor-client privilege?

[342] The applicants argue that to be subject to solicitor-client privilege, a document must consist of information communicated to or by a lawyer in order to obtain or provide legal advice. The July 30, 1999 memorandum is said to be privileged because it was drafted by a lawyer in the section responsible for providing legal advice to the Privy Council Office and because it contains a discussion and analysis of legal options available to the Privy Council Office.

[343] The Commissioner states that since his investigation with respect to the Prime Minister's agenda requests is ongoing, he must remain neutral at this juncture. On this basis the Commissioner takes no position with respect to whether any of the documents at issue are privileged.

[344] Mr. Cappe was not challenged on his evidence with respect to the description of the July 30, 1999 memorandum. For the purpose of my analysis I believe it is sufficient for me to assume, without finally deciding, that the July 30, 1999 memorandum is subject to solicitor-client privilege.

(e) The standard of review to be applied to the decision to compel production of the July 30, 1999 memorandum.

[345] For the reasons given with respect to the Group B applications, it is necessary to determine the standard of review applicable to the Commissioner's decision that the Act permitted him to compel production of the July 30, 1999 memorandum. To do so, the first step is to characterize the nature of the question decided by the Commissioner's delegate.

Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada Procureur général); R. c. Fink, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 18. Il s'ensuit que lorsque le commissaire demandait la production d'une pièce qui serait censément protégée par le secret professionnel de l'avocat, la décision ne portait pas simplement sur la question de la pertinence.

d) La note de service du 30 juillet 1999 est-elle assujettie au secret professionnel de l'avocat?

[342] Les demandeurs affirment que, pour être visée par le secret professionnel de l'avocat, une pièce doit renfermer des renseignements divulgués à un avocat ou par un avocat aux fins de l'obtention ou de la fourniture d'un avis juridique. La note de service du 30 juillet 1999 serait censément privilégiée parce qu'elle a été rédigée par un avocat de la section chargée de donner des avis juridiques au Bureau du Conseil privé et parce qu'elle renferme une discussion et une analyse des solutions juridiques dont disposait le Bureau du Conseil privé.

[343] Le commissaire déclare qu'étant donné que l'enquête qu'il a menée sur les demandes relatives à l'agenda du Premier ministre est en cours, il doit être neutre à ce stade-ci. Cela étant, il ne prend pas de position au sujet de la question de savoir si les pièces en cause sont privilégiées.

[344] La déposition de M. Cappe, en ce qui concerne la description de la note de service du 30 juillet 1999, n'a pas été contestée. Pour les besoins de mon analyse, je crois qu'il suffit de supposer, sans toutefois me prononcer sur ce point, que la note de service du 30 juillet 1999 est visée par le secret professionnel de l'avocat.

e) La norme de contrôle à appliquer à la décision d'exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999.

[345] Pour les motifs énoncés au sujet des demandes du groupe B, il faut déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire portant que la Loi l'autorisait à ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999. Pour ce faire, la première étape consiste à décrire la nature de la question tranchée par le représentant du commissaire.

[346] The applicants acknowledge that the Commissioner has the *prima facie* jurisdiction to compel the production of all documents, privileged or not, within the control of the government institution which are relevant to a matter the Commissioner is investigating. The applicants say, however, that the Commissioner cannot invade solicitor-client privilege unless it is absolutely necessary to his investigation and that it was not absolutely necessary for the Commissioner's delegate to see the July 30, 1999 memorandum in order to conduct his investigation. Therefore it is submitted that the Commissioner erred in failing to determine that the memorandum was absolutely necessary for his investigation.

[347] In reply, the Commissioner asserts that subsection 36(2) of the Act provides that he may, during his investigation, examine any record to which the Act applies that is under the control of a government institution, and that no such record may be withheld from him on any grounds. The only conditions on the Commissioner's right to examine any record are said to be that the record is under the control of a government institution and the production of the record is deemed requisite to the full investigation and consideration of the complaint.

[348] What is at issue, therefore, is a question of law as to whether the Commissioner was obliged to apply the test of absolute necessity. For that question, the applicants argue that the appropriate standard of review is correctness. To support this contention the applicants argue that where a tribunal is applying legal principles to determine rights, less deference will be shown. The applicants also argue that the determination of an issue of pure law requires a more searching review on an application for judicial review.

[349] Counsel for the Commissioner did not address the standard of review.

[350] I agree that the applicable standard of review is correctness. I reach that conclusion taking into account the applicants' submissions and also the analysis contained in the Group B applications with respect to the standard of review. The Group B analysis is applicable to this question because both decisions under review in

[346] Les demandeurs reconnaissent que le commissaire a compétence à première vue pour ordonner la production de toutes les pièces, privilégiées ou non, relevant de l'institution fédérale qui sont pertinentes en ce qui concerne une affaire sur laquelle il enquête. Toutefois, ils affirment que le commissaire ne peut pas porter atteinte au secret professionnel de l'avocat à moins que la chose ne soit absolument nécessaire pour son enquête et qu'il n'était pas absolument nécessaire que le représentant du commissaire voie la note de service du 30 juillet 1999 afin de mener son enquête. Il est soutenu que le commissaire a donc commis une erreur en omettant de conclure que la note de service était absolument nécessaire pour son enquête.

[347] En réponse, le commissaire affirme que le paragraphe 36(2) de la Loi prévoit qu'il a, pour les enquêtes, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale auxquels la Loi s'applique et qu'aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. Il est soutenu que les seules conditions influant sur le droit du commissaire d'avoir accès à un document sont que le document relève d'une institution fédérale et que le commissaire juge le document indispensable pour instruire et examiner à fond les plaintes.

[348] Par conséquent, une question de droit est soulevée, à savoir si le commissaire était obligé d'appliquer le critère de la nécessité absolue. Sur ce point, les demandeurs affirment que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. À l'appui de cette prétention, ils affirment que, lorsqu'un tribunal applique des principes juridiques pour statuer sur des droits, on fera preuve d'une moins grande retenue. Ils affirment également que la détermination d'une question de pur droit exige un examen plus poussé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[349] L'avocat du commissaire n'a pas traité de la question de la norme de contrôle.

[350] Je reconnais que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte. J'arrive à cette conclusion en tenant compte des arguments des demandeurs ainsi que de l'analyse relative à la norme de contrôle qui a été faite à l'égard des demandes du groupe B. L'analyse relative au groupe B s'applique à cette

Group B and Group E involve the proper interpretation of the Act as it touches on the powers of the Commissioner during the course of an investigation.

(f) Did the Commissioner's delegate err in concluding that he had jurisdiction to compel production of the July 30, 1999 legal advice memorandum?

[351] The applicants acknowledge that subsection 36(2) of the Act provides to the Commissioner a *prima facie* right of access to documents that are protected by solicitor-client privilege. Subsection 36(2) provides:

36. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds. [Underlining added.]

[352] However, the applicants argue that in *Lavallee*, *supra* the Supreme Court of Canada clearly stated that such a statutory authority must be interpreted restrictively, so as to allow access to documents protected by solicitor-client privilege only where absolutely necessary to the conduct of the investigation. Particular reliance is placed upon paragraph 18 of the reasons of the majority of the Supreme Court which quoted with approval the prior decision of the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. At paragraph 18 the majority wrote in *Lavallee*:

Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) dismissed the appeal. After briefly tracing the historical development of solicitor-client privilege as a rule of evidence, Lamer J. confirmed that solicitor-client privilege had evolved into a substantive principle, referring to this Court's decision in *Solosky*, *supra*. He stated at p. 875:

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with

question parce que les décisions examinées à l'égard des groupes B et E se rapportent à l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi en ce qui concerne les pouvoirs que possède le commissaire dans le cadre de son enquête.

f) Le représentant du commissaire a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999 renfermant un avis juridique?

[351] Les demandeurs reconnaissent que le paragraphe 36(2) de la Loi confère à première vue au commissaire un droit d'accès aux pièces qui sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Le paragraphe 36(2) prévoit ce qui suit:

36. [. . .]

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. [Non souligné dans l'original.]

[352] Toutefois, les demandeurs affirment que, dans l'arrêt *Lavallee*, précité, la Cour suprême du Canada a clairement dit que le pouvoir conféré par la loi doit être interprété restrictivement, de façon à permettre l'accès aux pièces protégées par le secret professionnel de l'avocat uniquement si la chose est absolument nécessaire pour la conduite de l'enquête. En particulier, ils invoquent le paragraphe 18 des motifs prononcés par la majorité de la Cour suprême, dans lequel était citée avec approbation la décision que la Cour suprême du Canada avait rendue dans l'affaire *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Au paragraphe 18, la majorité a dit ce qui suit:

Au nom de la Cour, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a rejeté le pourvoi. Après avoir exposé brièvement l'historique du privilège avocat-client en tant que règle de preuve, le juge Lamer a confirmé que ce privilège était devenu un principe de fond, se référant à la décision que la Cour a rendue dans *Solosky*, précité. Il affirme à la p. 875:

De toute évidence la Cour, dans cette cause [*Solosky*], appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de

the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

Lamer J. went on to formulate the elements of the substantive rule concisely in the following terms (at p. 875), elements which, in my view, largely govern the outcome of the appeals presently before the Court:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

See also *Jones, supra*, at para. 49. [Underlining added throughout.]

[353] The applicants argue that according to these principles, the Court should interpret subsection 36(2) restrictively, so that the solicitor-client privilege is only interfered with to the extent absolutely necessary.

preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Le juge Lamer a ensuite formulé de façon concise et dans les termes suivants (à la p. 875) les éléments de la règle de fond, lesquels, d'après moi, déterminent en grande partie l'issue des pourvois ont la Cour est actuellement saisie:

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Voir également l'arrêt *Jones*, précité, par. 49. [Non souligné dans l'original.]

[353] Les demandeurs affirment que, selon ces principes, la Cour devrait interpréter le paragraphe 36(2) restrictivement, de sorte qu'il n'est porté atteinte au secret professionnel de l'avocat que dans la mesure où la chose est absolument nécessaire.

[354] The applicants argue further that a restrictive interpretation is particularly required where documents provided to the Commissioner may be produced as evidence in proceedings commenced under sections 41, 42 or 44 of the Act.

[355] Notwithstanding the strength of that submission, I have concluded that subsection 36(2) of the Act should not be interpreted in that restrictive fashion. I reach that conclusion for the reasons that follow.

[356] First, the jurisprudence of the Court expounds that the Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. To the extent that the Act specifies that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government, the applicants' interpretation of subsection 36(2) would impose a significant restriction on the ability of the Commissioner to conduct his investigation and independent review.

[357] Second, had Parliament failed to enact subsection 36(2) of the Act, the principles articulated in *Lavallee* might well have applied to limit the general power to compel the production of documents which is found in paragraph 36(1)(a) of the Act. However, in my view, by enacting subsection 36(2) Parliament used words that clearly evince its intent that the Commissioner is to have access to any record required by the Commissioner in the course of his investigation, notwithstanding "any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence". To read subsection 36(2) as the applicants submit would, to paraphrase the words of Mr. Justice Létourneau in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, *supra*, at paragraph 33, read in limiting words not found there and would circumvent the intention of Parliament.

[358] Third, in my view, this interpretation is consistent with the role of the Commissioner and the whole scheme of the Act. The Commissioner has the statutory duty under the Act to protect the privileged information communicated to him under subsection

[354] Les demandeurs affirment en outre qu'une interprétation restrictive est nécessaire, en particulier lorsque les pièces fournies au commissaire peuvent être produites en preuve dans des procédures engagées en vertu des articles 41, 42 ou 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann III, n^o 1] de la Loi.

[355] Malgré la force de cet argument, j'ai conclu que le paragraphe 36(2) de la Loi ne doit pas être interprété d'une façon restrictive. J'arrive à cette conclusion pour les motifs ci-dessous énoncés.

[356] Premièrement, selon la jurisprudence de la Cour, la Loi doit être interprétée d'une façon libérale et fondée sur l'objet visé. Dans la mesure où la Loi précise que les décisions portant sur la divulgation de renseignements de l'administration doivent être examinées d'une façon indépendante de l'administration, l'interprétation que les demandeurs donnent au paragraphe 36(2) imposerait une restriction importante à la capacité du commissaire de conduire son enquête et de procéder à un examen indépendant.

[357] Deuxièmement, si le législateur avait omis d'édicter le paragraphe 36(2) de la Loi, les principes énoncés dans l'arrêt *Lavallee* auraient bien pu s'appliquer pour limiter le pouvoir général d'ordonner la production de pièces qui est prévu à l'alinéa 36(1)a) de la Loi. Toutefois, à mon avis, en édictant le paragraphe 36(2), le législateur a employé des mots qui indiquent clairement son intention, à savoir que le commissaire doit, pour les enquêtes, avoir accès à tous les documents indispensables, «[n]onobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve». Interpréter le paragraphe 36(2) comme les demandeurs le préconisent serait, pour paraphraser les remarques que le juge Létourneau a faites dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, précité, paragraphe 33, incorporer des mots restrictifs qui ne s'y trouvent pas et cela irait à l'encontre de l'intention du législateur.

[358] Troisièmement, à mon avis, cette interprétation est conforme au rôle du commissaire et au régime de la Loi dans son ensemble. Le commissaire est tenu, en vertu de la Loi, de protéger les renseignements privilégiés qui lui sont communiqués en vertu du

36(2) of the Act for his independent review of an access complaint. Sensitive information is to be provided to the Commissioner so that he can properly perform his functions. While in a case the Commissioner might recommend disclosure of a privileged document, he has no power to disclose documents. Where a privileged document is produced to the Commissioner that is not the subject of an access request, but is a document relevant or ancillary to that access request, the Commissioner's ability to use the document in Court in review proceedings without putting the document on the public record is facilitated by the Court's confidentiality rules and practice. The application of this practice is demonstrated in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.) (*Ethyl* case).

[359] The special position of the Commissioner is reflected in the fact that subsection 36(2) of the Act mirrors section 46. Section 46 of the Act permits the Court to examine any record "notwithstanding . . . any privilege under the law of evidence". Just as privilege and confidentiality are not lost when the Court examines a privileged document, the privilege is not lost when the document is provided to the Commissioner for his examination.

[360] Finally, I find support for this interpretation of the Act in the decision of the Federal Court of Appeal in the *Ethyl* case cited above. In *Ethyl*, one of the issues before the Court was whether the Commissioner could file, on the Court record for possible use as evidence, documents which were protected by solicitor-client privilege and that were not the subject of the relevant access request. There, as in the present case, the privileged documents were ancillary to the request. The Court concluded that the documents could be filed before the reviewing judge in the judicial review proceedings. The Court further concluded that the ancillary documents would be admissible if the reviewing judge was satisfied that the documents would be of assistance in determining the merits and legality of the refusal of access. At paragraph 14, the Court of Appeal wrote "[t]he fact that [the documents] could be

paragraphe 36(2) de la Loi pour qu'il puisse procéder à un examen indépendant de la plainte. Les renseignements de nature délicate doivent être fournis au commissaire, de façon qu'il puisse exercer ses fonctions comme il se doit. Dans un cas, le commissaire pourrait recommander la communication d'une pièce privilégiée, mais il n'est pas autorisé à communiquer les pièces. Lorsqu'une pièce privilégiée qui ne fait pas l'objet d'une demande de communication est produite, mais qu'il s'agit d'une pièce pertinente ou accessoire à cette demande de communication, les règles et pratiques de la Cour en matière de confidentialité permettent plus facilement au commissaire d'utiliser cette pièce dans les procédures de révision engagées devant la Cour sans la verser au dossier public. L'application de cette pratique est démontrée dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (C.A.F.) (affaire *Ethyl*).

[359] La position spéciale du commissaire est démontrée par le fait que le paragraphe 36(2) de la Loi est une disposition parallèle à l'article 46. En effet, en vertu de l'article 46, la Cour a accès à tous les documents «[n]onobstant [. . .] toute immunité reconnue par le droit de la preuve». De la même façon qu'une immunité et la confidentialité continuent à s'appliquer lorsque la Cour a accès à une pièce privilégiée, l'immunité continue à s'appliquer lorsque la pièce est remise au commissaire pour qu'il l'examine.

[360] Enfin, la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Ethyl*, précitée, étaye cette interprétation de la Loi. Dans l'affaire *Ethyl*, l'une des questions dont la Cour était saisie était de savoir si le commissaire pouvait verser dans le dossier du greffe, pour servir de preuve, des pièces qui étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qui ne faisaient pas l'objet de la demande de communication pertinente. Dans cette affaire-là comme en l'espèce les pièces privilégiées étaient accessoires à la demande. La Cour a conclu qu'elles pouvaient être déposées devant le juge dans les procédures de contrôle judiciaire. La Cour a en outre conclu que les pièces accessoires seraient admissibles si le juge chargé de la révision était convaincu qu'elles aideraient à déterminer le bien-fondé et la légalité du refus de communication. Au paragraphe 14, la Cour d'appel a dit que «[l]e fait qu'ils puissent être

privileged makes no difference since the obstacle of privilege is eliminated by the clear wording of section 46”.

[361] As previously noted, subsection 36(2) mirrors section 46 of the Act, and so I take from the *Ethyl* case that, *vis-à-vis* the Commissioner, the obstacle of privilege is similarly eliminated.

[362] The applicants seek to distinguish *Ethyl* on two grounds. First, *Ethyl* predates the decisions of the Supreme Court of Canada on the scope of solicitor-client privilege in *Lavallee, supra* and *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445. Second, implicit in the facts of the *Ethyl* case was that recourse to the solicitor-client documents was absolutely necessary.

[363] I am unable to so distinguish the *Ethyl* decision. While *Ethyl* does predate *Lavallee* and *McClure*, the Federal Court of Appeal expressly adverted to the prior decision of the Supreme Court of Canada in *Descôteaux* where the “absolutely necessary” test was first articulated. Further, there is nothing in the Federal Court of Appeal decision which leads me to conclude that the decision was based upon the conclusion that the privileged documents were “absolutely necessary”. Such conclusion is inconsistent, in my view, with the phrase “the obstacle of privilege is eliminated” and the Court expressly left for the reviewing judge the issue of the documents’ relevance and admissibility.

(iv) Conclusion re Group E

[364] On the basis of the analysis above, I have concluded that the Commissioner’s delegate was correct in his decision that he could compel production of the July 30, 1999 legal memorandum and that it was not necessary for him to consider whether the document was absolutely required for his investigation.

protégés n’a pas d’importance puisque l’obstacle qu’est la protection est éliminé par le libellé clair de l’article 46».

[361] Comme il en a ci-dessus été fait mention, le paragraphe 36(2) est une disposition parallèle à l’article 46 de la Loi, de sorte que je considère, en me fondant sur l’arrêt *Ethyl*, qu’en ce qui concerne le commissaire, l’obstacle créé par le privilège est éliminé de la même façon.

[362] Les demandeurs cherchent à faire une distinction à l’égard de l’arrêt *Ethyl*, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, le jugement, dans l’affaire *Ethyl*, a été rendu avant que la Cour suprême du Canada se prononce sur l’étendue du secret professionnel de l’avocat dans l’affaire *Lavallee*, précitée, et dans l’affaire *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445. En second lieu, les faits de l’affaire *Ethyl* donnent implicitement à entendre qu’il était absolument nécessaire d’avoir recours aux pièces visées par le secret professionnel de l’avocat.

[363] Je ne puis faire de distinction à l’égard de l’arrêt *Ethyl*. La décision, dans l’affaire *Ethyl*, a été rendue avant que les jugements *Lavallee* et *McClure* soient prononcés, mais la Cour d’appel fédérale s’est expressément reportée à la décision que la Cour suprême du Canada avait rendue dans l’affaire *Descôteaux*, où le critère de la communication «absolument nécessaire» avait initialement été énoncé. En outre, il n’y a rien dans la décision de la Cour d’appel fédérale qui m’amène à conclure que la décision était fondée sur la conclusion selon laquelle les pièces privilégiées étaient «absolument nécessaires». À mon avis, cette conclusion est incompatible avec les mots «l’obstacle créé par le privilège est éliminé» et la Cour s’en est expressément remise au juge de révision pour qu’il tranche la question de la pertinence et de l’admissibilité des pièces.

iv) Conclusion relative au groupe E

[364] En me fondant sur l’analyse susmentionnée, j’ai conclu que le représentant du commissaire a eu raison de décider qu’il pouvait ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999 contenant un avis juridique et qu’il n’avait pas à déterminer si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

[365] In the result, an order will issue dismissing the application for judicial review and reserving the issue of costs.

10. CONCLUSION AS TO COSTS

[366] The parties agreed that the issue of costs should be reserved for further submissions. Orders will issue to that effect.

[367] In conclusion, counsel are thanked for their thoughtful and cogent written and oral submissions. The submissions were most helpful.

¹ Where reference is made in these reasons to an office held by an individual, the reference is to the incumbent of that position at the time material to these applications.

² While Justice Lamer dissented in the result in *Slaight*, he wrote for the majority on this point.

[365] Par conséquent, une ordonnance sera rendue en vue de rejeter la demande de contrôle judiciaire, la question des dépens étant remise à plus tard.

10. CONCLUSION RELATIVE AUX DÉPENS

[366] Les parties ont convenu que la question des dépens devrait être remise à plus tard, de façon que des observations additionnelles puissent être présentées. Des ordonnances seront rendues en ce sens.

[367] Enfin, la Cour remercie les avocats, qui ont su présenter par écrit et verbalement des observations réfléchies convaincantes. Ces observations ont été fort utiles.

¹ Lorsqu'il est fait mention dans ces motifs des fonctions exercées par une personne, on entend le titulaire du poste en question au moment pertinent.

² Dans l'arrêt *Slaight*, le juge Lamer était dissident quant au résultat, mais il a rédigé les motifs de la majorité sur ce point.

A-467-03
2004 FCA 263

A-467-03
2004 CAF 263

The Canadian Food Inspection Agency (*Appellant*)

L'agence canadienne de l'inspection des aliments
(*appelante*)

v.

c.

Le Forum des maires de la Péninsule acadienne
(*Respondent*)

Le Forum des maires de la Péninsule acadienne
(*intimé*)

and

et

The Commissioner of Official Languages and La Société des Acadiens et des Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. (*Intervenors*)

La commissaire aux langues officielles et La Société des Acadiens et des Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. (*intervenantes*)

INDEXED AS: FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE v. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE c. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Noël J.J.A.—Fredericton, June 14; Ottawa, July 22, 2004.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Décary et Noël, J.C.A.—Fredericton, 14 juin; Ottawa, 22 juillet 2004.

Official Languages — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's application under Official Languages Act, s. 77, setting aside transfer of four seasonal positions from Shippagan to Shediac — Application under Act, s. 77 not application for judicial review under Federal Courts Act, s. 18.1 — Remedy under Act, s. 77 limited to sections and parts listed in s. 77(1) — Act, s. 41 declaratory of commitment, not creating right, duty enforceable by courts — Application under Act, s. 77 concerning Part IV justified at time complaint filed, appeal dismissed on that point — Judge's reasons regarding remedies adopted not satisfying standards subsequently laid by S.C.C., order for relief pronounced in erroneous legal context, order would raise number of uncertainties, difficulties — Respondent's evidence thin, violations that persist episodic, ill-suited to judicial sanction sought — Restoration of positions in Shippagan requiring detailed evidence of actual needs of public, financial, organizational capacity of federal institution — No such evidence in case at bar — Only remedy available to respondent is for appellant to pay costs of respondent at first instance and on appeal — Appeal allowed in part.

Langues officielles — Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de l'intimé présentée en vertu de l'art. 77 de la Loi sur les langues officielles et a annulé la décision de transférer les postes de quatre travailleurs saisonniers de Shippagan à Shédiac — Une demande présentée en vertu de l'art. 77 n'est pas une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — Le recours prévu à l'art. 77 est limité aux plaintes fondées sur les articles et parties énumérées à l'art. 77(1) — L'art. 41 de la Loi fait état d'un engagement du gouvernement fédéral, il ne crée pas un droit ou une obligation susceptible d'être sanctionné par les tribunaux — La demande présentée en vertu de l'art. 77 de la Loi concernant la partie IV était fondée au moment où la plainte a été déposée, appel rejeté à cet égard — Les motifs du juge relativement aux réparations qu'il a retenues sont beaucoup trop sommaires pour satisfaire aux normes établies par la C.S.C., l'ordonnance de réparation a été prononcée dans un contexte juridique erroné, l'ordonnance comporte des incertitudes et des difficultés d'exécution — La preuve de l'intimé est mince, les violations qui perdurent sont à ce point épisodiques qu'elles se prêtent mal à une sanction judiciaire de l'ampleur de celle qui est recherchée — Le rétablissement des postes à Shippagan exige une preuve détaillée à la fois des besoins réels du public et de la capacité budgétaire et organisationnelle de l'institution fédérale — Il n'y a rien de tel en l'espèce — Il n'y a aucune autre réparation que d'ordonner

Construction of Statutes — Official Languages Act, s. 41 referring to commitment by federal government to enhance vitality of English, French linguistic minority communities — Terms of Act, s. 41 not evoking notion of legal obligation, in contrast to those used in other sections — Marginal note accompanying English text of Act, s. 41 reading “Government policy” — Sections or parts not mentioned in Act, ss. 77(1), 82(1) addressed to long-term objectives, achievement of which depends on existence of political will — Courts must generously construe texts that confer language rights, but important that these be rights to protect, not policies to define — Holding that Act, s. 41 mandatory rather than policy commitment, and that words “Part VII” be added to Act, ss. 77(1), 82 would do violence to text of Act and to Parliament’s intention to exclude these areas from judicial intervention — Act, s. 41 declaratory of commitment, not creating right, duty enforceable by courts.

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondent’s application under section 77 of the *Official Languages Act*. The respondent had originally brought a complaint before the Commissioner of Official Languages (the Commissioner) in October 1999 complaining that an administrative reorganization in New Brunswick by the Canadian Food Inspection Agency (the Agency) had been carried out to the detriment of the Francophone areas in the north of the province. In July 2001, the Commissioner published a report in which she made three principal recommendations. In September 2001, the respondent filed the section 77 application in Federal Court on the ground, *inter alia*, that the Agency was not complying with its obligations under Part IV of the Act. The Court allowed the application, set aside the Agency’s decision to transfer the positions of four seasonal workers from Shippagan to Shediac and granted the relief that it considered appropriate and just in the circumstances. The Agency appealed this decision.

Held, the appeal should be allowed in part.

The Judge was wrong to characterize the proceeding filed by the respondent as an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*. It was an application filed under section 77 of the *Official Languages Act* which, although governed procedurally by the rules applicable to applications, is similar to an action. This “remedy” is designed to verify the merits of the complaint, not the merits of the Commissioner’s report, and, where applicable, to secure relief that is appropriate and just in the circumstances.

que l’Agence paie les dépens de l’intimé en première instance et en appel — Appel accueilli en partie.

Interprétation des lois — L’art. 41 de la Loi sur les langues officielles fait état d’un engagement du gouvernement fédéral à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones — L’art. 41 utilise des termes qui n’évoquent pas la notion d’une obligation légale, contrairement à ceux utilisés dans d’autres articles — La note marginale qui accompagne le texte anglais de l’art. 41 se lit «Government policy» — Les articles et parties non mentionnés aux art. 77(1) ou 82(1) visent plutôt des objectifs à long terme dont la réalisation dépend de l’existence d’une volonté politique — Les tribunaux doivent interpréter avec générosité les textes qui confèrent ces droits, mais encore faut-il qu’il s’agisse de droits à protéger et non de politiques à définir — Modifier l’art. 41 de la Loi et rendre mandatoire ce qui, à sa face même, n’est qu’un engagement politique et ajouter aux art. 77(1) et 82 les mots «partie VII» serait faire violence au texte de la Loi et à l’intention du Parlement d’exclure ces champs de l’intervention judiciaire — L’art. 41 est déclaratoire d’un engagement et ne crée pas de droit ou d’obligation susceptible d’être sanctionné par les tribunaux.

Il s’agit d’un appel interjeté à l’encontre de la décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de l’intimé présentée en vertu de l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*. L’intimé, en octobre 1999, s’est plaint auprès de la commissaire aux langues officielles (la commissaire) de ce qu’une réorganisation administrative effectuée au Nouveau-Brunswick par l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) l’avait été au détriment des régions francophones du nord de la province. En juillet 2001, la commissaire a publié un rapport dans lequel elle faisait trois recommandations principales. En septembre 2001, l’intimé déposait en Cour fédérale la demande en vertu de l’article 77 notamment pour le motif que l’Agence ne respectait pas ses obligations prévues à la partie IV de la Loi. La Cour fédérale a accueilli la demande, annulé la décision de transférer les postes de quatre travailleurs saisonniers de Shippagan à Shédiac et a accordé la réparation qu’elle estimait convenable et juste eu égard aux circonstances. L’Agence a interjeté appel de cette décision.

Arrêt: l’appel est accueilli en partie.

Le juge a commis une erreur en qualifiant à plusieurs reprises la procédure déposée par l’intimé de demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. C’était une demande en vertu de l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, laquelle n’est pas une demande de contrôle judiciaire, encore qu’elle soit régie, sur le plan procédural, par les règles applicables à ces dernières. Ce recours s’apparente à une action. Ce recours cherche à vérifier le bien-fondé de la plainte, pas le bien-fondé du

The respondent and interveners argued that section 41 of the Act, under which “[t]he Government of Canada is committed to enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada”, gives the members of these minorities rights that are enforceable by the courts and that these rights, which are found in Part VII of the Act, are reviewable under subsection 77(1). The Court did not agree. The language of subsection 77(1) is clear and explicit. Parliament intended that only those complaints in respect of a right or duty under certain sections or parts of the Act could be the subject-matter of the remedy under Part X. Parliament did not intend to give the courts the power to interfere in the area of policies and commitments that is not usually within their jurisdiction. Therefore, the remedy under section 77 is limited to complaints based on the sections and parts listed in subsection 77(1), and Part VII is not one of those sections. The respondent and interveners also argued that section 41 creates a right or duty that is enforceable by the courts, in which case, absent the remedy under subsection 77(1) and through the operation of subsection 77(5), an application for judicial review could be brought under section 18.1 of the *Federal Courts Act*. Because the Judge appeared to have agreed to deal with a part of the application that he had before him that was addressed to Part IV of the Act as an application for judicial review in reference to a breach of Part VII of the Act, it was incumbent on the Court of Appeal to do so as well. Section 41 of the Act refers to a commitment by the federal government. It uses terms that do not evoke the notion of a legal obligation, in contrast to those used in other sections, and the marginal note accompanying the English text of section 41 reads “Government policy”. Also, while the sections or parts of the Act mentioned in subsections 77(1) or 82(1) refer to specific records, instruments or activities that are identified or identifiable, the sections and parts that are not mentioned in those subsections (such as Parts VI and VII) are addressed instead to long-term objectives the achievement of which depends on the existence of a political will. It is true that courts must generously construe the texts that confer language rights, but it is also important that these be rights to protect, not policies to define. In short, the respondent and interveners were asking that the Court amend section 41 of the Act and make mandatory what, on its face, is simply a policy commitment, and that the Court add to subsection 77(1) and section 82 the words “Part VII”. This would do violence not only to the text of the Act but also to the express and implied intention of Parliament to exclude these areas from judicial intervention. The debate over section 41 must be conducted in Parliament, not the Courts. Section 41 is declaratory of a commitment and does not create any right or duty that could at this point be enforced by the courts,

rapport de la commissaire et, le cas échéant, à assurer une réparation convenable et juste dans les circonstances.

L’intimé et les intervenantes soutiennent que l’article 41 de la Loi, en vertu duquel «le gouvernement fédéral s’engage à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada», confère aux membres de ces minorités des droits susceptibles d’être sanctionnés par les tribunaux et que ces droits qui se trouveraient dans la partie VII de la Loi donnent ouverture au recours prévu au paragraphe 77(1). La Cour a rejeté cet argument. Le texte du paragraphe 77(1) est clair et explicite. Le législateur a voulu que seules les plaintes visant une obligation ou un droit prévu à certains articles ou dans certaines parties de la Loi puissent faire l’objet du recours prévu dans la partie X. Le Parlement n’a pas voulu permettre aux tribunaux de s’ingérer dans le domaine de politiques et d’engagements qui n’est habituellement pas de leur ressort. Par conséquent, le recours prévu à l’article 77 est limité aux plaintes fondées sur les articles et parties énumérées au paragraphe 77(1) et la partie VII ne fait pas partie de ces articles. L’intimé et les intervenantes ont prétendu que l’article 41 créerait un droit ou une obligation susceptible d’être sanctionné par les tribunaux, auquel cas, à défaut du recours prévu au paragraphe 77(1) et de par le jeu du paragraphe 77(5), une demande de contrôle judiciaire pourrait être instituée en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme le juge semble avoir accepté de traiter une partie de la demande qu’il avait devant lui et qui visait la partie IV de la Loi comme une demande de contrôle judiciaire visant un manquement à la partie VII de la Loi, il incombe à la Cour d’en faire autant. L’article 41 de la Loi fait état d’un engagement du gouvernement fédéral. Il utilise des termes qui n’évoquent pas la notion d’une obligation légale, contrairement à ceux utilisés dans d’autres articles et la note marginale qui accompagne le texte anglais de l’article 41 se lit «Government policy». Alors que les articles ou parties de la Loi mentionnés aux paragraphes 77(1) ou 82(1) visent des documents, des actes ou des activités précises, identifiés ou identifiables, les articles et parties non mentionnés aux dits paragraphes (telles la partie VI et la partie VII) visent plutôt des objectifs à long terme dont la réalisation dépend de l’existence d’une volonté politique. Il est vrai que les tribunaux doivent interpréter avec générosité les textes qui confèrent ces droits, mais encore faut-il qu’il s’agisse de droits à protéger et non de politiques à définir. Bref, l’intimé et les intervenantes voudraient que la Cour modifie l’article 41 de la Loi et rende mandatoire ce qui, à sa face même, n’est qu’un engagement politique et que la Cour ajoute au paragraphe 77(1) et à l’article 82 les mots «partie VII». Ce serait là faire violence non seulement au texte de la Loi mais aussi à l’intention explicite et implicite du Parlement d’exclure ces champs de l’intervention judiciaire. C’est au Parlement que le débat relatif à l’article 41 doit se faire, pas devant les

by any procedure whatsoever.

Part IV (Communications with and Services to the Public) of the Act can be the source of a remedy exercised under subsection 77(1). The role of the judge who hears an application based on that section is to decide whether the complaint was justified at the time it was filed, not whether it is justified at the time of the trial. If the judge decides that the complaint was justified at the time it was filed, he must allow the application and then strive to define “such remedy as [the Court] considers appropriate and just in the circumstances”. In the present case, it was possible to conclude that the Agency reduced its services at Shippagan without concerning itself with the effect of this reduction on the right of the Francophone minority to receive these services in French and that the effect of the reduction in the services was to infringe the right that section 21 of the Act gives that minority. Thus, at the time the complaint was filed, it was justified, and as such, the Judge was right to allow the application, and the appeal should be dismissed in so far as the appellant was asking the Judge’s order be quashed in its totality.

As for the relief granted, under subsection 77(4) of the Act, the Court has very wide latitude as to the choice of the remedy “it considers appropriate and just in the circumstances”. The Judge’s reasons in relation to the remedies he adopted were much too summary to satisfy the standards subsequently laid down by the Supreme Court of Canada in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, his order for relief was pronounced in an erroneous legal context since he based himself primarily on Part VII of the Act, which is not executory, and the order “would, if carried out, raise a number of uncertainties and difficulties”. The respondent’s evidence was quite thin, as it was mainly composed of general statements or declarations of principles that were unsupported by specific illustrations and that lamented the economic situation and the lack of jobs more than the violation of rights. The problems that were at the origin of the complaint have been resolved. There has been a serious consultation effort and some genuine progress in the provision of French-language services at Shippagan and in the Acadian peninsula. The violations that persist are so episodic that they are ill-suited to a judicial sanction of the scope sought by the respondent. Because the complaint was originally justified, the respondent was entitled in principle to some relief, if there is some remedy in addition to the award of costs that is appropriate and just in the circumstances. With respect to the respondent’s demand that the positions in Shippagan be restored, such a decision normally pertains to the executive branch of the government and the Court must be extremely prudent and require detailed

tribunaux. L’article 41 est déclaratoire d’un engagement et il ne crée pas de droit ou d’obligation susceptible en ce moment d’être sanctionné par les tribunaux, par quelque procédure que ce soit.

La partie IV de la Loi (Communication avec le public et prestation des services) peut être à la source d’un recours exercé en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi. Le rôle du juge qui entend une demande fondée sur cet article est de décider si la plainte était fondée au moment où elle a été déposée, pas si elle est fondée au moment du procès. Si le juge décide que la plainte était bien fondée au moment où elle a été déposée, il doit accueillir la demande et alors s’employer à définir «la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances». En l’espèce, il est permis de conclure que l’Agence a réduit ses services à Shippagan sans se préoccuper de l’effet de cette réduction sur le droit de la minorité francophone de recevoir ces services en français et que la réduction des services a eu comme effet de porter atteinte au droit que l’article 21 de la Loi reconnaît à cette minorité. Par conséquent, il s’ensuit que le juge a eu raison d’accueillir la demande puisqu’il était d’avis que la plainte était fondée au moment où elle avait été déposée et que l’appel devrait être rejeté dans la mesure où l’appelant demandait que l’ordonnance du juge soit cassée dans sa totalité.

Quant à la réparation accordée, en vertu du paragraphe 77(4) de la Loi, la Cour dispose d’une très grande latitude en ce qui a trait au choix de la réparation qu’elle «estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Les motifs du juge relativement aux réparations qu’il a retenues sont beaucoup trop sommaires pour satisfaire aux normes établies dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’éducation)*, son ordonnance de réparation a été prononcée dans un contexte juridique erroné puisqu’il s’appuyait principalement sur la partie VII de la Loi, laquelle n’est pas exécutoire et l’ordonnance comporte «des incertitudes et des difficultés d’exécution». La preuve de l’intimé est bien mince, en ce qu’elle est surtout constituée de déclarations générales ou de principes qui ne sont pas appuyés d’illustrations concrètes et qui déplorent davantage la situation économique et le manque d’emplois que la violation de droits linguistiques. Les problèmes qui étaient à l’origine de la plainte ont été réglés. Il y a eu un effort sérieux de consultation mais aussi un progrès réel dans la dispense de services en français à Shippagan et dans la péninsule acadienne. Les violations qui perdurent sont à ce point épisodiques qu’elles se prêtent mal à une sanction judiciaire de l’ampleur de celle que recherchait l’intimé. La plainte ayant été à l’origine fondée, l’intimé a quand même droit, en principe, à une réparation, s’il en est une, outre l’attribution de dépens, qui soit convenable et juste eu égard aux circonstances. Quant à la demande de l’intimé que les postes à Shippagan soient rétablis, une telle décision relève normalement de la branche exécutive du gouvernement et la

evidence of both the actual needs of the public and the financial and organizational capacity of the federal institution before interfering in its internal governance. There was no such evidence in the case at bar. It was not established that the restoration of the positions at Shippagan would be an appropriate and just remedy in the circumstances. There was nothing concrete that could be ordered that would be useful to the respondent and enforceable by the courts. The only remedy available was to order that the Agency pay the costs of the respondent at first instance and on appeal.

Cour doit donc se montrer extrêmement prudente et exiger une preuve détaillée à la fois des besoins réels du public et de la capacité budgétaire et organisationnelle de l'institution fédérale avant de s'immiscer dans sa régie interne. Il n'y avait rien de tel en l'espèce. Il n'a pas été établi que le rétablissement des postes à Shippagan serait une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il n'est rien de concret qui puisse être ordonné qui soit utile au plaignant et passible de sanction judiciaire. Il n'y a aucune autre réparation que d'ordonner que l'Agence paie les dépens de l'intimé en première instance et en appel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 16(3), 23.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 300(b), Tarif B, column V.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 13.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, preamble, ss. 2, 20, 21, 22, 31, 41, 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27), 43 (as am. *idem*, s. 28), 44 (as am. *idem*, s. 29), 46, 58(1),(2), 60, 63(1),(3), 64(1), 65(1),(3), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77, 78, 79, 80 (as am. *idem*, s. 182), 81, 82, 91.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rogers v. Canada (Department of National Defence) (2001), 201 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.) [as to scope of the remedy under subsection 77(1)]; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 577; 218 N.S.R. (2d) 311; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board), [2000] 2 F.C. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.) [as to whether there was

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 16(3), 23.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 13.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, préambule, art. 2, 20, 21, 22, 31, 41, 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27), 43 (mod., *idem*, art. 28), 44 (mod., *idem*, art. 29), 46, 58(1),(2), 60, 63(1),(3), 64(1), 65(1),(3), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77, 78, 79, 80 (mod., *idem*, art. 182), 81, 82, 91.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 300b), tarif B, colonne V.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale) (2001), 201 F.T.R. 41 (C.F. 1^{re} inst.); *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.) [quant à la portée du recours prévu au paragraphe 77(1)]; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 577; 218 N.S.R. (2d) 311; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié), [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.) [quant à

an enforceable duty].

CONSIDERED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.); *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131; *Lalonde v. Ontario (Health Services Restructuring Commission)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (Eng.); 56 O.R. (3d) 577 (Fr); 208 D.L.R. (4th) 577; 38 Admin. L.R. (3d) 1; 89 C.R.R. (2d) 1; 153 O.A.C. 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Lavigne v. Canada (Human Resources Development)*, [1997] 1 F.C. 305; (1996), 122 F.T.R. 131 (T.D.); aff'd by (1998), 228 N.R. 124 (F.C.A.); *Côté v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (F.C.T.D.); *Duguay v. Canada* (1999), 175 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586; (2001), 199 F.T.R. 196 (T.D.); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789; (2004), 239 D.L.R. (4th) 253; 319 N.R. 379.

AUTHORS CITED

Braën, André and Mark Power. "The Enforcement of Language Rights" in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville (Que.): Éditions Yvon Blais, 2003.

Brun, Henri and Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville (Que.): Éditions Yvon Blais, 2002.

Canada. *Debates of the Senate*, 3rd Sess., 37th Parl., Vol. 141, No. 20, March 11, 2204.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2004] 1 F.C.R. 136; (2003), 239 F.T.R. 178) allowing the respondent's application under section 77 of the *Official*

savoir s'il existe une obligation susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux].

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1999), 240 N.R. 244 (C.A.F.); *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (Eng.); 56 O.R. (3d) 577 (Fr); 208 D.L.R. (4th) 577; 38 Admin. L.R. (3d) 1; 89 C.R.R. (2d) 1; 153 O.A.C. 1 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [1997] 1 C.F. 305; (1996), 122 F.T.R. 131 (1^{re} inst.); conf. par (1998), 228 N.R. 124 (C.A.F.); *Côté c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (C.F. 1^{re} inst.); *Duguay c. Canada* (1999), 175 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586; (2001), 199 F.T.R. 196 (1^{re} inst.); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789; (2004), 239 D.L.R. (4th) 253; 319 N.R. 379.

DOCTRINE

Braën, André et Mark Power. «The enforcement of Language Rights» dans Michel Bastarache, dir., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 2003.

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 2002.

Canada. *Débats du Sénat*, 3^e sess., 37^e Lég., vol. 141, n^o 20, 11 mars 2004.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 1 R.C.F. 136; (2003), 239 F.T.R. 178) qui a accueilli la demande de l'intimé présentée en

Languages Act, setting aside the Agency's decision to transfer the positions of four seasonal workers from Shippagan to Shediac and granting the relief that it considered appropriate and just in the circumstances. Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Alain Préfontaine for appellant.
Jean-Marc Gauvin for respondent.
Pascale Giguère for intervener The Commissioner of Official Languages.
Michel Doucet for intervener La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Godin, Lizotte, Robichaud, Guignard, Shippagan, New Brunswick, for respondent.
Office of the Commissioner of Official Languages for intervener The Commissioner of Official Languages.
Patterson, Palmer, Moncton, for intervener La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DÉCARY J.A.: Subsection 58(2) of the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985 (4th supp.), c. 31] (the Act) allows any "group" to bring a complaint before the Commissioner of Official Languages (the Commissioner). Relying on this provision, the Forum des maires de la Péninsule acadienne (the Forum or respondent), in October 1999, complained to the Commissioner that an administrative reorganization in New Brunswick by the Canadian Food Inspection Agency (the Agency) had been carried out to the detriment of the Francophone areas in the north of the province. The Forum specifically criticized the Agency for transferring four inspectors from the Shippagan office, in the Acadian peninsula, to the Shediac office located in the southeastern portion of the province, assigning the supervision of the food inspection office for the Acadian peninsula to a unilingual Anglophone

vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, annulé la décision de transférer les postes de quatre travailleurs saisonniers de Shippagan à Shédiac et a accordé la réparation estimée convenable et juste eu égard aux circonstances. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU:

Alain Préfontaine pour l'appelante.
Jean-Marc Gauvin pour l'intimé.
Pascale Giguère pour l'intervenante la commissaire aux langues officielles.
Michel Doucet pour l'intervenante La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Godin, Lizotte, Robichaud, Guignard, Shippagan, Nouveau-Brunswick, pour l'intimé.
Commissariat aux langues officielles pour l'intervenante la commissaire aux langues officielles.
Patterson, Palmer, Moncton, pour l'intervenante La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le paragraphe 58(2) de la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31] (la Loi) permet à tout «groupe» de porter plainte devant la commissaire aux langues officielles (la commissaire). S'autorisant de ce paragraphe, le Forum des maires de la Péninsule acadienne (le Forum ou l'intimé), en octobre 1999, s'est plaint auprès de la commissaire de ce qu'une réorganisation administrative effectuée au Nouveau-Brunswick par l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'Agence) l'avait été au détriment des régions francophones du nord de la province. Le Forum reprochait plus précisément à l'Agence d'avoir transféré quatre inspecteurs du bureau de Shippagan, dans la péninsule acadienne, au bureau de Shédiac situé dans le sud-est de la province, d'avoir confié la supervision du bureau d'inspection des aliments pour la Péninsule acadienne à un gestionnaire unilingue

manager in the Blacks Harbour office and having constantly, since the early 1990s, reduced the number of employees in the Shippagan inspection division. The Forum argued that the decisions made by the Agency had an impact not only on the service to the public and the Agency's ability to comply with the right of the employees in the Shippagan office to work in French, but also on the economy of the region. The Forum also contended that the Agency's decisions reflected a trend toward the gradual erosion of the existing services that had developed in the region (A.B., Vol. 1, at page 46).

[2] The Commissioner investigated and, in July 2001, published an *Investigation Report on a complaint concerning the Canadian Food Inspection Agency's reorganization of its office in Shippagan, New Brunswick* (the first Report), from which I reproduce sections V "Conclusions and Recommendations", VI "Comments from the Agency", VII "Commissioner's Reaction", VIII "Comments from the Complainants" and IX "Commissioner's Reaction" (A.B., Vol. 1, at pages 53-60):

V CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

Our investigation allowed us to confirm the facts concerning the transfer of four employees and responsibility for inspection operations from the Shippagan office. We did not dwell on whether, from an administrative point of view, the Agency made the best decisions under the circumstances. In general, however, one could argue that there has been a constant reduction in the staff of the Shippagan inspection office, under both Fisheries and Oceans Canada and the Agency, and that the Agency's recent decisions were made without consulting the official language minority community.

Based on our investigation, we conclude that the Agency's decisions did not allow it to fully meet its obligations under Part IV of the OLA (services to the public). It may well be that the problems related to the delivery of services to the public predate the staff reductions at the Shippagan office and the change in the reporting relationship to the Blacks Harbour office. If that is the case, then the Agency's recent decisions have not remedied the situation.

In addition, the requirements of Part VII of the OLA (commitment to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and support their

anglophone du bureau de Blacks Harbour et d'avoir constamment diminué, depuis les années 1990, le nombre d'employés à la division de l'inspection de Shippagan. Le Forum soutenait que les décisions prises par l'Agence avaient un impact, non seulement sur le service au public et sur la capacité de l'Agence de respecter le droit des employés du bureau de Shippagan de travailler en français, mais aussi sur l'économie de la région. Le Forum soutenait également que les décisions de l'Agence reflétaient une tendance d'érosion graduelle des services en place qui se développait dans la région (D.A., vol. 1, à la page 46).

[2] La commissaire fit enquête et, en juillet 2001, publiait un *Rapport d'enquête sur une plainte concernant la réorganisation de l'Agence canadienne d'inspection des aliments à son bureau de Shippagan (Nouveau-Brunswick)* (le premier Rapport) dont je reproduis les sections V «Conclusions et recommandations», VI «Commentaires de l'Agence», VII «Réaction de la Commissaire», VIII «Commentaires des plaignants» et IX «Réaction de la Commissaire» (D.A., vol. 1, aux pages 53 à 60):

V CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Notre enquête nous a permis de confirmer les faits en ce qui concerne le transfert des quatre employés et la gestion des opérations d'inspection pour le bureau de Shippagan. Nous ne nous sommes pas attardés à tenter de justifier si les décisions prises par l'Agence, sur le plan administratif, étaient les meilleures qui soient dans les circonstances. D'une façon générale, on peut cependant avancer l'opinion qu'il y a eu une diminution constante des effectifs au bureau d'inspection de Shippagan, tant sous Pêches et Océans Canada que sous l'Agence, et que les récentes décisions de l'Agence ont été prises sans consulter la communauté minoritaire de langue officielle.

Notre enquête nous amène à conclure que les décisions prises par l'Agence ne lui permettent pas de satisfaire pleinement à ses obligations aux termes de la Partie IV de la LLO (service au public). Il se peut fort bien que les problèmes reliés à la prestation des services au public existaient avant la réduction du personnel au bureau de Shippagan et avant que ce bureau ne relève, hiérarchiquement, du bureau de Blacks Harbour. Si tel est le cas, il nous faut conclure que les récentes décisions de l'Agence n'ont pas permis de remédier à la situation.

De plus, les exigences renfermées dans la Partie VII de la LLO (engagement à favoriser le développement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur

development) were ignored. Given the regional context and specific history of the Acadian peninsula, we feel that Part VII of the OLA, at the very least, created an obligation for the Agency to consult the official language minority community before it made the decisions that it did.

The Agency's decisions resulted in the disappearance of four federal government jobs from the Acadian peninsula, four well-paying, indeterminate-seasonal positions. We feel that the Agency's decisions were counter-productive. The two studies referred to in this report do not simply describe the situation. They also suggest possible solutions. One of these solutions is for the Acadian peninsula to attempt to diversify its economic base; government jobs are, at least in part the response to such diversification. The Gaudet report refers to the importance of the government sector in these terms: "[TRANSLATION] the occupational areas in health and social services, lodging and food services, and government services could play a larger role in the employment structure in the Acadian peninsula and would create a greater balance and, thereby, make employment in the region more stable."

The region's official language minority community believes that the Agency's decisions have serious consequences because, taken with other, previous decisions, they serve to weaken the local economic structure. These previous decisions include the closing of the Fisheries and Oceans microbiology laboratory in Shippagan, the constant reduction in the number of employees in the Shippagan office during the 1990s, the loss of Shippagan's status as a district office, the unemployment insurance reform and, in general, the on-going reduction in government jobs in rural regions.

The Gaudet report puts it in these terms: "[TRANSLATION] At the beginning of the decade, [...] more and more seasonal jobs and permanent jobs, once seen as an indicator of economic growth and health, were disappearing. The Acadian peninsula, among others, lost a number of stable, well-paying jobs in sectors such as health care, education, processing-plant management and sales. Obviously, the loss of government jobs at the same time as those in the fishery sector, had serious consequences for the communities." (Emphasis added.)

Given the conclusions we reached during our investigation, the Commissioner recommends that the Canadian Food Inspection

développement) ont été laissées pour compte. Étant donné le contexte régional et historique, particulier à la péninsule acadienne, il nous semble que la Partie VII de la LLO créait tout au moins pour l'Agence l'obligation de consulter la communauté minoritaire de langue officielle avant de prendre les décisions qu'elle a prises.

Les décisions de l'Agence se sont traduites par la disparition de quatre postes d'employés du gouvernement fédéral dans la péninsule acadienne, postes indéterminés-saisonniers et bien rémunérés. À notre avis, les décisions prises par l'Agence s'inscrivent à contre courant des efforts déployés. Les deux études dont nous avons fait état dans ce rapport ne font pas qu'exposer un problème. Elles présentent également des pistes de solutions. Parmi ces solutions, il y a celle pour la péninsule acadienne de chercher à diversifier sa base économique; les emplois reliés aux services gouvernementaux constituent, en partie du moins, la réponse à cette diversification. Le rapport Gaudet fait d'ailleurs référence à l'importance du secteur des emplois gouvernementaux en ces termes: «[...] les secteurs d'emplois dans les industries de services de soins de santé et sociaux, de l'hébergement et de la restauration, et des services gouvernementaux pourraient faire meilleure figure dans cette structure de l'emploi dans la péninsule acadienne et serviraient à mieux équilibrer et rendre par le fait même plus stables les emplois dans la région».

La communauté de langue officielle minoritaire de la région croit que les décisions prises par l'Agence sont lourdes de conséquence parce qu'elles s'ajoutent à d'autres décisions déjà prises qui, combinées les unes aux autres, affaiblissent la structure économique locale. Parmi ces autres décisions, on peut citer celle de procéder à la fermeture du laboratoire de microbiologie de Pêches et Océans Canada à Shippagan, la réduction constante du nombre d'employés dans le bureau de Shippagan depuis les années 1990, la perte du statut de ce bureau, qui a déjà bénéficié du statut de bureau de district, la réforme de l'assurance-chômage et, d'une façon générale, la réduction continue des emplois gouvernementaux dans les régions rurales.

Le rapport Gaudet en fait état en ces termes: [...] Au début de la décennie, «[...] de plus en plus on voyait disparaître les emplois saisonniers et les emplois permanents, autrefois vus comme un indice de croissance et de santé économique. En autres (*sic*), la Péninsule Acadienne a perdu plusieurs emplois stables et bien rémunérés dans les secteurs de soins de santé, de l'enseignement, de la gestion d'usines de transformation, de la vente, etc. . . Évidemment, la diminution des emplois gouvernementaux, en même temps que celle du secteur des pêches, a eu des conséquences importantes sur les communautés». (Le soulignement est le nôtre.)

Étant donné les conclusions auxquelles nous sommes arrivés lors de notre enquête, la Commissaire recommande à l'Agence

Agency, within six months following the publication of this report:

1. review the delivery of inspection services in the Acadian peninsula to ensure they are offered and made available in both official languages, in accordance with the requirements of Part IV of the *Official Languages Act* (OLA);
2. ensure that all decisions regarding the delivery of these services support the development of the Francophone community and the recognition and use of French to the full extent of its mandate, in accordance with Part VII of the OLA;
3. revise its national Official Languages Policy to take account of the government's commitment as set out in Part VII of the OLA.

VI COMMENTS FROM THE AGENCY

From the outset, the Agency said that it agreed with the recommendations made in the preliminary report and it intended to take the necessary measures to comply with the provisions of Part VII of the OLA.

In the section pertaining to the amalgamation of inspection services, the Agency would have liked us to present the staff cuts at Fisheries and Oceans Canada during the 1990s in the context of that period, that is, at a time when the federal government had begun a major staff reduction exercise throughout the federal administration, which was felt not only at Fisheries and Oceans Canada, but in all federal institutions throughout the country.

Moreover, the Agency does not agree with the position stated in the report that the decision to transfer employees was based primarily on an analysis of one activity sector, namely, inspection in the fisheries sector. The Agency maintains that the other inspection sectors were considered before the employees being transferred raised this point. The Agency also maintains that, contrary to the opinion stated in the report, there was some consultation with representatives of the official language community and with the *Forum des Maires de la péninsule acadienne*, because the Agency received no fewer than 15 pieces of correspondence from various organizations (municipalities, chambers of commerce, businesses) from April to August 1999, all expressing their concerns about its decisions affecting the Shippagan office.

As regards service to the public, the Agency insists that in spite of the reduction in the number of inspectors at the Shippagan office, it is still fully able to provide services in both official

canadienne d'inspection des aliments, dans les six mois suivant la publication de ce rapport, de:

1. revoir la prestation des services d'inspection dans la péninsule acadienne de telle sorte qu'ils soient offerts et disponibles dans les deux langues officielles, conformément aux exigences de la Partie IV de la *Loi sur les langues officielles* (LLO);
2. s'assurer que toute décision reliée à la prestation de ces services a pour effet d'appuyer le développement de la communauté francophone et la reconnaissance et l'usage du français dans la pleine mesure de son mandat, conformément à la Partie VII de la LLO;
3. réviser sa politique nationale sur les langues officielles pour qu'elle tienne compte de l'engagement du gouvernement énoncé à la Partie VII de la LLO.

VI COMMENTAIRES DE L'AGENCE

D'entrée de jeu, l'Agence dit souscrire aux recommandations du rapport préliminaire et compte mettre en place les mesures nécessaires afin de se conformer aux dispositions de la Partie VII de la LLO.

Dans la section portant sur le fusionnement des services d'inspection, l'Agence aurait souhaité que l'on situe la réduction des effectifs de Pêches et Océans Canada, dans les années 1990, dans un contexte propre à son époque, à savoir que le gouvernement fédéral avait entamé une réduction majeure des effectifs de tout l'appareil fédéral, réductions qui se sont faites sentir non seulement chez Pêches et Océans Canada mais dans toutes les institutions fédérales et partout au pays.

Par ailleurs, l'Agence n'est pas d'accord avec le point de vue exprimé dans le rapport selon lequel leur décision de transfert des employés repose principalement sur l'analyse d'un secteur d'activités, soit l'inspection dans le secteur de la pêche. L'Agence fait valoir que les autres secteurs de l'inspection avaient été pris en compte avant que les employés visés par le transfert ne le leur demande. L'Agence soutient également que, contrairement au point de vue énoncé dans le rapport, il y a eu consultation dans une certaine mesure avec les représentants de la communauté de langue officielle et avec le *Forum des maires de la péninsule acadienne* en ce sens qu'elle a reçu entre les mois d'avril et août 1999, pas moins de 15 pièces de correspondances provenant de différentes organisations (municipalités, chambres de commerce, entreprises) faisant toutes état de leurs préoccupations vis-à-vis les décisions de l'Agence concernant le bureau de Shippagan.

Au chapitre du service au public, l'Agence insiste pour faire valoir qu'en dépit de la réduction du nombre d'inspecteurs au bureau de Shippagan, elle est pleinement en mesure d'assurer

languages through the five inspectors who still work there. These inspectors have divided up the work that had been done by the indeterminate seasonal employees whose positions were cut.

As to the implementation of the recommendation pertaining to Part VII of the OLA, the Agency would like to obtain clarification on how to comply with this part of the OLA. It also questions whether this recommendation is applicable to all future decisions or whether it applies also to the decision that was the subject of this investigation report.

VII COMMISSIONER'S REACTION

It is true, as the Agency stated, that the federal government undertook a major budget reduction and downsizing exercise in the federal administration in the 1990s. However, the objective of our report was not to present in detail the impact of these cuts on the government as a whole. Our objective was above all to highlight how these cuts affected the particular office that was the subject of this complaint.

We maintain our finding that the Agency's decision was based primarily on an analysis of one activity sector, inspection in the fisheries sector.

According to the documentation at our disposal, it appeared that the cost-benefit analysis of other inspection sectors was made after the decision to relocate employees.

We also maintain our finding concerning the lack of consultation when the Agency made the decision. The fact that the Agency received several letters from various groups (municipalities, chambers of commerce, businesses) does not in our view constitute a consultation process because there was no discussion or exchange with the signatories of these letters before the decision was made.

As regards service to the public, the report sought to highlight the fact that some of the Agency's inspection services in the Acadian peninsula were provided by unilingual Anglophone employees regardless of the linguistic preference of the users of these services. The fact that the Shippagan office still exists and has five bilingual inspectors on staff does not in any way alter this situation, since some inspection services are provided by employees outside this office. We considered it important to point out that the assignment of inspection services amongst employees may have resulted in shortcomings with regard to service to the public, prior to the relocation of the employees from the Shippagan office.

la prestation des services dans les deux langues officielles grâce à la présence des cinq inspecteurs qui sont toujours en poste. Ceux-ci se sont partagés les tâches qui étaient accomplies par les employés indéterminés-saisonniers de qui les postes ont été retranchés.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la recommandation portant sur la Partie VII de la LLO, l'Agence voudrait obtenir des clarifications quant à la façon de se conformer à cette partie de la LLO. Elle se demande, par ailleurs, si cette recommandation s'applique pour toutes décisions futures ou s'il faut en tenir compte pour la décision qui a fait l'objet de ce rapport d'enquête.

VII RÉACTION DE LA COMMISSAIRE

Il est vrai, comme le fait valoir l'Agence, que le gouvernement fédéral a procédé à un exercice de compression budgétaire et de réduction de l'appareil fédéral dans les années 1990. Toutefois, l'objectif de notre rapport n'était pas de faire ressortir en détails l'impact de ces réductions sur tout l'appareil gouvernemental. Notre objectif était surtout de mettre en lumière de quelle façon ces compressions avaient particulièrement affecté le bureau visé par la plainte.

Nous maintenons notre constatation selon laquelle la décision de l'Agence repose principalement sur l'analyse d'un secteur d'activités, soit l'inspection dans le secteur de la pêche. Selon la documentation à notre disposition, il appert que l'analyse coûts-bénéfices des autres secteurs de l'inspection ait été faite après que la décision de relocalisation des employés ait été prise.

Nous maintenons également notre constatation en ce qui a trait à l'absence de consultation au moment de la prise de décision de l'Agence. Le fait que l'Agence ait reçu plusieurs lettres provenant de différents groupes (municipalités, chambres de commerce, entreprises) ne constituent pas, à notre point de vue, un processus de consultation car il n'y a pas eu de discussions et d'échanges avec les signataires de ces lettres avant la prise de décision.

Au chapitre du service au public, le rapport a voulu faire ressortir que certains services d'inspection de l'Agence, dans la péninsule acadienne, étaient livrés par des employés unilingues anglophones sans égard à la préférence linguistique des usagers de ces services. Le fait que le bureau de Shippagan soit toujours en place et bénéficie de la présence de cinq inspecteurs bilingues ne changent rien à cette situation, puisque certains services d'inspection sont assurés par des employés de l'extérieur de ce bureau. Nous avons tenu à préciser que la répartition des services entre les employés présentait possiblement des lacunes au chapitre du service au public, avant la relocalisation des employés du bureau de Shippagan.

Finally, as to the implementation of Section 41 of the OLA, we would be pleased to contribute as much as possible to the development of the Agency's action plan and representatives from the Office of the Commissioner are available to meet with the Agency's officials in this regard at a suitable time.

VIII COMMENTS FROM THE COMPLAINANTS

The complainants maintain that the investigation addressed the issues and that they are well covered in the report. They note that some aspects of the report could have been more descriptive in order to provide further insight.

With regard to the amalgamation of inspection services, the complainants defend the view that the North of the province is at a disadvantage as compared to the South in terms of the number of employees and quality of service. They state that the office in Shippagan is the one with the longest coast to be inspected, that it is in a region with the highest concentration of fishing operations and that it is the region with the greatest number of fishermen and aquaculturists in New Brunswick. This office nevertheless has the fewest number of employees.

As regards the restructuring of the Agency, the complainants question the Agency's decision to cut the number of employees at the Shippagan office primarily on the basis of a review of activities and the decline in the fisheries sector. They maintain that this decline occurred not only in northern New Brunswick, but throughout the Maritimes and the Gaspé area. In their opinion, this argument does not justify a staff cut in Shippagan, especially since the fisheries industry has experienced significant growth in the Acadian peninsula since 1997. They also add that the Agency underestimated the importance of inspection work done in all other sectors of industrial activity in the region. They state that the peat moss industry in the northern part of the province represents 80% of provincial production, not to mention an unprecedented boom in the agri-food sector. The complainants also believe that the costs billed to service users give users the right to state their views and to examine the restructuring decisions affecting them. Lastly, they question why the restructuring exercise affected the Shippagan office only.

As to the institution's obligations regarding language of service, the complainants question why the Shippagan office should report to the Blacks Harbour office, the office that is the farthest away from the Acadian peninsula. They also note that it is unacceptable that the Acadian peninsula should receive inspection services from unilingual Anglophone inspectors, which forces people on the peninsula to use English.

Finalement, pour ce qui est de la mise en œuvre de l'article 41 de la LLO, il nous fera plaisir de participer, dans toute la mesure du possible, à l'élaboration du plan d'action de l'Agence et des représentants du Commissariat sont disposés à rencontrer les représentants de l'agence à ce sujet lorsque ceux-ci le jugeront opportun.

VIII COMMENTAIRES DES PLAIGNANTS

Les plaignants sont d'avis que l'enquête couvre le sujet et que la problématique est bien décrite dans le rapport. Ils font valoir que certains aspects du rapport auraient pu être plus descriptifs, afin d'apporter un éclairage supplémentaire.

Au chapitre du fusionnement des services d'inspection, les plaignants défendent l'opinion selon laquelle le Nord de la province est désavantagé par rapport au Sud; désavantagé en termes de nombre d'employés et en termes de qualité de service. Ils font valoir que le bureau de Shippagan est celui qui a le plus long littoral à inspecter, qu'il est situé dans la région où il y a la plus grande concentration d'engins de pêche, et que c'est la région où il y a le plus de pêcheurs et d'aquaculteurs au Nouveau-Brunswick. En dépit de cette réalité, c'est le bureau qui a le moins d'employés.

Au chapitre de la réorganisation de l'Agence, les plaignants mettent en doute la décision de l'Agence de réduire le nombre d'employés au bureau de Shippagan en se basant principalement sur la revue des activités en fonction du déclin dans le secteur des pêches. Ils font valoir que ce déclin ne s'est pas fait seulement dans le Nord du Nouveau-Brunswick, mais partout dans les Maritimes et en Gaspésie. Selon eux, cet argument ne justifie pas une diminution du personnel à Shippagan, d'autant plus que l'industrie de la pêche connaît un essor important dans la péninsule acadienne depuis 1997. Ils ajoutent également que l'Agence a sous-estimé l'importance du travail d'inspection dans tous les autres secteurs d'activités industrielles de la région. L'industrie de la tourbe dans le nord de la province, précisent-ils, représente 80 p.cent de la production provinciale sans compter une effervescence sans précédent du côté de l'agro-alimentaire. Les plaignants estiment également que les coûts facturés aux utilisateurs des services leur donnent un droit de parole et un droit de regard quant aux décisions de réorganisation qui les concernent. Finalement, ils se demandent pourquoi la réorganisation a [a]ffecté uniquement le bureau de Shippagan.

En ce qui a trait aux obligations de l'institution au chapitre de la langue de service, les plaignants se demandent pourquoi le bureau de Shippagan doit relever hiérarchiquement de celui de Blacks Harbour, le bureau qui est le plus éloigné de la péninsule acadienne. Ils font également valoir qu'il leur semble inacceptable que la péninsule acadienne bénéficie de services d'inspection par des inspecteurs unilingues anglophones, ce qui oblige les gens de la péninsule à utiliser l'anglais.

In conclusion the complainants stated that the recommendations were too vague and therefore could easily be circumvented.

IX COMMISSIONER'S REACTION

The complainants' comments show that they would have liked the report to stress more clearly the potential disparities resulting from the way the Agency's services are offered in the various parts of New Brunswick, and from the location of Agency offices and staffing levels in this province. While their views are highly relevant, we did not pursue the investigation along the lines of the concerns the complainants expressed when they filed their complaint. For one thing, this would not in any way have altered our conclusions and, moreover, it would have meant delving into administrative considerations.

The investigation was essentially designed to allow us to determine whether the Agency had met its commitments under Part VII of the OLA in its decisions. We concluded that it had not. Since the Agency agreed with this conclusion, it must now comply with the scope of Part VII. The complainants' comments and the content of our investigation report will no doubt be useful to the Agency in devising its action plan, which will obviously be developed in order to meet the commitments set out in Part VII of the OLA.

As to the recommendations themselves, the requirements of the OLA must not be confused with the right of managers to manage federal institutions. It is difficult for us to enter into greater detail in our recommendations without becoming involved in administrative decision-making. Using the explanations and the report presented, the Canadian Food Inspection Agency must now develop solutions that will allow it to comply with the recommendations made in this investigation report. We will conduct a follow-up at a later date to determine the extent to which they have been implemented.

[3] On September 28, 2001, the Forum filed in the Federal Court [TRANSLATION] "an application under section 77 of the *Official Languages Act*" (A.B., Vol. 1, at page 39).

[4] The purpose of the application was the following (A.B., Vol. 1, at page 41):

[TRANSLATION]

(a) The reestablishment in the town of Shippagan, New Brunswick, of the seasonal inspectors positions

Les plaignants ont finalement soutenu que les recommandations étaient trop vagues et par conséquent, seraient faciles à contourner.

IX RÉACTION DE LA COMMISSAIRE

Il ressort des commentaires des plaignants qu'ils auraient souhaité que le rapport fasse davantage ressortir les disparités pouvant exister quant à la façon dont les services de l'Agence sont offerts dans les différentes régions du Nouveau-Brunswick, et quant à la répartition des bureaux et des effectifs de l'Agence dans cette province. Bien que leur point de vue soit fort légitime, compte tenu des préoccupations qu'ils ont fait valoir en déposant leur plainte, il nous a semblé inapproprié d'orienter l'enquête sur ce plan. D'une part, cela n'aurait en rien modifié les conclusions auxquelles nous sommes arrivés. D'autre part, c'eût été entrer dans des considérations de nature administrative.

Essentiellement, l'enquête devait nous permettre de déterminer si l'Agence, dans le cadre des décisions qu'elle a prises, avait satisfait à ses engagements aux termes de la Partie VII de la LLO. Nous sommes arrivés à la conclusion que tel n'était pas le cas. Cette conclusion ayant été acceptée par l'Agence, celle-ci devra maintenant tenir compte de la portée de la Partie VII. Les commentaires des plaignants, tout comme le contenu de notre rapport d'enquête, serviront sans doute à l'Agence dans l'établissement de son plan d'action qui sera manifestement élaboré afin de satisfaire aux engagements renfermés à la Partie VII de la LLO.

En ce qui concerne les recommandations elles-mêmes, nous croyons qu'il ne faut pas confondre les exigences de la LLO et le droit de gestion qu'ont les gestionnaires des institutions fédérales. Il nous a semblé difficile d'aller plus en détails dans nos recommandations sans empiéter sur le terrain de la prise de décisions administratives. Fort des explications et du rapport qui lui est présenté, c'est maintenant à l'Agence canadienne d'inspection des aliments de développer les solutions qui lui permettront de se conformer aux recommandations formulées dans ce rapport d'enquête. Nous en ferons éventuellement le suivi afin de vérifier l'état de leur mise en œuvre.

[3] Le 28 septembre 2001, le Forum déposait en Cour fédérale «une demande en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles*» (D.A., vol. 1, à la page 39).

[4] L'objet de la demande était le suivant (D.A., vol. 1, à la page 41):

a) Le rétablissement à la ville de Shippagan, Nouveau-Brunswick, des postes d'inspecteurs saisonniers

transferred by the respondent to the town of Shediac, New Brunswick, in the fall of 1999;

- (b) That the four individuals affected by this transfer may be reinstated in their positions in the town of Shippagan if they so desire, with the same conditions they would have had were it not for the transfer;

[5] The grounds of the application were as follows (A.B., Vol. 1, at page 41):

[TRANSLATION]

- (a) The transfer in question was made without taking into account the applicant's obligations under Part IV of the *Official Languages Act*;
- (b) The respondent is not complying in the Acadian Peninsula with its obligations under Part IV of the *Official Languages Act*;
- (c) The transfer in question represents an unlawful exercise of the respondent's discretion.

[6] The hearing on the application in the Federal Court was to begin on January 7, 2003. It was adjourned to March 24, 2003, in the following words (A.B., Vol. 2, at pages 415-416):

[TRANSLATION]

In view of the provisions of section 77(4) of the *Official Languages Act*;

In view of the fact that the Court does not have at hand all of the necessary particulars and that it is in the interest of Justice and the parties that the evolution of the case since the initial decision of the respondent that is the subject matter of this application for judicial review be examined closely;

In view of the consent of the parties;

THE COURT ORDERS:

- (1) that the hearing be adjourned to March 24, 2003, at 11:00 a.m. (Ottawa time); the parties will be heard by conference call from Ottawa.
- (2) that the parties have agreed to meet by March 24, 2003 to assess the progress achieved, if any, and to contemplate the remedies they consider appropriate and just, where applicable; and to examine the need to present any additional evidence in a later hearing that is set down for May 14, 2003 at 9:30 a.m. at Fredericton, New Brunswick, to conclude the hearing.

transférés par le défendeur à la ville de Shédiac, Nouveau-Brunswick à l'automne 1999;

- b) La possibilité pour les quatre individus touchés par ce transfert de réintégrer leur poste à la ville de Shippagan s'ils le désirent et ce avec les mêmes conditions qu'ils auraient eues n'eut été du transfert;

[5] Les motifs de la demande étaient les suivants (D.A., vol. 1, à la page 41):

- a) Le transfert en question a été effectué sans tenir compte des obligations du demandeur en vertu de la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*;
- b) Le défendeur ne respecte pas, dans la Péninsule Acadienne, ses obligations prévues à la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*;
- c) le transfert en question représente un exercice illégal de la discrétion du défendeur.

[6] L'audition de la demande en Cour fédérale devait commencer le 7 janvier 2003. Elle fut ajournée au 24 mars 2003 dans les termes suivants (D.A., vol. 2, aux pages 415 et 416):

Considérant les dispositions de l'article 77(4) de la *Loi sur les langues officielles*;

Considérant que la Cour n'a pas en main toutes les données nécessaires et qu'il est dans l'intérêt de la Justice et des parties que soit examinée avec attention l'évolution du dossier depuis la décision initiale de la défenderesse qui est l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire;

Considérant le consentement des parties;

LA COUR ORDONNE:

- 1) que l'audition soit ajournée au 24 mars 2003 à 11h00 a.m. (heure d'Ottawa); les parties seront entendues par conférence téléphonique à partir d'Ottawa.
- 2) que les parties ont accepté de se rencontrer d'ici le 24 mars 2003 pour évaluer les progrès réalisés, s'il y a lieu, et envisager les réparations qu'elles estiment convenables et justes, le cas échéant; et pour examiner la nécessité de présenter une preuve additionnelle lors d'une audition ultérieure qui est fixée au 14 mai 2003 à 9h30 à Fredericton, Nouveau-Brunswick, pour terminer l'audition.

[7] In March 2003, the Commissioner published a "follow-up report" (the follow-up Report) that she sent to the parties for their comments. In relation to her first recommendation, the one that interests us, she concluded as follows (A.B., Vol. 2, at pages 472-473):

Our investigation revealed that the Agency did not always respect the language preference of its clients. Some inspection services were provided in the area served by the Shippagan office by unilingual Anglophone inspectors, with no regard for the language preference of those using these services. On the other hand, clients who wished to be served in French sometimes had to speak in English when calling certain Agency offices other than at Shippagan. We saw for ourselves during the investigation the absence of service in French at the Blacks Harbour office. In order to remedy the situation, the Agency essentially took action in two areas: job training and language training.

The Agency developed a job training plan for its inspectors at the Shippagan office, with the objective of ensuring that all inspection services in the region could be provided in the future by staff at this office. This training plan was intended to ensure that Shippagan staff was certified to conduct inspection activities it was not authorized to do at the time of our investigation, in order to avoid having to call upon unilingual Anglophone inspectors from other regions. In February 2003 the training was complete, except for one person, and certain certification examinations were scheduled for June. The Agency assured us in any case that, in the meantime, staff at the Shippagan office could conduct the necessary inspections in its territory, except that the inspections would be supervised by certified staff from other regions. Checks with recipients of Agency services tend to show that the situation with respect to services in French for the region served by the Shippagan office has not been completely corrected. We hope that services in French will be adequate when the necessary certifications for staff at the Shippagan office and language training of staff at Blacks Harbour are complete.

Only one type of inspection will continue to be provided by staff from outside the Shippagan territory: inspection of seed potato fields. These inspections will continue to be conducted by a bilingual inspector from Grand-Sault, given the low demand for this type of service and the complex training required.

[7] En mars 2003, la commissaire publiait un «Rapport de suivi» (le Rapport de suivi) qu'elle faisait parvenir aux parties afin d'obtenir leurs commentaires. Elle concluait comme suit, relativement à sa première recommandation, qui est celle qui nous intéresse (D.A., vol. 2, aux pages 472 et 473):

Il était ressorti de notre enquête que l'Agence ne respectait pas en tout temps la préférence linguistique de sa clientèle. Certains services d'inspection étaient livrés dans le territoire desservi par le bureau de Shippagan par des inspecteurs et inspectrices unilingues anglophones sans égard à la préférence linguistique des personnes utilisant ces services. À l'opposé, de la clientèle désirant être servie en français devait parfois parler anglais en appelant certains bureaux de l'Agence, ailleurs qu'à Shippagan. Nous avons nous-même constaté lors de l'enquête l'absence de services en français au bureau de Blacks Harbour. Afin de corriger la situation, l'Agence a essentiellement agi sur deux fronts, soit sur celui de la formation professionnelle et sur celui de la formation linguistique.

L'Agence a développé un plan de formation professionnelle pour ses inspecteurs et inspectrices du bureau de Shippagan, avec l'objectif que l'ensemble des services d'inspection de la région puisse dorénavant être assuré par le personnel de ce bureau. Ce plan de formation visait l'accréditation du personnel de Shippagan pour des activités d'inspection qu'il n'était pas autorisé à faire au moment de notre enquête, afin d'éviter de recourir à des inspecteurs et des inspectrices unilingues anglophones provenant d'autres régions. En février 2003, la formation est terminée à l'exception de celle d'une personne et certains examens d'accréditations sont prévus en juin. L'Agence nous assure tout de même, qu'entre temps, le personnel du bureau de Shippagan peut procéder aux inspections nécessaires sur son territoire sauf qu'il le fait sous la surveillance de personnes accréditées d'autres régions. Les vérifications faites auprès de bénéficiaires des services de l'Agence tendent à démontrer que la situation, au chapitre de la prestation des services en français pour la région desservie par le bureau de Shippagan, n'est pas encore totalement corrigée. Nous espérons que le service en français sera adéquat lorsque les accréditations nécessaires au personnel du bureau de Shippagan et la formation linguistique du personnel de Blacks Harbour sera complétée.

Un seul secteur d'inspection continuera d'être assuré par du personnel provenant de l'extérieur du territoire de Shippagan et c'est celui de l'inspection des champs de pomme de terre de semence. Cette inspection continuera d'être assurée par un inspecteur ou inspectrice bilingue de Grand-Sault compte tenu de la faible demande pour ce genre de service et de la complexité de la formation requise.

With respect to language training, the Agency has developed a training plan for the Director and the Administrative Assistant at the Blacks Harbour office so that this office can eventually provide services in French. At the time our preliminary report was issued, the Agency was still unable to guarantee that this office could provide services in French. Therefore, telephone calls that inspectors at the Shippagan office are unable to take are transferred to the Fredericton office. This administrative measure will be in place until at least September 2003, since the language training plan presented does not provide for the office manager to reach Level C in French-language proficiency before this date.

Although we could conclude that the Agency has taken positive measures to correct the lack of service in French at the Blacks Harbour office, we must admit that it is taking a long time to remedy the situation.

The Agency has also informed us that it intends to consult its clients served by the Shippagan office in order to measure client satisfaction with respect to service delivery in the language of their choice. This consultation should take place in March 2003. We believe this is an excellent initiative that will allow the Agency to refocus its efforts, if necessary, if it notices certain deficiencies in this area.

In summary, by training its staff at the Shippagan office to conduct practically all the inspection services in its territory, the Agency will have remedied one part of the deficiencies we observed with respect to the delivery of services in French. Nonetheless, the Agency has not taken the required measures in the appropriate time frames to address the lack of service provided in French at the Blacks Harbour office.

Extent to which recommendation 1 has been implemented: *partially implemented.*

Her general conclusion was as follows (A.B., Vol. 2, at page 476):

The Commissioner has come to the conclusion that the Agency has made progress in implementing her recommendations, but none of them have been implemented in a fully satisfactory manner.

As for the first recommendation pertaining to service to the public, the Agency has reacted too slowly in implementing it. We feel that the Agency has had enough time since the final report was issued to fully correct the situation.

Au chapitre de la formation linguistique, l'Agence a développé un plan de formation pour le directeur et pour l'adjointe administrative du bureau de Blacks Harbour afin que ce bureau puisse éventuellement assurer la prestation des services en français. Au moment de la parution de notre rapport préliminaire, l'Agence ne peut encore garantir la prestation des services en français à ce bureau. Ainsi, les appels téléphoniques que les inspecteurs et inspectrices du bureau de Shippagan ne peuvent prendre, sont acheminés au bureau de Fredericton. Il s'agit là d'une mesure administrative qui sera en place au moins jusqu'en septembre 2003, car le plan de formation linguistique présenté ne prévoit pas que le directeur du bureau atteigne le niveau C de compétence linguistique en français avant cette date. Bien que l'on puisse conclure à des mesures positives prises par l'Agence pour corriger l'absence de services en français au bureau de Blacks Harbour, force nous est également de constater la lenteur de l'organisme à corriger la situation.

Finalement, l'Agence nous a informés de son intention de mener une consultation auprès de sa clientèle desservie par le bureau de Shippagan dont l'objectif est de mesurer son degré de satisfaction vis-à-vis la prestation des services dans la langue de leur choix. Cette consultation doit prendre place en mars 2003. Cela nous semble une excellente initiative qui permettra à l'Agence, au besoin, d'ajuster son tir si elle constatait certaines déficiences à ce chapitre.

Somme toute, en formant son personnel du bureau de Shippagan pour la quasi totalité des services d'inspection de ce territoire, l'Agence aura remédié à un volet des lacunes que nous avons constatées dans la prestation des services en français. Néanmoins, l'Agence n'a pas pris les mesures nécessaires, dans des délais appropriés, pour régler la question de l'absence de prestation de services en français au bureau de Blacks Harbour.

Degré de mise en œuvre de la recommandation 1: *partiellement mise en œuvre.*

Sa conclusion générale était la suivante (D.A., vol. 2, à la page 476):

La commissaire arrive à la conclusion que l'Agence a progressé dans la mise en œuvre de ses recommandations, mais aucune d'entre elles n'a été mise en œuvre de façon totalement satisfaisante.

En ce qui concerne la première recommandation, soit celle qui porte sur la prestation des services au public, l'Agence a réagi trop lentement pour la mettre en œuvre. Il nous semble que le temps mis à sa disposition depuis la sortie du rapport final aurait dû permettre à l'Agence de corriger la situation de façon totalement adéquate.

[8] On March 24, 2003, the Court granted a new adjournment (A.B., Vol. 2, at pages 417-419):

[TRANSLATION]

The parties were heard in a conference call on March 24, 2003, at 11:00 a.m. The parties reported to the Court on the progress in the case.

Pursuant to the order of adjournment made on January 7, 2003, the parties were unable to submit to the Court the remedies that they consider appropriate and just in this case.

The parties agreed that it was necessary to present additional evidence, which can be argued at a later hearing.

It appears that the Commissioner of Official Languages has issued an interim follow-up report and that each of the parties is to reply to it.

The parties submitted to the Court that the date of May 14, 2003 was somewhat premature in view of the circumstances.

IN VIEW OF the consent of the parties:

THE COURT ORDERS THAT:

1. The hearing be adjourned to May 26, 2003, at 5:00 p.m. Atlantic time;
2. The parties will be heard by conference call from Vancouver;
3. Meanwhile, the parties will exchange supplementary affidavit evidence and proceed with examinations on affidavits, if necessary, by May 14, 2003;
4. The parties will continue their discussions between now and May 26, 2003, to assess the progress made, where applicable, and contemplate the remedies they consider appropriate and just in the circumstances.
5. In any event, a later hearing is set down for June 25, 2003, at 9:30 a.m., at Fredericton, New Brunswick, to complete and conclude the hearing.

[9] In May 2003, the Commissioner published a "final follow-up Report". She summarizes as follows the comments issued by the Forum (A.B., Vol. 2, at page 517):

The representative of the Forum des maires de la péninsule [*sic*] acadienne said he was generally satisfied with the content

[8] Le 24 mars 2003, la Cour accordait un nouvel ajournement (D.A., vol. 2, aux pages 417 à 419):

Les parties sont entendues en conférence téléphonique en date du 24 mars 2003 à 11h00. Les parties font rapport à la Cour de l'état d'avancement du dossier.

Suivant l'ordonnance d'ajournement rendue le 7 janvier 2003, les parties ne sont pas en mesure de représenter au tribunal les réparations qu'elles estiment convenables et justes dans le présent dossier.

Les parties ont convenu qu'il était nécessaire de présenter une preuve additionnelle, laquelle pourra être débattue lors d'une audition ultérieure.

Il appert que le Commissaire aux langues officielles a émis un rapport de suivi intérimaire et que les parties doivent y répondre de part et d'autre.

Les parties ont représenté à la Cour que la date du 14 mai 2003 était un peu prématurée, compte tenu des circonstances.

CONSIDÉRANT le consentement des parties:

LA COUR ORDONNE QUE:

1. L'audition soit ajournée au 26 mai 2003, à 17h00, heure de l'Atlantique;
2. Les parties seront entendues par conférence téléphonique à partir de Vancouver;
3. Entre temps, les parties vont échanger la preuve supplémentaire par affidavits et procéder aux interrogatoires sur affidavits, s'il y a lieu, d'ici au 14 mai 2003;
4. Les parties vont continuer leurs discussions d'ici le 26 mai 2003 pour évaluer les progrès réalisés, s'il y a lieu, et envisager les réparations qu'elles estiment convenables et justes, le cas échéant.
5. En tout état de cause, une audition ultérieure est fixée au 25 juin 2003, à 9h30, à Fredericton, Nouveau-Brunswick, pour compléter et terminer l'audition.

[9] En mai 2003, la commissaire publiait un «Rapport final de suivi». Elle résume comme suit les commentaires émis par le Forum (D.A., vol. 2, à la page 517):

Le représentant du Forum des maires de la péninsule acadienne se dit généralement satisfait du contenu du rapport sauf qu'à

of the report, except that in some respects, he would like to have seen us take a stronger position.

From the complainants' point of view, in order to truly satisfy the requirements of section 41 of the *[O]fficial Languages Act*, the Shippagan office should be under the responsibility of an office that is more able to provide services in French than the Blacks Harbour office and should even be granted greater autonomy. They are rather unimpressed with the initiatives cited by the Agency as evidence of its implementation of Part VII of the *Official Languages Act*. In short, the Forum des maires wishes to see the Agency step back and reconsider its decision to restructure the Shippagan office.

and answers in the following way (A.B., Vol. 2, at page 518):

In reaction to the complainants' statements, we must restate the position presented in the investigation report of July 201 that the requirements of the *Official Languages Act* must not be confused with the right of management held by federal institutions. It was our responsibility to determine whether or not the recommendations had been implemented. The Agency, like other federal institutions, must come up with its own solutions to implement our recommendations.

[10] On May 26, a new adjournment was allowed (A.B., Vol. 2, at pages 518-519):

[TRANSLATION]

The parties were heard in a conference call on May 26, 2003 at 5:00 p.m. (Fredericton time). The parties reported to the Court on the progress in the case.

The parties filed in the Court some supplementary affidavits on both sides, and filed the preliminary report and the final follow-up report by the Commissioner of Official Languages.

The parties agree that it is hard to spell out by common agreement the remedies they consider appropriate and just in the circumstances;

IN VIEW OF the progress on the case;

THE COURT ORDERS THAT:

1. The hearing be adjourned to June 25, 2003, at 9:30 a.m. at Fredericton, New Brunswick, to complete and conclude the hearing.

certain égard, il aurait voulu que nous soyons plus ferme.

Du point de vue des plaignants, pour vraiment satisfaire aux exigences de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*, le bureau de Shippagan devrait relever d'un bureau plus en mesure d'assurer la prestation des services en français que celui de Blacks Harbour et même bénéficier d'une plus grande autonomie. Ils se disent peu impressionnés des initiatives présentées par l'Agence pour justifier la mise en œuvre de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*. Somme toute, le Forum des maires voudrait que l'Agence fasse marche arrière et revienne sur la décision qu'elle a prise de restructurer le bureau de Shippagan.

et y répond de la manière suivante (D.A., vol. 2, à la page 518):

En réaction aux propos tenus par les plaignants, nous devons réitérer la position défendue dans le rapport d'enquête de juillet 2001, à savoir qu'il ne faut pas confondre les exigences de la *Loi sur les langues officielles* et le droit de gestion qu'ont les gestionnaires des institutions fédérales. Notre responsabilité était de déterminer si les recommandations avaient été ou non mises en œuvre. L'Agence, tout comme les autres institutions fédérales, doit trouver ses propres solutions dans sa démarche de mise en œuvre de nos recommandations.

[10] Le 26 mai, un nouvel ajournement est autorisé (D.A., vol. 2, aux pages 518 et 519):

Les parties sont entendues en conférence téléphonique en date du 26 mai 2003 à 17h00 (heure de Fredericton). Les parties font rapport à la Cour de l'état d'avancement du dossier.

Les parties ont déposé à la Cour des affidavits supplémentaires, de part et d'autre, en plus de déposer le rapport préliminaire et le rapport final de suivi de la Commissaire aux Langues Officielles.

Les parties conviennent qu'il est difficile de préciser d'un commun accord les réparations qu'elles estiment convenables et justes le cas échéant;

CONSIDÉRANT l'état d'avancement du dossier;

LA COUR ORDONNE QUE:

1. L'audition soit ajournée au 25 juin 2003, à 9h30 a.m. à Fredericton, Nouveau-Brunswick pour compléter et terminer l'audition.

[11] The parties failed to agree on the nature of the remedial measures and on June 25, 2003, the case was reserved for decision.

[12] Judgment was rendered on September 8, 2003. The Federal Court allowed the application ([2004] 1 F.C.R. 136) and ordered as follows [at paragraph 57]:

[1] This application for judicial review is allowed;

[2] The decision to transfer the positions of four seasonal workers from Shippagan to Shediac is set aside;

[3] In accordance with the powers to grant the relief that is considered appropriate and just in the circumstances, under subsection 77(4) of the OLA;

THE COURT ORDERS THAT:

1. The respondent restore the positions of the four inspectors in the Shippagan office;

2. The respondent ensure that the conclusions of the Commissioner in the Report, dated March 2003, be implemented, and particularly recommendations 1 and 2;

3. The provision of French-language services for the region serviced by the Shippagan office be ensured;

4. The necessary staff accreditations in the Shippagan office and the language training of the Blacks Harbour staff be completed within no more than 12 months of this order;

5. The commitments made by the respondent in its proposed action plan, to undertake a series of consultations in the Acadian peninsula with a wide range of members of the minority official language community, be implemented and achieved within no more than 12 months of this order;

6. With costs to the applicant.

[13] This is an appeal from that decision. Although the rescinding of the decision to transfer the positions to Shediac is not literally part of the “relief” ordered by the Judge, I do not think it can be considered to be anything other than a form of relief and that is how I will deal with it in these reasons.

Relevant statutory provisions

[14] At issue is the nature and scope of the “court remedy” provided in Part X of the Act (sections 76- 81), whether Part VII is declaratory or legally enforceable

[11] Les parties ne s’entendent pas sur la nature des réparations et l’affaire est prise en délibéré le 25 juin 2003.

[12] Jugement est rendu le 8 septembre 2003. La Cour fédérale accueille alors la demande ([2004] 1 R.C.F. 136) et rend l’ordonnance suivante [au paragraphe 57]:

[1] La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie;

[2] La décision de transférer les postes de quatre travailleurs saisonniers de Shippagan à Shédiac est annulée;

[3] Conformément aux pouvoirs d’accorder la réparation estimée convenable et juste eu égard aux circonstances, prévus au paragraphe 77(4) de la LLO:

LA COUR ORDONNE QUE:

1. La défenderesse rétablisse les postes des quatre inspecteurs au bureau de Shippagan;

2. La défenderesse s’assure de donner suite aux conclusions de la commissaire dans le Rapport, daté de mars 2003 et particulièrement aux recommandations 1 et 2;

3. La prestation des services en français pour la région desservie par le bureau de Shippagan soit assurée;

4. Les accreditations nécessaires au personnel du bureau de Shippagan et la formation linguistique du personnel de Blacks Harbour soit complétée dans un délai maximum de 12 mois de la présente ordonnance;

5. Les engagements pris par la défenderesse dans son plan d’action proposé, soit d’entreprendre une série de consultations dans la péninsule acadienne auprès d’un large éventail des membres de la communauté de langue officielle minoritaire soit mis en œuvre et réalisés dans un délai maximum de 12 mois de la présente ordonnance;

6. Le tout avec dépens en faveur du demandeur.

[13] D’où le présent appel. Quoique l’annulation de la décision de transférer les postes à Shédiac ne fasse pas littéralement partie de la «réparation» ordonnée par le juge, je ne crois pas qu’on puisse la considérer autrement qu’une forme de réparation et c’est ainsi que je la traiterai dans les présents motifs.

Dispositions législatives pertinentes

[14] Le débat porte sur la nature et la portée du «recours judiciaire» prévu à la partie X de la Loi (les articles 76 à 81), sur le caractère déclaratoire ou

and how the different parts of the Act interact with each other. And it will be useful to keep in mind, first, the structure of the Act:

Preamble

Short title (s. 1)

Purpose of Act (s. 2)

Interpretation (s. 3)

Part I—Proceedings of Parliament (s. 4)

Part II—Legislative and Other Instruments (ss. 5-13)

Part III—Administration of Justice (ss. 14-20)

Part IV—Communications with and Services to the Public (ss. 21-33)

Part V—Language of Work (ss. 34-38)

Part VI—Participation of English-speaking and French-speaking Canadians (ss. 39-40)

Part VII—Advancement of English and French (ss. 41-45)

Part VIII—Responsibilities and Duties of Treasury Board in Relation to the Official Languages of Canada (ss. 46-48)

Part IX—Commissioner of Official Languages (ss. 49-75)

Part X—Court Remedy (ss. 76-81)

Part XI—General (ss. 82-93)

and, second, certain provisions to which I will refer [preamble, ss. 2, 21, 22, 31, 41, 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27), 43(1) (as am. *idem*, s. 28), 46(1), 58(1),(2), 60, 63(1),(3), 64(1), 65(1),(3), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77(1),(2),(4),(5), 79, 80 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182), 82, 91]:

WHEREAS the Constitution of Canada provides that English and French are the official languages of Canada and have

exécutoire de la partie VII et sur l'interaction entre différentes parties de la Loi. Aussi sera-t-il utile de rappeler, dans un premier temps, la structure de la Loi:

Préambule

Titre abrégé (art. 1)

Objet (art. 2)

Définitions (art. 3)

Partie I—Débats et travaux parlementaires (art. 4)

Partie II—Actes législatifs et autres (art. 5 à 13)

Partie III—Administration de la justice (art. 14 à 20)

Partie IV—Communications avec le public et prestation des services (art. 21 à 33)

Partie V—Langue de travail (art. 34 à 38)

Partie VI—Participation des canadiens d'expression française et d'expression anglaise (art. 39 et 40)

Partie VII—Promotion du français et de l'anglais (art. 41 à 45)

Partie VIII—Attributions et obligations du Conseil du Trésor en matière de langues officielles (art. 46 à 48)

Partie IX—Commissaire aux langues officielles (art. 49 à 75)

Partie X—Recours judiciaire (art. 76 à 81)

Partie XI—Dispositions générales (art. 82 à 93)

et, dans un second temps, certaines dispositions auxquelles je me référerai [préambule, art. 2, 21, 22, 31, 41, 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27), 43(1) (mod., *idem*, art. 28), 46(1), 58(1),(2), 60, 63(1),(3), 64(1), 65(1),(3), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77(1), (2),(4),(5), 79, 80 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182), 82, 91]:

Attendu :

que la Constitution dispose que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des

equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada;

...

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to enhancing the vitality and supporting the development of English and French linguistic minority communities, as an integral part of the two official language communities of Canada, and to fostering full recognition and use of English and French in Canadian society;

...

PURPOSE OF ACT

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(b) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(c) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

...

PART IV

COMMUNICATIONS WITH AND SERVICES TO THE PUBLIC

Communications and Services

21. Any member of the public in Canada has the right to communicate with and to receive available services from federal institutions in accordance with this Part.

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language,

...

droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada;

[. . .]

qu'il s'est engagé à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, au titre de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle, et à appuyer leur développement et à promouvoir la pleine reconnaissance de l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne;

[. . .]

OBJET

2. La présente loi a pour objet :

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

[. . .]

PARTIE IV

COMMUNICATIONS AVEC LE PUBLIC ET PRESTATION DES SERVICES

Communications et services

21. Le public a, au Canada, le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services conformément à la présente partie.

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles.

[. . .]

General

...

31. In the event of any inconsistency between this Part and Part V, this Part prevails to the extent of the inconsistency.

...

PART VII

ADVANCEMENT OF ENGLISH AND FRENCH

41. The Government of Canada is committed to

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

42. The Minister of Canadian Heritage, in consultation with other ministers of the Crown, shall encourage and promote a coordinated approach to the implementation by federal institutions of the commitments set out in section 41.

43. (1) The Minister of Canadian Heritage shall take such measures as that Minister considers appropriate to advance the equality of status and use of English and French in Canadian society

...

PART VIII

RESPONSIBILITIES AND DUTIES OF TREASURY BOARD IN RELATION TO THE OFFICIAL LANGUAGES OF CANADA

46. (1) The Treasury Board has responsibility for the general direction and coordination of the policies and programs of the Government of Canada relating to the implementation of Parts IV, V and VI in all federal institutions other than the Senate, the House of Commons and the Library of Parliament.

...

PART IX

COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES

...

Dispositions générales

[. . .]

31. Les dispositions de la présente partie l'emportent sur les dispositions incompatibles de la partie V.

[. . .]

PARTIE VII

PROMOTION DU FRANÇAIS ET DE L'ANGLAIS

41. Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

42. Le ministre du Patrimoine canadien, en consultation avec les autres ministres fédéraux, suscite et encourage la coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales de cet engagement.

43. (1) Le ministre du Patrimoine canadien prend les mesures qu'il estime indiquées pour favoriser la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne [. . .]

[. . .]

PARTIE VIII

ATTRIBUTIONS ET OBLIGATIONS DU CONSEIL DU TRÉSOR EN MATIÈRE DE LANGUES OFFICIELLES

46. (1) Le Conseil du Trésor est chargé de l'élaboration et de la coordination générales des principes et programmes fédéraux d'application des parties IV, V et VI dans les institutions fédérales, à l'exception du Sénat, de la Chambre des communes et de la bibliothèque du Parlement.

[. . .]

PARTIE IX

COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES

[. . .]

Investigations

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

(a) the status of an official language was not or is not being recognized,

(b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or

(c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with in the administration of the affairs of any federal institution.

(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue.

...

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

(2) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any federal institution, the Commissioner shall, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or institution a full and ample opportunity to answer any adverse allegation or criticism, and to be assisted or represented by counsel for that purpose.

...

63. (1) If, after carrying out an investigation under this Act, the Commissioner is of the opinion that

(a) the act or omission that was the subject of the investigation should be referred to any federal institution concerned for consideration and action if necessary,

(b) any Act or regulations thereunder, or any directive of the Governor in Council or the Treasury Board, should be reconsidered or any practice that leads or is likely to lead to a contravention of this Act should be altered or discontinued, or

Plaintes et enquêtes

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue—sur un acte ou une omission—et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants.

[...]

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

(2) Le commissaire n'est pas obligé de tenir d'audience, et nul n'est en droit d'exiger d'être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l'enquête, il estime qu'il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à une institution fédérale, il prend, avant de clore l'enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet et, à cette fin, de se faire représenter par un avocat.

[...]

63. (1) Au terme de l'enquête, le commissaire transmet un rapport motivé au président du Conseil du Trésor ainsi qu'à l'administrateur général ou à tout autre responsable administratif de l'institution fédérale concernée, s'il est d'avis :

a) soit que le cas en question doit être renvoyé à celle-ci pour examen et suite à donner si nécessaire;

b) soit que des lois ou règlements ou des instructions du gouverneur en conseil ou du Conseil du Trésor devraient être reconsidérés, ou encore qu'un usage aboutissant à la violation de la présente loi ou risquant d'y aboutir devrait être modifié ou abandonné;

(c) any other action should be taken,

the Commissioner shall report that opinion and the reasons therefor to the President of the Treasury Board and the deputy head or other administrative head of any institution concerned.

...

(3) The Commissioner may

(a) in a report under subsection (1) make such recommendations as he thinks fit; and

(b) request the deputy head or other administrative head of the federal institution concerned to notify the Commissioner within a specified time of the action, if any, that the institution proposes to take to give effect to those recommendations.

64. (1) Where the Commissioner carries out an investigation pursuant to a complaint, the Commissioner shall inform the complainant and any individual by whom or on behalf of whom, or the deputy head or other administrative head of any federal institution by which or on behalf of which, an answer relating to the complaint has been made pursuant to subsection 60(2), in such manner and at such time as the Commissioner thinks proper, of the results of the investigation.

...

65. (1) If, within a reasonable time after a report containing recommendations under subsection 63(3) is made, adequate and appropriate action has not, in the opinion of the Commissioner, been taken thereon, the Commissioner, in his discretion and after considering any reply made by or on behalf of any federal institution concerned, may transmit a copy of the report and recommendations to the Governor in Council.

...

(3) If, within a reasonable time after a copy of a report is transmitted to the Governor in Council under subsection (1), adequate and appropriate action has not, in the opinion of the Commissioner, been taken thereon, the Commissioner may make such report thereon to Parliament as he considers appropriate.

...

PART X

COURT REMEDY

76. In this Part, “Court” means the Federal Court.

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to

c) soit que d’autres mesures devraient être prises.

[. . .]

(3) Le commissaire peut faire les recommandations qu’il juge indiquées dans son rapport; il peut également demander aux administrateurs généraux ou aux autres responsables administratifs de l’institution fédérale concernée de lui faire savoir, dans le délai qu’il fixe, les mesures envisagées pour donner suite à ses recommandations.

64. (1) Au terme de l’enquête, le commissaire communique, dans le délai et de la manière qu’il juge indiqués, ses conclusions au plaignant ainsi qu’aux particuliers ou institutions fédérales qui ont exercé le droit de réponse prévu au paragraphe 60(2).

[. . .]

65. (1) Dans la situation décrite au paragraphe 63(3), le commissaire peut en outre, à son appréciation et après examen des réponses faites par l’institution fédérale concernée ou en son nom, transmettre au gouverneur en conseil un exemplaire du rapport et de ses recommandations.

[. . .]

(3) Si, dans un délai raisonnable après la transmission du rapport, il n’y a pas été donné suite, à son avis, par des mesures appropriées, le commissaire peut déposer au Parlement le rapport y afférent qu’il estime indiqué.

[. . .]

PARTIE X

RECOURS JUDICIAIRE

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Cour fédérale.

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d’une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10

7, sections 10 to 13 or Part IV or V, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

(2) An application may be made under subsection (1) within sixty days after

(a) the results of an investigation of the complaint by the Commissioner are reported to the complainant under subsection 64(1),

(b) the complainant is informed of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2), or

(c) the complainant is informed of the Commissioner's decision to refuse or cease to investigate the complaint under subsection 58(5),

or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those sixty days, fix or allow.

...

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.

...

79. In proceedings under this Part relating to a complaint against a federal institution, the Court may admit as evidence information relating to any similar complaint under this Act in respect of the same federal institution.

80. An application made under section 77 shall be heard and determined in a summary manner in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Courts Act*.

...

PART XI

GENERAL

82. (1) In the event of any inconsistency between the following Parts and any other Act of Parliament or regulation thereunder, the following Parts prevail to the extent of the inconsistency:

(a) Part I (Proceedings of Parliament);

(b) Part II (Legislative and other Instruments);

à 13 ou aux parties IV ou V, ou fondée sur l'article 91 peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

(2) Sauf délai supérieur accordé par le tribunal sur demande présentée ou non avant l'expiration du délai normal, le recours est formé dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l'enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou de l'avis de refus d'ouverture ou de poursuite d'une enquête donné au titre du paragraphe 58(5).

[...]

(4) Le tribunal peut, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d'action.

[...]

79. Sont recevables en preuve dans les recours les renseignements portant sur des plaintes de même nature concernant une même institution fédérale.

80. Le recours est entendu et jugé en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à cet égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[...]

PARTIE XI

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

82. (1) Les dispositions des parties qui suivent l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux :

a) partie I (Débats et travaux parlementaires);

b) partie II (Actes législatifs et autres);

(c) Part III (Administration of Justice);

(d) Part IV (Communications with and Services to the Public); and

(e) Part V (Language of Work).

(2) Subsection (1) does not apply to the *Canadian Human Rights Act* or any regulation made thereunder.

...

91. Nothing in Part IV or V authorizes the application of official language requirements to a particular staffing action unless those requirements are objectively required to perform the functions for which the staffing action is undertaken.

The nature of the section 77 remedy

[15] The Judge more than once characterized the proceeding filed by the Forum as an “application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*”. That is an error. Subsection 77(2) provides for “[a]n application” (referred to as a “recours” in the French text), and it is [TRANSLATION] “an application [*demande*] under section 77 of the *Official Languages Act*” that the Forum had filed. This proceeding is not an application for judicial review, although it is governed procedurally by the rules applicable to applications (see paragraph 300(b) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]). This application is instead similar to an action.

[16] The Commissioner, it is important to keep in mind, is not a tribunal. She does not, strictly speaking, render a decision; she receives complaints, she conducts an inquiry, and she makes a report that she may accompany with recommendations (subsections 63(1), (3)). If the federal institution in question does not implement the report or the recommendations, the Commissioner may lodge a complaint with the Governor in Council (subsection 65(1)) and, if the latter does not take action either, the Commissioner may lodge a complaint with Parliament (subsection 65(3)). The remedy, at that level, is political.

[17] However, to ensure that the *Official Languages Act* has some teeth, that the rights or obligations it recognizes or imposes do not remain dead letters, and that the members of the official language minorities are not condemned to unceasing battles with no guarantees

c) partie III (Administration de la justice);

d) partie IV (Communications avec le public et prestation des services);

e) partie V (Langue de travail).

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ni à ses règlements.

[. . .]

91. Les parties IV et V n’ont pour effet d’autoriser la prise en compte des exigences relatives aux langues officielles, lors d’une dotation en personnel, que si elle s’impose objectivement pour l’exercice des fonctions en cause.

La nature du recours prévu à l’article 77

[15] Le juge a qualifié à plusieurs reprises la procédure déposée par le Forum de «demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*». C’est là une erreur. Le paragraphe 77(2) établit un «recours» («*a]n application*» dans le texte anglais) et c’est «une demande en vertu de l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*» que le Forum avait déposée. Ce recours n’est pas une demande de contrôle judiciaire, encore qu’il soit régi, sur le plan procédural, par les règles applicables à ces dernières (voir l’alinéa 300b) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]). Ce recours s’apparente, plutôt, à une action.

[16] La commissaire, il est important de le rappeler, n’est pas un tribunal. Elle ne rend pas de décision proprement dite; elle reçoit des plaintes, elle mène une enquête, puis elle fait un rapport qu’elle peut assortir de recommandations (paragraphe 63(1), (3)). Si l’institution fédérale concernée ne donne pas suite au rapport ou aux recommandations, la commissaire peut s’en plaindre au gouverneur en conseil (paragraphe 65(1)) et, si ce dernier ne donne pas suite non plus, la commissaire peut s’en plaindre au Parlement (paragraphe 65(3)). Le remède, à ce niveau, est politique.

[17] Pour s’assurer, toutefois, que la *Loi sur les langues officielles* ait des dents, que les droits ou obligations qu’elle reconnaît ou impose ne demeurent pas lettres mortes, et que les membres des minorités linguistiques officielles ne soient pas condamnés à se

at the political level alone, Parliament has created a “remedy” in the Federal Court that the Commissioner herself (section 78) or the complainant (section 77) may use. This remedy, the scope of which I will examine later, is designed to verify the merits of the complaint, not the merits of the Commissioner’s report (subsection 77(1)), and, where applicable, to secure relief that is appropriate and just in the circumstances (subsection 77(4)). The Commissioner’s report is nevertheless the source or the pretext for the remedy or, to repeat the words of Madam Justice Desjardins in relation to the comparable report filed by the Information Commissioner, a [TRANSLATION] “precondition to the exercise of the remedy” (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.), at page 255): the capacity as an “applicant” to the Court is derived from the capacity as a “complainant” to the Commissioner (subsection 77(1)) and it is the date of communication of the report that serves as the point of departure for the calculation of the time periods (subsection 77(2)). The “complainant”, according to subsection 58(2), may be a “person” or a “group”.

[18] Thus we see that the remedy differs from an application for judicial review within the meaning of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. It does not attack the “decision” of the federal institution as such. It may be undertaken by a person or a group, which may not be “directly affected by the matter in respect of which relief is sought” (see subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*). The relief the applicant may be seeking is not limited to the remedies prescribed in subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, as the Court, by way of exception, has the discretion that it “considers appropriate and just in the circumstances” (subsection 77(4)). New evidence is admissible (section 79). The matter is heard and determined in a summary manner (section 80).

[19] There are some important implications to the fact that the remedy under Part X is basically similar to an action.

[20] For example, the judge hears the matter *de novo* and is not limited to the evidence provided during the

battre sans cesse et sans garantie au seul niveau politique, le législateur a créé un «recours» devant la Cour fédérale dont peut se prévaloir la commissaire elle-même (article 78) ou le plaignant (article 77). Ce recours, dont j’examinerai l’étendue plus loin, cherche à vérifier le bien-fondé de la plainte, pas le bien-fondé du rapport de la commissaire (paragraphe 77(1)), et le cas échéant, à assurer une réparation convenable et juste dans les circonstances (paragraphe 77(4)). Le rapport de la commissaire n’en est pas moins la source ou le prétexte du recours ou, pour reprendre les mots de la juge Desjardins relativement au rapport comparable que dépose le commissaire à l’information, une condition «préalable à l’exercice du recours» (*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1999), 240 N.R. 244 (C.A.F.), à la page 255); c’est la qualité de «plaignant» devant la commissaire qui confère la qualité de «demandeur» devant la Cour (paragraphe 77(1)) et c’est la date de communication du rapport qui sert de point de départ pour le calcul des délais (paragraphe 77(2)). Le «plaignant», selon le paragraphe 58(2), peut être un «individu» ou un «groupe».

[18] On voit dès lors que le recours n’a rien d’une demande de contrôle judiciaire au sens de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. Il n’attaque pas en tant que telle la «décision» de l’institution fédérale. Il peut être entrepris par une personne ou un groupe qui peut n’être pas «directement touché par l’objet de la demande» (voir le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*). Le redressement que peut rechercher le demandeur n’est pas limité à ceux prescrits au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour ayant de manière exceptionnelle la discrétion qu’elle «estime convenable et juste eu égard aux circonstances» (paragraphe 77(4)). Des éléments de preuve inédits sont recevables (article 79). L’affaire est entendue et jugée en procédure sommaire (article 80).

[19] Le fait que le recours prévu à la partie X s’apparente, sur le fond, à une action entraîne des conséquences importantes.

[20] Ainsi, le juge entend l’affaire *de novo* et n’est pas limité à la preuve offerte lors de l’enquête de la

Commissioner's investigation. The remedy is constantly shifting in the sense that even if the merit of the complaint is determined as it existed at the time of the alleged breach, the remedy, if there is one that is appropriate and just, must be adapted to the circumstances that prevail at the time when the matter is adjudicated. The remedy will vary according to whether or not the breach continues.

[21] Moreover, the Commissioner's reports are admissible in evidence, but they are not binding on the judge and may be contradicted like any other evidence. The explanation is obvious. The Commissioner conducts her inquiry in secret and her conclusions may be based on facts that the parties concerned by the complaint will not necessarily have been able to verify. Furthermore, for reasons that I will soon give, the purpose of the Court remedy is more limited than the purpose of the Commissioner's inquiry and it may be that the Commissioner takes into account some considerations that the judge may not consider. Also, I agree with the decision of Mr. Justice Nadon, then in the Trial Division, in *Rogers v. Canada (Department of National Defence)* (2001), 201 F.T.R. 41 (F.C.T.D.), who held, after accepting in evidence the report of the Commissioner, that (at paragraph 40):

The conclusion that a breach of the Act has occurred, in any given case, must be reached after the judge has heard and weighed the evidence advanced by both parties.

I note that in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, Gonthier J. emphasized that "[i]n many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role" (paragraph 37), that the Commissioners "follow an approach that distinguishes them from a court" and that their "unique mission is to resolve tension in an informal manner" (paragraph 38).

The scope of the remedy under subsection 77(1) of the Act and whether section 41 of Part VII is declaratory or executory

[22] The respondent and the interveners argue that section 41 of the Act, under which "[t]he Government of Canada is committed to enhancing the vitality of the

commissaire. Le recours est en mouvance constante en ce sens que même si le bien-fondé de la plainte est déterminé en fonction du moment de la violation alléguée, le remède, s'il en est un qui soit alors convenable et juste, doit être adapté aux circonstances qui prévalent au moment où l'affaire est mise en délibéré. Le remède variera selon que la violation perdure ou non.

[21] Par ailleurs, les rapports de la commissaire sont recevables en preuve, mais ils ne lient pas le juge et peuvent être contredits comme tout autre élément de preuve. Cela s'explique aisément. La commissaire mène son enquête en secret et ses conclusions peuvent s'appuyer sur des faits que les parties concernées par la plainte n'auront pas nécessairement été en mesure de vérifier. Qui plus est, pour des raisons que je donnerai tantôt, l'objet du recours judiciaire est plus limité que celui de l'enquête par la commissaire et il se peut que la commissaire prenne en compte des considérations que ne pourra prendre en compte le juge. Aussi, suis-je d'accord avec la décision du juge Nadon, alors juge en première instance, dans *Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale)* (2001), 201 F.T.R. 41 (C.F. 1^{re} inst.), qui avait conclu, après avoir accepté en preuve le rapport de la commissaire, que (au paragraphe 40):

La conclusion qu'il y a eu un manquement à la Loi dans un cas donné doit être établie par le juge, après qu'il a entendu et soupesé la preuve présentée par les deux parties.

Je note que dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, le juge Gonthier avait souligné que la commissaire aux langues officielles détenait «un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman» (paragraphe 37), qu'elle utilise une «approche qui [la] distingue d'une cour de justice» et qu'elle a «pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle» (paragraphe 38).

La portée du recours prévu au paragraphe 77(1) de la Loi et le caractère déclaratoire ou exécutoire de l'article 41 de la partie VII

[22] L'intimé et les intervenantes soutiennent que l'article 41 de la Loi, en vertu duquel «le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des

English and French linguistic minority communities in Canada”, gives the members of these minorities rights that are enforceable by the courts and that these rights, which are found, they say, in Part VII of the Act, are reviewable under subsection 77(1) even if they are not expressly referred to therein.

[23] I will deal first with the scope of subsection 77(1).

[24] In *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), this Court held that a complaint filed pursuant to section 20 of the Act, which is found in Part III, was admissible not under subsection 77(1) of the Act, since it is not mentioned in Part III, but under subsection 77(5), which preserves “any right of action a person might have”. The respondent and the interveners are basically asking us to reconsider the decision handed down in *Devinat*. But *Devinat*, in my opinion, was correctly decided.

[25] The language of subsection 77(1) is clear and explicit. Parliament intended that only those complaints in respect of a right or duty under certain sections or parts of the Act could be the subject-matter of the remedy under Part X. The suggestion by counsel for the Commissioner that a complaint need only be filed under some sections or parts of the Act listed in subsection 77(1) in order to set in motion a proceeding by the complainant in respect of any provision whatsoever of the Act cannot be adopted. Not only would Parliament have been using meaningless words when it went to the trouble to list certain sections and parts of the Act in subsection 77(1), but also, and perhaps above all, this list is completely compatible with Parliament’s intention, clearly expressed elsewhere in the Act, to ensure that not every section or every part of the Act should enjoy the same status or the same protection in the courts.

[26] Subsection 82(1) is particularly revealing in this regard, since it establishes the paramountcy of certain parts only of the Act over any other Act of Parliament, and Part VII is not one of those parts. Moreover, political accountability varies according to the parts of the Act that are at issue; the Treasury Board, for

minorités francophones et anglophones du Canada», confère aux membres de ces minorités des droits susceptibles d’être sanctionnés par les tribunaux et que ces droits qui se trouveraient dans la partie VII de la Loi donnent ouverture au recours prévu au paragraphe 77(1) même s’il n’y sont pas expressément mentionnés.

[23] Je traiterai d’abord de la portée du paragraphe 77(1).

[24] Cette Cour, dans *Devinat c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), a jugé qu’une plainte déposée en vertu de l’article 20 de la Loi, qui se trouve dans la partie III, était recevable, non pas en raison du paragraphe 77(1) de la Loi puisqu’il n’y est pas fait mention de la partie III, mais en raison du paragraphe 77(5) qui préserve tout «autre droit d’action». L’intimé et les intervenantes nous demandent au fond de remettre en question la décision rendue dans *Devinat*. Or *Devinat*, à mon avis, est bien fondé.

[25] Le texte du paragraphe 77(1) est clair et explicite. Le législateur a voulu que seules les plaintes visant une obligation ou un droit prévus à certains articles ou dans certaines parties de la Loi puissent faire l’objet du recours prévu dans la partie X. La suggestion de la procureure de la commissaire à l’effet qu’il suffit qu’une plainte soit déposée en vertu des articles ou des parties de la Loi énumérés au paragraphe 77(1), pour que puisse être enclenché par le plaignant un recours visant quelque article de la Loi que ce soit, ne saurait être retenue. Non seulement le législateur aurait-il parlé pour ne rien dire en prenant le soin d’énumérer certains articles et parties de la Loi au paragraphe 77(1), mais aussi, et peut-être surtout, cette énumération est-elle tout à fait compatible avec l’intention du législateur clairement exprimée ailleurs dans la Loi de ne pas assurer à chaque article ou à chaque partie de la Loi le même statut non plus que la même protection devant les tribunaux.

[26] Le paragraphe 82(1) est particulièrement révélateur à cet égard, puisqu’il établit la primauté de certaines parties seulement de la Loi sur toute autre loi, et la partie VII n’est pas de celles-là. Par ailleurs, l’imputabilité politique varie selon les parties de la Loi qui sont en cause, le Conseil du Trésor, par exemple,

example, is responsible for the application of Parts IV, V and VI (see section 46) and the Minister of Canadian Heritage is responsible for the application of Part VII (see sections 42, 43 and 44 [as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 29]). Under section 31, in the event of any inconsistency between Part IV and Part V, Part IV prevails to the extent of the inconsistency. Finally, section 91 of the Act provides that in particular staffing action, Parts IV and V of the Act do not apply in certain ways.

[27] This asymmetry of the Act is easily explained when we note that it deals not only with policies and commitments but also with rights and duties. Subsection 77(1) is itself highly instructive in this regard, as it specifies that the complaints it covers are addressed not to the sections or parts of the Act in themselves, but to “a right or duty under” particular sections or parts. Parliament has thus spoken with great care, so as to ensure that only those disputes in respect of particular rights or duties may be taken before the Court. This prudence is especially warranted in that the remedial authority conferred by subsection 77(4) is exceptional in scope and it is readily understandable that Parliament did not intend to give the courts the power to interfere in the area of policies and commitments that is not usually within their jurisdiction.

[28] I thereby conclude that the remedy under section 77 is limited to complaints based on the sections and parts listed in subsection 77(1).

[29] This leads me to address the other argument advanced by the respondent and the interveners, that section 41 creates a right or a duty that is enforceable by the courts, in which case, absent the remedy under subsection 77(1) and through the operation of subsection 77(5) as interpreted by *Devinat*, *supra*, an application for judicial review could be brought under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[30] First, a word on *Devinat*. The section in dispute was section 20 of the Act, which imposes (“shall” in English, the present tense in French) the duty to publish a bilingual version of “[a]ny final decision, order or

étant responsable de l’application des parties IV, V et VI (voir l’article 46) et le ministre du Patrimoine canadien, de l’application de la partie VII (voir les articles 42, 43 et 44 [mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 29]). Selon l’article 31, les dispositions de la partie IV l’emportent sur les dispositions incompatibles de la partie V. Enfin, l’article 91 de la Loi précise qu’en matière de dotation en personnel, les parties IV et V de la Loi ne produisent pas certains effets.

[27] Cette asymétrie de la Loi s’explique aisément quand on constate qu’elle traite aussi bien de politiques et d’engagements, que de droits et d’obligations. Le paragraphe 77(1) est lui-même des plus instructif à cet égard puisqu’il précise que les plaintes dont il traite visent non pas des articles ou des parties de la Loi en eux-mêmes, mais «une obligation ou un droit prévus» aux dits articles ou aux dites parties. Le législateur s’est donc exprimé avec beaucoup de prudence, de manière à ce que ne puissent être portés devant la Cour que ces litiges visant des obligations ou des droits. Cette prudence est d’autant plus justifiée que le pouvoir de réparation que confère le paragraphe 77(4) est d’une ampleur exceptionnelle et qu’on comprend aisément que le Parlement n’ait pas voulu permettre aux tribunaux de s’ingérer dans le domaine de politiques et d’engagements qui n’est habituellement pas de leur ressort.

[28] J’en arrive ainsi à la conclusion que le recours prévu à l’article 77 est limité aux plaintes fondées sur les articles et parties énumérées au paragraphe 77(1).

[29] Ce qui m’amène à traiter de l’autre argument avancé par l’intimé et les intervenantes, à savoir que l’article 41 créerait un droit ou une obligation susceptible d’être sanctionné par les tribunaux, auquel cas, à défaut du recours prévu au paragraphe 77(1) et de par le jeu du paragraphe 77(5) tel qu’interprété par *Devinat*, précité, une demande de contrôle judiciaire pourrait être instituée en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[30] Un mot d’abord sur *Devinat*. L’article en litige était l’article 20 de la Loi, qui impose («shall» en anglais, le temps présent en français) l’obligation de publier une version bilingue «des décisions définitives—

judgment, including any reasons given therefor, issued by any federal court". Since there was no doubt about the existence of a duty, the problem lay in whether there was a remedy. Section 41 does not contain any analogous language.

[31] Second, a word about the fact that in this case the proceeding undertaken by the respondent was a remedy under subsection 77(4) and not an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, and the fact that in any case the proceeding was based only on Part IV of the Act and sought no remedy other than under Part IV. That, in principle, should suffice to dispose of this part of the litigation, as the Judge was not dealing with an application for judicial review or an application based on Part VII of the Act.

[32] However, counsel informed us at the hearing that in the Federal Court submissions were also made in relation to Part VII of the Act. Since the Judge appears to have agreed, rightly or wrongly, to deal with a part of the application that he had before him that was addressed to Part IV of the Act as an application for judicial review in reference to a breach of Part VII of the Act, it is incumbent on me, I think, to do so as well. Having said that, it goes without saying that if this part of the application, which is supposedly an application for judicial review, were to be given leave and allowed—as it was by the Judge—the remedy that the Court might grant would not be the one provided for in subsection 77(4) of the Act, but the more limited one provided for in section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[33] Section 41 of the Act refers to a commitment by the federal government (“s’engage” in French) that reproduces for all intents and purposes the seventh whereas in the preamble to the Act. The preamble, according to section 13 of the *Interpretation Act*, R.S.C., c. I-21, “shall be read as a part of the enactment intended to assist in explaining its purport and object” (“fait partie du texte et en constitue les motifs”). Section 41 likewise echoes, albeit not in identical language, the purpose defined in paragraph 2(b) of the Act.

[34] Section 42 assigns to the Minister of Canadian Heritage the responsibility of encouraging and promoting

exposé des motifs compris—des tribunaux fédéraux». L’existence d’une obligation ne faisait aucun doute, c’était l’existence d’un recours qui créait problème. L’article 41 ne contient pas de termes analogues.

[31] Un mot, ensuite, sur le fait qu’en l’espèce le recours entrepris par l’intimé était un recours en vertu du paragraphe 77(4) et non une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, et sur le fait que de toute manière le recours entrepris ne s’appuyait que sur la partie IV de la Loi et ne recherchait de remède qu’en fonction de la partie IV. Cela suffirait, en principe, pour disposer de cette partie du litige, le juge n’étant saisi ni d’une demande de contrôle judiciaire ni saisi d’une demande fondée sur la partie VII de la Loi.

[32] Cependant, les procureurs nous ont informés à l’audience qu’en Cour fédérale le débat s’était également engagé sur la partie VII de la Loi. Comme le juge semble avoir accepté, à tort ou à raison, de traiter une partie de la demande qu’il avait devant lui et qui visait la partie IV de la Loi comme une demande de contrôle judiciaire visant un manquement à la partie VII de la Loi, il m’incombe, je pense, d’en faire autant. Cela dit, il va de soi que si cette partie de la demande qui constituerait une demande de contrôle judiciaire devait être permise puis accueillie—comme elle l’a été par le juge—le remède que la Cour pourrait accorder ne serait pas celui prévu au paragraphe 77(4) de la Loi, mais celui, plus restreint, prévu au paragraphe 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[33] L’article 41 de la Loi fait état d’un «engagement» du gouvernement fédéral («committed» dans le texte anglais) qui reprend à toutes fins utiles le septième attendu du préambule de la Loi. Le préambule, selon l’article 13 de la *Loi d’interprétation* (L.R.C. (1985), ch. I-21), «fait partie du texte et en constitue les motifs» («shall be read as a part of the enactment intended to assist in explaining its purport and object»). L’article 41 fait aussi écho, encore qu’en des termes non identiques, à l’objet défini à l’alinéa 2b) de la Loi.

[34] L’article 42 confie au ministre du Patrimoine canadien la responsabilité de susciter et d’encourager «la

“a coordinated approach to the implementation by federal institutions of the commitments set out in section 41”. Paragraph 43(1)(a) gives the same Minister the responsibility to “take such measures as that Minister considers appropriate” to “enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and support and assist their development”.

[35] The obligations—as we see by the use of the word “shall” in the English text—are found therefore in sections 42 and 43; they are not found in section 41. And they are as general and vague as can be and are ill-adapted to the exercise of the judicial power.

[36] It is also interesting to note that section 41, like the seventh whereas and like the purpose defined in paragraph 2(b) of the Act, uses terms that do not evoke the notion of a legal obligation, in contrast to those used in other sections, in the purpose defined in paragraph 2(a) (“ensure”, “*assurer*” in French) and in other whereases. And in so far as one can draw on a marginal note to interpret a statute (see *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002, at pages 309-311), I note that the marginal note accompanying the English text of section 41 reads “Government policy”.

[37] It should also be noted that when the sections or parts of the Act mentioned in subsection 77(1) or 82(1) refer to specific records, instruments or activities that are identified or identifiable (parliamentary debates, legislative instruments, court decisions, provision of services, language of work or staffing), the sections and parts that are not mentioned in those subsections (such as Part VI, “Participation of English-speaking and French-speaking Canadians”) and Part VII (“Advancement of English and French”) are addressed instead to long-term objectives the achievement of which depends on the existence of a political will.

[38] In short, the respondent and the interveners are asking that the Court amend section 41 of the Act and make mandatory what, on its face, is simply a policy commitment, and that the Court add to subsection 77(1) and section 82 the words “Part VII”. This would do

coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales de cet engagement». L’alinéa 43(1)a) confie à ce même ministre la responsabilité de prendre «les mesures qu’il estime indiquées» pour «favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement».

[35] Les obligations—on le voit par l’emploi du mot «*shall*» dans le texte anglais—se retrouvent donc aux articles 42 et 43; elles ne se retrouvent pas à l’article 41. Elles sont par ailleurs des plus générales et vagues et se prêtent mal à l’exercice du pouvoir judiciaire.

[36] Il est aussi intéressant de noter que l’article 41, tout comme le septième attendu et tout comme l’objet défini à l’alinéa 2b) de la Loi, utilise des termes qui n’évoquent pas la notion d’une obligation légale, contrairement à ceux utilisés dans d’autres articles, dans l’objet défini à l’alinéa 2a) («*assurer*», «*ensure*» dans le texte anglais) et dans d’autres attendus. Et dans la mesure où il est permis de s’inspirer d’une note marginale pour interpréter une loi (voir *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham: Butterworths, 2002, aux pages 309 à 311), je constate que la note marginale qui accompagne le texte anglais de l’article 41 se lit «*Government policy*».

[37] Il faut de plus constater qu’alors que les articles ou parties de la Loi mentionnés aux paragraphes 77(1) ou 82(1) visent des documents, des actes ou des activités précises, identifiés ou identifiables (les débats parlementaires, les actes législatifs, les décisions des tribunaux, la prestation de services, la langue de travail ou la dotation en personnel), les articles et parties non mentionnés aux dits paragraphes (telles la partie VI, «Participation des canadiens d’expression française et d’expression anglaise», et la partie VII, «Promotion du français et de l’anglais») visent plutôt des objectifs à long terme dont la réalisation dépend de l’existence d’une volonté politique.

[38] Bref, l’intimé et les intervenantes voudraient que la Cour modifie l’article 41 de la Loi et rende mandatoire ce qui, à sa face même, n’est qu’un engagement politique et que la Cour ajoute au paragraphe 77(1) et à l’article 82 les mots «partie VII». Ce serait là faire violence non

violence not only to the text of the Act but also to the express and implied intention of Parliament to exclude these areas from judicial intervention.

[39] It is true that the protection of language rights constitutes a fundamental constitutional objective and requires particular vigilance on the part of the courts, and that the courts must generously construe the texts that confer these rights, but it is also necessary that these be rights to protect and not policies to define. The respondent and the interveners rely on numerous judgments of the Supreme Court of Canada (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217) and of this Court (*Devinat, supra*, at paragraph 24); *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), and of the Ontario Court of Appeal (*Lalonde v. Ontario (Health Services Restructuring Commission)* (2001), 56 O.R. (3d) 505), to persuade us of the merits of the interpretation they propose of the *Official Languages Act*.

[40] However, it is not because a statute is characterized as quasi-constitutional that the courts must make it say what it does not say, especially when the statute, as in this case, has been careful not to say it. As Mr. Justice Gonthier notes, in paragraph 25 of his reasons in *Lavigne, supra*:

The *Official Languages Act* and the *Privacy Act* are closely linked to the values and rights set out in the Constitution, and this explains the quasi-constitutional status that this Court has recognized them as having. However, that status does not operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation, defined by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

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

The quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* is one indicator to be considered in interpreting them, but it is not conclusive in itself. The only effect of this Court's use of the expression "quasi-constitutional" to describe these two Acts is to recognize their

seulement au texte de la Loi mais aussi à l'intention explicite et implicite du Parlement d'exclure ces champs de l'intervention judiciaire.

[39] Il est vrai que la protection des droits linguistiques constitue un objectif constitutionnel fondamental et requiert une vigilance particulière de la part des tribunaux et que ces derniers doivent interpréter avec générosité les textes qui confèrent ces droits, mais encore faut-il qu'il s'agisse de droits à protéger et non de politiques à définir. L'intimé et les intervenantes s'appuient sur de nombreux arrêts de la Cour suprême du Canada (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217) et de cette Cour (*Devinat, supra*, au paragraphe 24); *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), ainsi que de la Cour d'appel de l'Ontario (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577), pour nous convaincre du bien-fondé de l'interprétation qu'ils proposent de la *Loi sur les langues officielles*.

[40] Cependant, ce n'est pas parce qu'une loi est qualifiée de quasi-constitutionnelle que les tribunaux doivent lui faire dire ce qu'elle ne dit pas, surtout lorsque la loi, comme en l'espèce, a pris bien soin de ne pas le dire. Ainsi que le souligne le juge Gonthier, au paragraphe 25 de ses motifs dans *Lavigne*, précité:

La *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont étroitement liées aux valeurs et aux droits prévus par la Constitution, ce qui explique leur statut quasi-constitutionnel reconnu par cette Cour. Ce statut n'a toutefois pas pour effet de modifier l'approche traditionnelle d'interprétation des lois, définie par E.A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87:

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

Le statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un indicateur à considérer dans leur interprétation, mais n'est pas déterminant en soi. L'utilisation par notre Cour de l'expression «quasi-constitutionnel» pour

special purpose. [Underlining added.]

[41] Furthermore, when Mr. Justice Bastarache held, in *Beaulac, supra*, that (at paragraph 25):

Language rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada. . . . [Undelining in original.]

he was dealing with language rights recognized at a given time in a statute (at paragraph 24):

I agree that the existence of a political compromise is without consequence with regard to the scope of language rights. The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the Official Languages Act has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe, supra*, at p. 365. It also means that the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. [Underlining added.]

[42] Bastarache J., in *Beaulac, supra*, drew a parallel between subsection 16(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], which reads:

16. . . .

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

and section 2 of the *Official Languages Act*. He had said earlier, in paragraph 24, that subsection 16(3) of the

décrire ces deux lois n'a pour effet que de reconnaître leur objet particulier. [Mon soulignement.]

[41] D'ailleurs, lorsque le juge Bastarache a établi, dans *Beaulac*, précité, que (au paragraphe 25):

Les droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada [. . .] [Soulignement dans l'original.]

il traitait des droits linguistiques reconnus à un moment donné dans une loi (au paragraphe 24):

Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la Loi sur les langues officielles a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Hait c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. [Mon soulignement.]

[42] Le juge Bastarache, dans *Beaulac*, précité, a ainsi établi un parallèle entre le paragraphe 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui se lit:

16. [. . .]

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français ou de l'anglais.

et l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles*. Il avait dit, plus tôt au paragraphe 24, que le paragraphe 16(3) de

Charter had “formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada”. But the following comments made by the Ontario Court of Appeal in *Lalonde, supra*, at paragraph 92 in relation to subsection 16(3) of the Charter appear to me to be particularly relevant:

Section 16(3) builds on the principle established in *Jones v. New Brunswick (Attorney General)* (1974), [1975] 2 S.C.R. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 that the Constitution’s language guarantees are a “floor” and not a “ceiling” and reflects an aspirational element of advancement toward substantive equality. The aspirational element of s. 16(3) is not without significance when it comes to interpreting legislation. However, it seems to us undeniable that the effect of this provision is to protect, not constitutionalize, measures to advance linguistic equality. The operative legal effect of s. 16(3) is determined and limited by its opening words: “Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature”. Section 16(3) is not a rights-conferring provision. It is, rather, a provision designed to shield from attack government action that would otherwise contravene s. 15 or exceed legislative authority. See André Tremblay and Michel Bastarache, “Language Rights” in Gérald-A. Beaudoin & Ed Ratushny eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1989) at p. 675:

What was actually desired with this provision [s. 16(3)] was to assure that the power to provide a privileged status for French and English in a statute could not be challenged by virtue of the rights forbidding discrimination contained in section 15 of the Charter. Section 16(3) could thus prevent the measures designed to promote equal access to both official languages from being struck down. [Underlining added.]

[43] Power and Braën (“The Enforcement of Language Rights” in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Que): Éditions Yvon Blais, 2003), in chapter 7, page 585, agree wholeheartedly:

Part VII concerns the “advancement” of both official languages and spells out the federal government’s commitment to enhancing the vitality, supporting and assisting the development of, and fostering the full recognition of both languages. A ministerial accountability framework has been established for the implementation of section 41 and 42 of Part VII. The fact that this commitment is not explicitly executory or justiciable, for instance under section 77, has been decried

la Charte avait «officialisé la notion de progression vers l’égalité des langues officielles du Canada». Or les commentaires suivants émis par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Lalonde*, précité, au paragraphe 92, relativement au paragraphe 16(3) de la Charte m’apparaissent particulièrement pertinents:

Le paragraphe 16(3) repose sur le principe établi dans *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* (1974), [1975] 2 R.C.S. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 selon lequel la Constitution garantit un «plancher» et non un «plafond»; il traduit l’aspiration d’une recherche de l’égalité concrète. Cette aspiration exprimée par le par. 16(3) revêt de l’importance pour interpréter la loi. Il nous semble cependant indéniable que l’effet de cette disposition est de protéger, et non pas de constitutionnaliser, les mesures prises pour faire avancer l’égalité linguistique. La portée juridique effective du par. 16(3) en est déterminée et limitée par les premiers mots: «La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures». Le paragraphe 16(3) n’est pas attributif de droit. Il s’agit plutôt d’une disposition destinée à prévenir toute contestation d’une action gouvernementale qui sinon contreviendrait à l’art. 15 ou outrepasserait les pouvoirs législatifs d’un palier de gouvernement. Voir André Tremblay et Michel Bastarache, «Les droits linguistiques», dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dirs., *Charte canadienne des droits et libertés: commentaire*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1989), à la p. 746:

Par cette disposition, on a vraisemblablement voulu s’assurer que le pouvoir de privilégier le français et l’anglais dans la législation ne puisse être contesté en vertu des normes anti-discriminatoires contenues à l’article 15 de la *Charte*. Le paragraphe 16(3) pourrait ainsi prévenir l’invalidation de mesures d’accès à l’égalité des langues officielles. [Mon soulignement.]

[43] Power et Braën («The Enforcement of Language Rights», dans Michel Bastarache, dir., *Language Rights in Canada*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 2003), au chapitre 7, page 585, abondent dans le même sens:

La partie VII concerne la promotion des deux langues officielles et expose en détail l’engagement du gouvernement fédéral à favoriser l’épanouissement des deux langues et à appuyer leur développement ainsi qu’à promouvoir leur pleine reconnaissance. Un cadre de responsabilité ministérielle a été établi quant à la mise en oeuvre des articles 41 et 42 de la partie VII. Le fait que cet engagement ne soit pas expressément exécutoire, par exemple en vertu de l’article 77, a été dénoncé

by official language minorities throughout Canada and has been the subject of considerable debate. [Footnotes omitted.]

as do Henri Brun and Guy Tremblay in *Droit constitutionnel*, 4th ed. at Cowansville (Que.): Yvon Blais, 2002 (pages 859-860):

[TRANSLATION] Of course, many provisions of the new [Official Languages] Act are formulated in programmatic terms, confer discretionary powers on federal authorities or condition rights on governmental regulation. . . . But the Act is executory for those cases in which its Part X provides a remedy in the Trial Division of the Federal Court. . . .

The current provisions [including Part VII] are hard to attack because they are not restrictive by themselves. . . . [Underlining added.]

[44] Were we to adopt the interpretation of section 41 of the *Official Languages Act* proposed by the respondent and the interveners, it would in my opinion amount to defying the clearly expressed intention of Parliament and recognizing rights that not only has Parliament not recognized but that it has furthermore been careful not to recognize. The debate over section 41 must be conducted in Parliament, not in the courts. And that is the path that has been taken, so far without success, by Senator Jean-Robert Gauthier, one of the most fervent defenders of language rights in Canada. Senator Gauthier has tried again and again over the last three years to have section 41 amended to make it executory. His most recent attempt was made last March 11, when he proposed in these words the adoption on third reading of Bill S-4, *Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French)* (*Debates of the Senate*, 3rd Session, 37th Parliament, vol. 141, Issue 20, March 11, 2004, at page 541):

At the present time, there are no regulations governing Part VII of the Official Languages Act. Consequently, there are none for section 41. Having legislation without regulations is like having a watchdog with no teeth, or such a tiny one that no one could take it seriously. The law must be enforceable, and of course must therefore have regulations. As well, the Commissioner of Official Languages must be able to intervene in any proceedings relating to Part VII, and this is also not allowed under subsection 77(1). She cannot help us, and the communities cannot go to court, because section 41 is not enforceable. The Commissioner of Official Languages is

par des minorités de langue officielle partout au Canada et a suscité de nombreux débats. [Notes en bas de page omises.]

tout comme Henri Brun et Guy Tremblay dans *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville (Qué): Éditions Yvon Blais, 2002 (aux pages 859 et 860):

Certes, plusieurs dispositions de la nouvelle Loi (sur les langues officielles) sont libellées en termes programmatiques, confèrent des pouvoirs discrétionnaires aux autorités fédérales ou conditionnent les droits à une réglementation gouvernementale [. . .] Mais la Loi est exécutoire pour les cas où sa partie X prévoit un recours devant la Section de première instance de la Cour fédérale [. . .]

Les dispositions en cours [dont la partie VII] sont difficilement attaquables parce qu'elles ne sont pas contraignantes par elles-mêmes [. . .] [Mon soulignement.]

[44] Nous rallier à l'interprétation que proposent l'intimé et les intervenantes relativement à l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles* équivaudrait, à mon avis, à faire fi de l'intention clairement exprimée par le législateur et à reconnaître des droits que non seulement le Parlement n'a pas reconnus mais qu'il a de plus pris soin de ne pas reconnaître. C'est au Parlement que le débat relatif à l'article 41 doit se faire, pas devant les tribunaux. C'est d'ailleurs la voie qu'a suivie, en vain jusqu'à ce jour, le sénateur Jean-Robert Gauthier, un des plus ardents défenseurs des droits linguistiques au Canada. Ce dernier est revenu à la charge à plusieurs reprises, au cours des trois dernières années, pour faire modifier l'article 41 et le rendre exécutoire. Sa dernière tentative remonte au 11 mars dernier, lorsqu'il proposait en ces termes l'adoption en troisième lecture du projet de loi S-4, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* (*Débats du Sénat*), 3^e session, 37^e Législature, vol. 141, n^o 20, 11 mars 2004 à la page 541):

Présentement, aucun règlement ne régit la partie VII de la Loi sur les langues officielles. Par conséquent, il n'y en a aucun pour l'article 41. Une loi sans règlement est un chien de garde qui n'a pas de dents ou un chien de poche, comme on disait autrefois. Il faut donner à la loi un pouvoir exécutoire accompagné, bien sûr, de règlements. De plus, il faut permettre à la commissaire aux langues officielles d'intervenir dans tout recours aux termes de la partie VII, ce qui lui est défendu également en vertu de l'article 77(1). Elle ne peut pas nous aider et les communautés ne peuvent pas aller devant les tribunaux, parce que l'article 41 n'est pas judiciaire. La

therefore shunted aside, not because she wants to be, since she is the one who has recommended that we put some teeth into the act so that she can help us. And that is what I have done.

[45] The Senate eventually did adopt this bill, on March 11, 2004, but Parliament was dissolved before it was submitted to the House of Commons.

[46] My reading of the Act thus leads me to the conclusion that section 41 is declaratory of a commitment and that it does not create any right or duty that could at this point be enforced by the courts, by any procedure whatsoever.

Part IV of the Act (Communications with and Services to the Public)

[47] This Part is one that can be the source of a remedy exercised under subsection 77(1) of the Act. The grounds cited in the application explicitly alluded to it and the primary purpose of the application was implicitly related to it.

[48] The right involved, in this Part IV, is that of the public “to communicate with and to receive available services from federal institutions in accordance with this Part” (section 21). This right of the public prevails, under section 31, over the right conferred by Part V “Language of Work” to officers of federal institutions to work in either of the two official languages.

[49] It is common ground in this case that the Forum has not based its application on a violation of Part V (see paragraph 20 of the reasons for judgment of the Federal Court). The persons whose positions were transferred to Shédiac did not file a complaint, nor are they parties to these proceedings, which in my opinion complicates the nature of the relief that may be granted if the Forum’s complaint under Part IV is considered justified. Indeed, I am not persuaded that a group such as the Forum, in the context of a complaint that is not addressed to Part V and does not implicate the incumbents of the positions concerned, can claim on behalf of the latter the right to be reinstated in their position. Moreover, the Judge did not grant this part of the requested relief; he did indeed set aside the Agency’s decision to transfer the positions,

commissaire aux langues officielles est donc écartée, et non de sa volonté propre, car c’est elle-même qui a recommandé que nous donnions du mordant à la loi afin qu’elle puisse nous aider. C’est ce que j’ai fait.

[45] Le Sénat devait éventuellement adopter ce projet de loi le 11 mars 2004, mais le Parlement a été dissous avant qu’il ne soit soumis à la Chambre des communes.

[46] Ma lecture de la Loi m’amène ainsi à la conclusion que l’article 41 est déclaratoire d’un engagement et qu’il ne crée pas de droit ou d’obligation susceptible en ce moment d’être sanctionné par les tribunaux, par quelque procédure que ce soit.

La partie IV de la Loi (Communication avec le public et prestation des services)

[47] Cette partie est de celles qui peut être à la source d’un recours exercé en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi. Les moyens invoqués dans la demande y faisaient d’ailleurs expressément allusion, et le premier objet de la demande y était implicitement relié.

[48] Le droit dont il s’agit, dans cette partie IV, est celui du public «de communiquer avec les institutions fédérales et d’en recevoir les services conformément à la présente partie» (article 21). Ce droit du public l’emporte, selon l’article 31, sur le droit conféré par la partie V «Langue de travail» aux agents des institutions fédérales de travailler dans l’une ou l’autre des deux langues officielles.

[49] Il est acquis, en l’espèce, que le Forum n’a pas fondé sa demande sur une violation de la partie V (voir paragraphe 20 des motifs du jugement de la Cour fédérale). Les personnes dont les postes ont été transférés à Shédiac n’ont pas porté plainte et elles ne sont pas non plus parties aux présentes procédures, ce qui complique à mon avis la nature du redressement qui peut être accordé si la plainte du Forum en vertu de la partie IV est jugée bien-fondée. Je ne suis pas convaincu, en effet, qu’un groupe tel le Forum, dans le cadre d’une plainte que ne vise pas la partie V et qui ne met pas en cause les titulaires des postes concernés, puisse revendiquer au nom de ces derniers le droit de réintégrer leur poste. Le juge, d’ailleurs, n’a pas accordé cette partie du redressement demandé; il a certes annulé la décision de

but the relief he ordered in this regard is the restoration of the positions, not the reinstatement of their incumbents. The Forum did not file any cross-appeal and did not revisit this question in the memorandum it filed with us. I am therefore assuming that the reinstatement of the incumbents in the positions they held at Shippagan is no longer a remedy that is sought in this appeal.

[50] A reading of the first Report of the Commissioner illustrates how difficult it is, in the examination of the complaint, to dissociate the executory provisions of Part IV from the declaratory provisions of section 41 in Part VII. The Commissioner, of course, need not concern herself to any great extent with these distinctions since it is a report accompanied by recommendations that she produces and not an order accompanied by remedies. It is quite otherwise for the Federal Court, whose examination must bear on the breach of the executory provisions of the Act. The Judge in this case made numerous comments on the obligations that in his view were entailed by Part VII, and as a result his ultimate order is somewhat confused.

[51] Once situated solely in the context of the breach of a duty imposed by Part IV of the Act, the issue is considerably simplified. The Commissioner's conclusion in this regard is that the Agency breached its obligation in two ways: by failing to consult the Francophone communities and by cutting back expenditures in a way that led to some deficiencies in the provision of certain services in French. The Commissioner explains in her report that it is not her job to become involved "in administrative decision-making" or "the location of Agency offices and staffing levels" in the province, which explains that her only recommendation in respect of Part IV of the Act is that the Agency "review the delivery of inspection services in the Acadian peninsula to ensure that they are offered and made available in both official languages".

[52] Like the Commissioner and the Judge, I think it is possible to conclude, from the evidence, that the Agency reduced its services at Shippagan without

l'Agence de transférer les postes, mais la réparation qu'il a ordonnée à cet égard est le rétablissement des postes, pas la réintégration de leurs titulaires. Le Forum n'a pas déposé d'appel incident et n'est pas revenu sur cette question dans le mémoire qu'il a déposé devant nous. Je tiendrai donc pour acquis que la réintégration des titulaires dans les postes qu'ils occupaient à Shippagan n'est plus une réparation recherchée dans le présent appel.

[50] La lecture du premier Rapport de la commissaire illustre à quel point il est difficile, dans l'examen de la plainte, de dissocier les dispositions, exécutoires, de la partie IV et celles, déclaratoires, de l'article 41, à la partie VII. La commissaire, bien sûr, n'a pas à se préoccuper outre mesure de ces distinctions puisque c'est un rapport assorti de recommandations qu'elle produit, et non une ordonnance assortie de réparations. Il en va tout autrement pour la Cour fédérale, dont l'examen doit porter sur le manquement aux dispositions exécutoires de la Loi. Or, le juge, ici, y est allé de nombreux commentaires sur les obligations qui découlaient selon lui de la partie VII, ce qui a eu pour effet de rendre son ordonnance ultime quelque peu confuse.

[51] Le débat, une fois situé dans le seul contexte du manquement à une obligation imposée par la partie IV de la Loi, se simplifie considérablement. La conclusion de la commissaire, à cet égard, est que l'Agence a manqué à son obligation de deux manières: en ne consultant pas la population francophone et en procédant à un exercice de compression budgétaire qui a mené à des lacunes dans la dispensation de certains services en français. La commissaire précise dans son rapport qu'il ne lui appartient pas de s'immiscer «sur le terrain de la prise de décisions administratives» et de se mêler de «la répartition des bureaux et des effectifs de l'Agence» dans la province, ce qui explique que sa seule recommandation, eu égard à la partie IV de la Loi, est que l'Agence «revoie la prestation des services d'inspection dans la péninsule acadienne de telle sorte qu'ils soient offerts et disponibles dans les deux langues officielles».

[52] À l'instar de la commissaire et du juge, j'estime qu'il est permis de conclure, vu la preuve au dossier, que l'Agence a réduit ses services à Shippagan sans se

concerning itself with the effect of this reduction on the right of the Francophone minority to receive these services in French and that the effect of the reduction in the services was to infringe the right that section 21 of the Act gives that minority. It is clear, in my view, that at the time the complaint was filed, it was justified.

[53] What the Agency is really disputing, and this is what its memorandum indicates, is not the merits of the complaint at the time it was filed, in October 1999, but the choice of relief ordered by the Judge in September 2003. As the Agency puts it, the evidence before the Court at the time when the case was reserved in June 2003 established that the deficiencies that existed at the time of the complaint had been corrected. And this leads the Agency to conclude that no relief is necessary and that the object of the application is now moot. On this point, the Agency is mistaken about the role of the Judge who hears an application based on section 77 of the *Official Languages Act*. That role is to decide whether the complaint was justified at the time it was filed, not whether it is justified at the time of the trial. If the Judge decides that the complaint was justified at the time it was filed, he must allow the application and then strive to define “such remedy as [the Court] considers appropriate and just in the circumstances” (subsection 77(4)). Needless to say, if the alleged deficiencies have all been remedied at the time of the trial, and if the complaint is then no longer justified, the Judge may choose not to order any relief, except for example in the form of costs.

[54] It follows that the Judge was right to allow the application, since he was of the opinion that the complaint was justified at the time it had been filed, and that the appeal should be dismissed in so far as the appellant was asking that the Judge’s order be quashed in its totality.

[55] However, what about the relief that was granted?

The relief granted

[56] Under subsection 77(4) of the Act, the Court has very wide latitude as to the choice of the remedy “it considers appropriate and just in the circumstances”. The

préoccuper de l’effet de cette réduction sur le droit de la minorité francophone de recevoir ces services en français et que la réduction des services a eu comme effet de porter atteinte au droit que l’article 21 de la Loi reconnaît à cette minorité. Il est clair, selon moi, qu’au moment où la plainte a été déposée, celle-ci était bien fondée.

[53] Ce que l’Agence conteste, véritablement, et c’est ce qui ressort de son mémoire, n’est pas le bien-fondé de la plainte au moment où elle a été déposée, en octobre 1999, mais le choix de la réparation ordonnée par le juge en septembre 2003. Aux dires de l’Agence, la preuve devant la Cour, au moment où l’affaire a été mise en délibéré en juin 2003, établissait que les carences qui existaient au moment de la plainte avaient été corrigées. Ce qui amène l’Agence à conclure qu’aucune réparation n’est nécessaire et que l’objet de la demande est devenu théorique. L’Agence, sur ce point, se méprend sur le rôle du juge qui entend une demande fondée sur l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*. Ce rôle est de décider si la plainte était fondée au moment où elle a été déposée, pas si elle est fondée au moment du procès. Si le juge décide que la plainte était bien fondée au moment où elle a été déposée, il doit accueillir la demande et alors s’employer à définir «la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances» (paragraphe 77(4)). Il va de soi que si les carences reprochées ont toutes été corrigées au moment du procès, et si la plainte n’est alors plus justifiée, le juge pourra choisir de n’ordonner aucune réparation, si ce n’est, par exemple, que sous forme de dépens.

[54] Il s’ensuit que le juge a eu raison d’accueillir la demande puisqu’il était d’avis que la plainte était fondée au moment où elle avait été déposée et que l’appel devrait être rejeté dans la mesure où l’appelant demandait que l’ordonnance du juge soit cassée dans sa totalité.

[55] Qu’en est-il, cependant, de la réparation accordée?

La réparation accordée

[56] En vertu du paragraphe 77(4) de la Loi, la Cour dispose d’une très grande latitude en ce qui a trait au choix de la réparation qu’elle «estime convenable et juste

language of this subsection is identical to the language in section 23 of the Charter, so it would be useful to quote what Iacobucci and Arbour JJ. said about section 23 in *Doucet-Boudreau*, *supra*, at paragraph 25:

. . . a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies. [Emphasis in original.]

[57] Iacobucci and Arbour JJ. then sought to define the expression “appropriate and just in the circumstances”. The analysis extends over several pages. If it is possible to reduce to a few words the principles they lay down, I would say that the judge must “exercise a discretion based on his or her careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles” (paragraph 52). The solution that is adopted “must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied” (paragraph 55). The remedy must be effective, realistic, and adapted to the facts of the case. It must be respectful of “the relationships with and separation of functions among the legislature, the executive and the judiciary” (paragraph 56), and the role of the courts, which is one of “adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes” (paragraph 56), and not leap into “the kinds of decisions and functions for which [the] design and [their] expertise are manifestly unsuited” (paragraph 57). The remedy must be “fair to the party against whom the order is made” and not “impose substantial hardships that are unrelated to securing the right” (paragraph 58).

[58] Finally, Iacobucci and Arbour JJ. remind appellate or reviewing courts that they must “show considerable deference to trial judges’ choice of remedy, and should refrain from using hindsight to perfect a remedy” and that they “should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle” (paragraph 87).

eu égard aux circonstances». Le texte de ce paragraphe étant identique à celui qu’on retrouve à l’article 23 de la Charte, il sera utile de citer ce que les juges Iacobucci et Arbour disaient au sujet de l’article 23 dans *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 25:

[. . .] cette interprétation [téléologique] comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation) et, deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces). [Souligné dans le texte.]

[57] Les juges Iacobucci et Arbour s’employaient ensuite à définir l’expression «convenable et juste eu égard aux circonstances». Leur analyse s’étend sur plusieurs pages. S’il est possible de réduire en quelques mots les principes qu’ils établissent, je dirais que la Cour doit «exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l’application des principes juridiques pertinents» (paragraphe 52). La solution retenue «doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause» (paragraphe 55). La solution doit être efficace, réaliste, adaptée au cas d’espèce. Elle doit être respectueuse de «la séparation des fonctions entre le législatif, l’exécutif et le judiciaire» (paragraphe 56), du rôle des tribunaux qui consiste «à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends» (paragraphe 56), et à ne pas se lancer «dans des types de décision ou de fonction pour lesquels [ils ne sont] manifestement pas conçu[s] ou n’[ont] pas l’expertise requise» (paragraphe 57). Elle doit être «équitable pour la partie visée par l’ordonnance» et ne «pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit» (paragraphe 58).

[58] Finalement, les juges Iacobucci et Arbour rappellent aux cours d’appel ou de révision qu’elles doivent «faire montre d’une grande déférence à l’égard de la réparation choisie par un juge de première instance et se garder de les [*sic*] parfaire après coup» et qu’elles ne «doivent intervenir qu’en cas d’erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge de première instance» (paragraphe 87).

[59] As illustrations of remedies that have been ordered in matters involving language rights, it will be useful to consult *Lavigne v. Canada (Human Resources Development)*, [1997] 1 F.C. 305 (T.D.); affirmed by (1998), 228 N.R. 124 (F.C.A.); *Côté v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (F.C.T.D.); *Duguay v. Canada* (1999), 175 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (F.C.T.D.); *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.) (Heneghan J.); *Rogers v. Canada (Department of National Defence)*, *supra*, (Nadon J.).

[60] The Trial Judge handed down his decision before the Supreme Court of Canada had delivered its judgment in *Doucet-Boudreau*, *supra*. His reasons in relation to the remedies he adopted are much too summary to satisfy the standards laid down in *Doucet-Boudreau*. Furthermore, his order for relief was pronounced in an erroneous legal context since he based himself primarily on Part VII of the Act, which is not executory. Finally, the order “would, if carried out, raise a number of uncertainties and difficulties” (see *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789, at paragraph 24). It is therefore appropriate that I form my own opinion on the nature of the remedy.

[61] The Forum asked that the positions in Shippagan be restored and that their incumbents be allowed reinstatement in them. This second request, as I noted earlier, was abandoned along the way.

[62] In its choice of remedies, the Court is not limited to those proposed by an applicant (see *Côté*, *supra*). However, it should refrain from ordering remedies that were not debated and for which evidence was not adduced. For example, I fail to see why, in this case, I should venture to award damages that were not claimed and were not put in evidence. Moreover, if it appears from the evidence in the record that the situation has altered between the time when the complaint was filed and the time when the trial concluded, relief that might have been appropriate at the outset may no longer be so at the end of the exercise.

[59] À titre d'illustrations de réparations ordonnées en matière de droits linguistiques, il sera utile de consulter *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [1997] 1 C.F. 305 (1^{re} inst.); confirmé par (1998), 228 N.R. 124 (C.A.F.); *Côté c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (C.F. 1^{re} inst.); *Duguay c. Canada* (1999), 175 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (C.F. 1^{re} inst.); *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1^{re} inst.) (la juge Heneghan); *Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, précité, (le juge Nadon).

[60] Le juge a rendu sa décision avant que la Cour suprême du Canada ne rende la sienne dans *Doucet-Boudreau*, précité. Ses motifs relativement aux réparations qu'il a retenues sont beaucoup trop sommaires pour satisfaire aux normes établies dans *Doucet-Boudreau*. De plus, son ordonnance de réparation a été prononcée dans un contexte juridique erroné puisqu'il s'appuyait principalement sur la partie VII de la Loi, laquelle n'est pas exécutoire. Enfin, l'ordonnance comporte «des incertitudes et des difficultés d'exécution» (voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, au paragraphe 24). Il est donc approprié que je forme ma propre opinion sur la nature de la réparation.

[61] Le Forum demandait le rétablissement des postes à Shippagan et la possibilité pour leurs titulaires de les réintégrer. Cette deuxième demande, comme je l'ai noté plus haut, a été abandonnée en cours de route.

[62] La Cour n'est pas limitée, dans le choix des réparations, à celles proposées par un demandeur (voir *Côté*, précité). Elle doit cependant se garder d'ordonner des réparations qui n'ont pas fait l'objet de débats et de preuve devant elle. Par exemple, je me vois mal, en l'espèce, m'aventurer dans l'octroi de dommages-intérêts qui n'ont pas été réclamés et qui n'ont fait l'objet d'aucune preuve. Par ailleurs, s'il appert de la preuve au dossier que la situation a changé entre le moment où une plainte a été déposée et le moment où un procès s'est terminé, une réparation qui aurait pu être appropriée au départ pourra ne l'être plus en bout d'exercice.

[63] The initial foundation for the complaint—the lack of consultation—has been eliminated. For four years now and throughout the trial, there have been many meetings and attempts to reach a satisfactory solution for everyone. And I am not certain that there would have been a sufficient causal relationship between the lack of consultation (if that had been the only foundation for the complaint) and the transfer of the positions to justify an order prescribing the restoration of those positions.

[64] The second foundation for the complaint—the reduction in services in French—remains contentious. The Agency argues that the evidence [TRANSLATION] “establishes beyond any doubt that in 2003 [it] had remedied the deficiencies identified earlier and that the Shippagan office was providing its services in both official languages” (memorandum, at paragraph 67). The Forum, for its part, argues that the matter is not fully settled and in saying this relies on the final follow-up Report of the Commissioner and four statutory declarations.

[65] The Forum’s evidence concerning the Agency’s breach of its duty to serve the public in French at Shippagan or, more generally, in the Acadian peninsula, comes down to very little in so far as the situation in May 2003 is concerned.

[66] The Forum put in evidence four statutory declarations, dated May 13, 2003, in which the signatories describe the situation.

[67] Jean-Yves Daigle is director general of the Peat Research and Development Centre on the Shippagan campus of the Université de Moncton. He states that he must [TRANSLATION] “use the English language to obtain adequately the service that I expect from the Agency” (A.B., Vol. 2, at page 492), but he adds (A.B., Vol. 2, at page 492):

[TRANSLATION]

5. I wish to explain that the application by the Forum des Maires to have the seasonal inspectors’ positions reinstated at Shippagan cannot resolve the language difficulties that I cite in this affidavit. I have observed that the responsible officers in the Shippagan office do not appear to me to have any decision-making authority over the subjects of concern to me and the

[63] Le premier fondement de la plainte—l’absence de consultation—a été évacué. Il y a eu, depuis quatre ans et tout au long du procès, moult rencontres et tentatives d’en arriver à une solution satisfaisante pour tous. Je ne suis d’ailleurs pas certain qu’il y aurait eu un lien de causalité suffisant entre l’absence de consultation (si tel avait été le seul fondement de la plainte) et le transfert des postes pour justifier une ordonnance prescrivant le rétablissement de ces derniers.

[64] Le second fondement de la plainte—la réduction des services en français—demeure litigieux. L’Agence soutient que la preuve «établit hors de tout doute qu’en 2003 [elle] avait corrigé les carences identifiées plus tôt et que le bureau de Shippagan fournissait ses services dans les deux langues officielles» (mémoire, au paragraphe 67). Le Forum soutient de son côté que tout n’est pas réglé et s’appuie pour ce dire sur le Rapport de suivi final de la commissaire et sur quatre déclarations solennelles.

[65] La preuve du Forum relative à la violation par l’Agence de son obligation de servir le public en français, à Shippagan ou, de manière plus générale, dans la Péninsule acadienne, se réduit à fort peu de choses pour ce qui est de la situation en mai 2003.

[66] Le Forum a mis en preuve quatre déclarations solennelles, en date du 13 mai 2003, dans lesquelles les signataires décrivent la situation.

[67] M. Jean-Yves Daigle est directeur général du Centre de recherche et développement de la Tourbe, situé au campus de Shippagan de l’Université de Moncton. Il affirme qu’il doit «utiliser la langue anglaise afin d’obtenir adéquatement le service que j’attends de l’Agence» (D.A., vol. 2, à la page 492), mais il ajoute ce qui suit (D.A., vol. 2, à la page 492):

5. Je tiens à préciser que la demande du Forum des Maires en ce qui a trait au rétablissement à Shippagan des postes d’inspecteurs saisonniers ne saurait pas régler les difficultés en matière de langue que je soulève dans le présent affidavit. J’ai remarqué que les responsables du bureau de Shippagan ne me semblent avoir aucun pouvoir de décision sur les sujets qui me concernent et

reestablishment of inspectors' positions could not, in my opinion, help to improve the situation. I believe that the Agency should take a more serious approach to the language question.

[68] Bertin Gauvin, one of the inspectors whose position was transferred to Shediac, but who chose to remain in Shippagan, declares (A.B., Vol. 2, at page 494):

[TRANSLATION]

5. At the hearing on January 7, 2003, I heard the lawyer from the Department of Justice describe the situation concerning the amount of work available in the Acadian peninsula. I have some information according to which there would be sufficient work for further inspectors at Shippagan but I don't know why the Agency does not add staff in the inspection division. I think the Agency could maintain and even develop new jobs if it had the intention of promoting the development of our region and ensuring the delivery of services in both official languages. I think the Agency takes only the fisheries sector into account and consistently minimizes the other sectors of economic activities in our region. Furthermore, in my opinion the Agency never considers the fact that we too could move to other regions to provide the Agency's services and I wonder why it is always necessary that the services come to us from the major urban centres and never from offices located in the regions.

[69] Claude Gionet, another inspector whose position was transferred to Shediac but who also chose to remain in Shippagan, is a quality control person in the Pêcheries St-Paul plant at Bas-Caraquet. He states that he cannot get laboratory analysis reports in French unless he requests them in writing each time. He adds that in his opinion (A.B., Vol. 2, at page 496):

[TRANSLATION] . . . the Agency could maintain and even develop some new jobs if it had the intention of promoting the development of our region and ensuring the provision of services in both official languages.

[70] Réginald Poulin, a retiree, declares in relation to that part of the complaint that is based on Part IV of the Act (A.B., Vol. 2, at pages 498-501):

le rétablissement de postes d'inspecteurs ne pourrait pas à mon avis, contribuer à améliorer la situation. Je crois qu'il faudrait que l'Agence prenne la question de la langue plus au sérieux.

[68] M. Bertin Gauvin, un des inspecteurs dont le poste a été transféré à Shédiac mais qui a choisi de demeurer à Shippagan, déclare ce qui suit (D.A., vol. 2, à la page 494):

5. J'ai entendu, à l'audience du 7 janvier 2003, l'avocat du Ministère de la Justice faire état de la situation en ce qui concerne la quantité de travail disponible dans la péninsule acadienne. Je possède des renseignements selon lesquels il y aurait du travail suffisant pour d'autres inspecteurs à Shippagan mais j'ignore pourquoi l'agence n'ajoute pas de personnel dans le [sic] section de l'inspection. Je crois que l'Agence pourrait maintenir et même développer de nouveaux emplois si elle avait l'intention de favoriser le développement de notre région et assurer la prestation de services dans les deux langues officielles. Je crois que l'agence ne prend compte que du secteur de la pêche et minimise toujours les autres secteurs d'activités économiques de notre région. De plus, à mon avis, l'agence ne tient jamais compte du fait que nous pourrions nous aussi nous déplacer dans d'autres régions pour offrir les services de l'agence et je me demande pourquoi il faut toujours que les services nous viennent des grands centres urbains et jamais de bureaux situés dans les régions.

[69] M. Claude Gionet, un autre inspecteur dont le poste a été transféré à Shédiac mais qui a choisi lui aussi de demeurer à Shippagan, est contrôleur de la qualité à l'usine Pêcheries St-Paul, à Bas-Caraquet. Il déclare qu'il ne peut recevoir les rapports d'analyse des laboratoires en français que s'il en fait chaque fois la demande par écrit. Il ajoute qu'à son avis (D.A., vol. 2, à la page 496):

[. . .] l'Agence pourrait maintenir et même développer de nouveaux emplois si elle avait l'intention de favoriser le développement de notre région et assurer la prestation des services dans les deux langues officielles.

[70] M. Réginald Poulin, retraité, déclare ce qui suit, en ce qui a trait à cette partie de la plainte qui est fondée sur la partie IV de la Loi (D.A., vol. 2, aux pages 498 à 501):

[TRANSLATION]

10. At the meeting with the Agency, I could see that the Agency does not have the vision of what really constitutes support to a community and adequate service in the language of one's choice. The Agency's representatives told us that they sincerely believe the steps taken so far were sufficient to meet the requirements of the Act, both concerning Part IV, for service to the public, and in terms of Part VII, concerning support to the community.
11. In support of the foregoing statement, I can relate that the Agency told us that it is making efforts to contribute to the development of our community by hiring a summer employee at its Shippagan offices and opening a part-time term position to provide administrative support. This kind of initiatives being sufficient, in their view, to meet the requirements of the Act. It is my impression that they are making fun of us.
- ...
13. During this meeting with the Agency, the first that I personally have had an opportunity to have on this matter, I also learned that the positions affected by the restructuring of the Shippagan office, which are the object of this proceeding, had been abolished and not transferred to Shédiac. There was, at the time, a shortage of staff at Shédiac. In my opinion, these new facts reinforce our position that the positions could have been maintained at Shippagan and that the Agency's office, situated in our community, could have contributed to our development by providing certain services to the southeastern region from the Shippagan office. Some former employees of the Agency have told me, and I sincerely believe, that the Agency had a habit of resorting to inspectors from elsewhere for certain services in our region, [and] I do not see why it would not have been possible to do as much with some employees from our region who would have provided services elsewhere.
- ...
18. I am satisfied with the Commissioner's findings and her conclusions concerning the implementation of the recommendations. I particularly agree with the Commissioner's comment that the Agency, like other federal institutions, must find its own solutions in its attempt to implement the recommendations she makes. I firmly believe that agencies likes ours can only develop an understanding of the situation and demand remedial measures when it proves necessary to do so.
10. Lors de la rencontre avec l'agence, j'ai pu constater que l'agence ne possède pas la vision de ce qu'est réellement un appui à une communauté et un service adéquat dans la langue de son choix. Les représentants de l'agence nous ont indiqué sincèrement croire que les démarches entreprises jusqu'à cette date étaient suffisantes pour rencontrer les exigences de la loi, tant en ce qui concerne la partie IV, pour le service au public, que sur le plan de la partie VII, au sujet de l'appui à la communauté.
11. À l'appui de l'affirmation qui précède, je peux relater que l'agence nous a dit faire des efforts pour contribuer au développement de notre communauté en ayant embauché une employée d'été à ses bureaux de Shippagan et en ayant ouvert un poste à terme à temps partiel pour assurer le soutien administratif. Ce genre d'initiatives étant suffisant, de leur point de vue, pour rencontrer les exigences de la loi. J'ai l'impression qu'on se moque de nous.
- [...]
13. Lors de cette rencontre avec l'agence, la première que j'ai personnellement eue l'occasion d'avoir à ce sujet, j'ai aussi appris que les postes touchés par la restructuration du bureau de Shippagan et qui font l'objet de cette instance, avaient été abolis et non transférés à Shédiac. Il y avait, à la même époque, une pénurie de personnel à Shédiac. À mon avis, ces faits nouveaux renforcent notre position à l'effet que les postes auraient pu être maintenus à Shippagan et que le bureau de l'agence situé dans notre communauté aurait pu contribuer à notre épanouissement en offrant depuis le bureau de Shippagan, certains services à la région du sud-est. Des ex-employés de l'agence m'ont affirmé, et je le crois sincèrement, que l'agence avait l'habitude de faire appel à des inspecteurs d'ailleurs pour certains services dans notre région, je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas été possible d'en faire autant avec des employés de notre région qui auraient rendus des services ailleurs.
- [...]
18. Je suis satisfait des constatations de la Commissaire ainsi que de ses conclusions en ce qui a trait à la mise en œuvre des recommandations. Je suis particulièrement d'accord avec le commentaire de la Commissaire à l'effet que l'agence, tout comme les autres institutions fédérales, doit trouver ses propres solutions dans sa démarche de mise en œuvre des recommandations qu'elle fait. Je crois fermement que des organismes comme le nôtre ne peuvent que prendre connaissance de

19. In light of what I have heard from the respondent's representatives and read in the Commissioner's report, and since the respondents have nothing further to offer, I confirm that the applicant still maintains that an order should be issued that the seasonal inspectors' positions should be restored to the town of Shippagan. It appears that this is the most appropriate remedy to our request since the impact of this order on our community would be real and measurable. The Court should set aside the decision to reorganize the Shippagan office owing to the fact that it is not consistent with the *Official Languages Act* and unconstitutional, being contrary to the Charter. In the alternative, monetary compensation could be granted to compensate for the effect of the economic impact of the loss of these jobs on our region.

[71] In support of his declaration, Mr. Gauvin filed the final follow-up Report received the day before from the Commissioner. I have quoted extracts from this Report and from the one that preceded it in paragraphs 7 and 9 of these reasons.

[72] The Agency, for its part, filed the declaration, sworn on May 12, 2003, of Claudine Bourque, the Agency's Atlantic sector human resources manager. Ms. Bourque states (A.B., Vol. 2, at pages 421-422):

[TRANSLATION]

7. Pursuant to the order issued by Mr. Justice Blais on January 7, 2003, in this matter, the Agency set up two committees, a management committee to which I belong and a working committee, to determine and confirm that the service provided to the industries in the Acadian peninsula that are regulated by the Agency is provided in French and English based on the demand of the regulated party.
8. The main task of the working committee referred to above was to finalize the list of all the inspection programs in the Acadian peninsula that fall within the responsibility of the Shippagan office by indicating the regulated party, the primary inspector in the area and the consultant in that field in New Brunswick.
9. During this review, the working committee notified me, and I believe this is true, that some of the consultants assigned to help the regulated parties in the Acadian

la situation et réclamer des mesures de redressement lorsqu'il s'avère nécessaire de le faire.

19. À la lumière de ce que j'ai entendu des représentants du défendeur et lu dans le rapport du Commissaire, et puisque les défendeurs n'ont rien de plus à offrir, je confirme que le demandeur tient toujours à ce que soit rendu une ordonnance selon laquelle les postes d'inspecteurs saisonniers soient rétablis à la ville de Shippagan. Il semble que ce soit la mesure de redressement la plus appropriée à notre demande puisque l'impact de cette ordonnance sur notre communauté serait réelle et mesurable. La Cour devrait annuler la décision de réorganisation du bureau de Shippagan en raison du fait qu'elle n'est pas conforme à la *Loi sur les langues officielles* et inconstitutionnelle étant contraire à la *Charte*. En alternative, une compensation monétaire pourrait être accordée pour compenser l'effet de l'impact économique de la perte de ces emplois sur notre région.

[71] À l'appui de sa déclaration, M. Gauvin dépose le Rapport final de suivi reçu la veille de la commissaire. J'ai cité des extraits de ce Rapport et de celui qui l'a précédé aux paragraphes 7 et 9 des présents motifs.

[72] L'Agence, de son côté, déposait la déclaration assermentée le 12 mai 2003, de Claudine Bourque, gestionnaire en ressources humaines du secteur Atlantique de l'Agence. M^{me} Bourque affirme ce qui suit (D.A., vol. 2, aux pages 421 et 422):

7. Suite à l'ordonnance émise par Monsieur le juge Blais le 7 janvier 2003 dans ce dossier, l'Agence a mis sur pied deux comités, soit un comité de direction dont je fais partie, et un comité de travail, afin de déterminer et confirmer que le service offert aux industries de la péninsule Acadienne réglementées par l'Agence est offert en français et en anglais basé sur la demande de la partie réglementée.
8. Le comité de travail mentionné ci-haut avait comme tâche principale de finaliser la liste de tous les programmes d'inspection de la péninsule Acadienne qui tombent sous la responsabilité du bureau de Shippagan en indiquant la partie réglementée, l'inspecteur primaire dans le domaine et l'expert conseil dans le domaine au Nouveau-Brunswick.
9. Lors de cette revue, le comité de travail m'avisait et je crois être vrai, que certains des experts conseils assignés à aider les parties réglementées de la péninsule

peninsula were not bilingual. As a result of this, the Agency changed some of these consultants to ensure that those who provide service to people in the Acadian peninsula are all bilingual. Please find included herein, in Appendix "A", a list of all the programs regulated by the Agency in the Acadian peninsula, the affected regulated parties, the list of inspectors and consultants assigned, and their language designation.

10. In order to determine whether there were still some deficiencies in the supply of a bilingual service provided to the regulated parties in the region of the Acadian peninsula, the Agency, through Roland Cormier, an Agency employee, conducted a survey of a number of regulated parties in the Acadian peninsula in February 2003. Please find included herein, in Appendix "B", a copy of the questions used in conducting this survey, and in Appendix "C", a copy of the parties regulated by the Agency with which Mr. Cormier had some discussions or which he tried to contact.
11. Following some discussions with Roland Cormier concerning the results of his survey, and as observed by the working committee, the Agency had to address the capacity of the consultants to provide bilingual service, which was done. See Appendix "A" included herein. In addition, Mr. Cormier sent me a report by email which is included herein in Appendix "D".
12. In relation to the problem raised by some of the regulated parties, that laboratory reports included only English commentaries, these laboratory reports are not supposed to be used or distributed outside the Agency.
13. Given the fact that the laboratory reports are sometimes found among the regulated parties, Ms. Susan Shaw, Director of the Dartmouth laboratory, which is responsible for the majority of the sampling tests *originating from the products of the regulated parties in the Acadian peninsula*, has advised me, and I believe this is true, that the laboratory now has a system in place to ensure that the reports from the laboratory are in the language of choice of the inspector and the regulated party if necessary. . . .
14. As explained by Mr. Régis Bourque during his cross-examination on February 4, 2002, pages 23 and 24 of this cross-examination being included as Appendix "E" to this affidavit, most of the work done by the Agency's inspectors in the Shippagan office is related to fish.

Acadienne n'étaient pas bilingues. Suite à ceci, l'Agence a changé certains de ces experts conseils afin de s'assurer que ces derniers qui offrent un service à des gens de la péninsule Acadienne soient tous bilingues. Veuillez trouver ci-inclus à l'Annexe 'A' une liste de tous les programmes réglementés par l'Agence dans la péninsule Acadienne, les parties réglementées affectées, la liste des inspecteurs et experts conseils assignés ainsi que leur désignation linguistique.

10. Afin de déterminer s'il y avait encore des lacunes au niveau de l'offre d'un service bilingue offert aux parties réglementées dans la région de la péninsule Acadienne, l'Agence, par l'entremise de Roland Cormier, un employé de l'Agence, a procédé en février 2003, à faire un sondage auprès de plusieurs parties réglementées dans la péninsule Acadienne. Veuillez trouver ci-joint à l'Annexe 'B' une copie des questions utilisées pour faire ce sondage, et à l'Annexe 'C' une copie des parties réglementées par l'Agence avec lesquelles Monsieur Cormier a eu des discussions ou qu'il a essayé de rejoindre.
11. Suite à des discussions avec Roland Cormier concernant les résultats de son sondage, et tel que constaté par le comité de travail, l'Agence devait adresser la capacité des experts conseils à offrir un service bilingue, ce qui a été fait. Voir l'Annexe 'A' ci-inclus. En plus, Monsieur Cormier m'a fait parvenir un compte rendu par courrier électronique qui est ci-inclus à l'Annexe 'D'.
12. Pour ce qui s'agit du problème soulevé par certaines des parties réglementées que des rapports de laboratoire ne comportaient que des commentaires anglais, ces rapports de laboratoire ne sont pas censés être utilisés ou distribués à l'extérieur de l'Agence.
13. Vu le fait que les rapports de laboratoire se retrouvent parfois parmi les parties réglementées, Madame Susan Shaw, Directrice du laboratoire de Dartmouth qui est responsable pour la majorité des tests d'échantillonnages provenant des produits des parties réglementées de la péninsule Acadienne, m'avise et je crois être vrai, que le laboratoire a maintenant un système en place pour s'assurer que les rapports parvenant du laboratoire soient dans la langue du choix de l'inspecteur et de la partie réglementée, s'il y a lieu [. . .]
14. Tel qu'expliqué par Monsieur Régis Bourque lors de son contre-interrogatoire le 4 février 2002, et dont les pages 23 et 24 de ce contre-interrogatoire sont inclus en tant qu'Annexe 'E' à cet affidavit, la majorité du travail fait par les inspecteurs de l'Agence au bureau de Shippagan est relié au poisson.

15. Given the fact that the inspectors in the Agency's Shippagan office now provide the service for the majority of the programs to the regulated parties in the Acadian peninsula, and given the fact that there is a demand for French-language services by these regulated parties, the inspectors have had to take training to be able to provide the service. Please find included herein in Appendix "F" a list of on-the-ground training of Shippagan inspectors by program and activity. . . .
15. Vu le fait que les inspecteurs du bureau de l'Agence à Shippagan offrent maintenant le service pour la majorité des programmes aux parties réglementées dans la péninsule Acadienne, et vu le fait qu'il y a une demande pour des services en français de la part de ces parties réglementées, les inspecteurs ont dû suivre de la formation pour être capable d'offrir le service. Veuillez trouver ci-inclus à l'Annexe 'F' une liste de formation sur le terrain des inspecteurs de Shippagan par programme et activité [. . .]

[73] In support of Ms. Bourque's affidavit is a report on the survey she had described (A.B., Vol. 2, at page 441):

[TRANSLATION]

Generally speaking, there are no problems with the skills of our local inspectors concerning the delivery of services in French and even in English. This applies as well to exchanges of correspondence between the local office and clients. However, the situation changes when the client must apply to a manager or technical person in the regional, sector or national office. It is sometimes hard [to] conduct a consultation in French or with a person from the Agency who has an adequate mastery of French. The plant employees must often go through an interlocutor in order to understand properly the technical concepts that are being explained to them. Two clients also presented laboratory reports that consisted only of English comments. With the exception of a particular program in which the English version is still sent several days before the French version, the clients receive their correspondence and technical documentation from the Agency in both languages. The clients often mentioned that they frequently need English documentation in order to respond to market need. The Agency's Internet site was singled out by one of our clients as a preferred source of bilingual technical information, particularly [concerning] fish.

Some secondary aspects in this survey were also raised by our clients as more or less significant deficiencies. Recognizing the heavy workload of our inspectors, our clients sometimes cited the fact that it is hard to contact an inspector in emergencies. They have to leave a telephone message and wait a few days before getting a reply from an inspector. This situation is not really serious in comparison with the lack of visibility of the Agency. Many clients did not realize that their inspection services had been combined under a single Agency. During the conversations, the evaluation of the French-language service was made in relation to the old department that had this responsibility before the creation of the Agency. It was even commented that the DFO office in Moncton always did its best to provide services in French. Doing business with the office

[73] À l'appui de l'affidavit de M^{me} Bourque se trouve un rapport sur le sondage dont elle avait fait état (D.A., vol. 2, à la page 441):

En général, il n'y a pas de problèmes avec l'habileté de nos inspecteurs locaux en ce qui concerne la livraison de services en français et même en anglais. Il en va de même pour les échanges de correspondance entre le bureau local et le client. Par contre, la situation change quand le client doit s'adresser à une personne cadre ou technique du bureau régional, du secteur ou national. Il est parfois difficile [de] faire une consultation en français ou avec une personne de l'agence qui maîtrise bien le français adéquatement [*sic*]. Les employées d'usine doivent souvent passer par un interlocuteur afin de bien comprendre les concepts techniques qu'on leur explique. Deux clients ont aussi présenté des rapports de laboratoire qui ne comportaient que des commentaires anglais. À l'exception d'un programme en particulier où la version anglaise est toujours envoyée plusieurs jours avant la version française, les clients reçoivent leur correspondance et documentation technique de l'agence dans les deux langues. Les clients ont souvent mentionné qu'ils ont souvent besoin de la documentation anglaise afin de répondre au besoin du marché. Le site Internet de l'Agence a été souligné par un de nos clients comme étant une source d'information technique bilingue de premier choix, en particulier [en ce qui concerne] le poisson.

Des éléments secondaires à ce sondage ont aussi été soulevés par nos clients comme des lacunes plus ou moins importantes. Reconnaissant la charge de travail ardue de nos inspecteurs, nos clients ont parfois souligné le fait qu'il est difficile de rejoindre un inspecteur en cas d'urgence. Ils doivent laisser un message téléphonique et attendre quelques jours avant de recevoir une réponse d'un inspecteur. Cette situation n'est guère sérieuse à comparer au manque de visibilité de l'Agence. Plusieurs clients n'ont pas réalisé que leurs services d'inspection avaient été regroupés sous une seule Agence. Durant les conversations, l'évaluation du service en français était faite en rapport à l'ancien ministère qui avait cette responsabilité avant la création de l'Agence. On a même fait la remarque, que le bureau du MPO de Moncton a toujours fait

in Saint John or Ottawa, another client asked that the role of the Moncton office be clarified. The client thought the Agency was only a laboratory service.

[74] That is the evidence at the Court's disposal. I confess that I find it quite thin on the complainant's side, as it is mainly composed of general statements or declarations of principles that are unsupported by specific illustrations and that lament the economic situation and the lack of jobs more than they do the violation of language rights. In relation to a concrete case cited by Mr. Gionet—the receipt of analysis reports in French—it is indicated in paragraph 13 of Ms. Bourque's affidavit that the Agency has corrected the situation.

[75] Essentially, then, the problems that were at the origin of the complaint have been resolved thanks to the intervention of the Commissioner, and thanks as well, I am sure, to the pressure exerted on the Agency by the filing of the application in the Federal Court, the impact of which on the Agency's willingness to act should not be underestimated. In its comments on the follow-up Report of March 2003, the Forum's representative "said he was generally satisfied with the content of the report, except that in some respects, he would like to have seen us take a stronger position". "In short", the Commissioner concludes, "the Forum des maires wishes to see the Agency step back and reconsider its decision to restructure the Shippagan office" (*supra*, at paragraph 9 of these reasons). I note as well that in her final follow-up Report, in May 2003, the Commissioner indicated her intention to "contact the Agency again in September 2003 to review the progress made in implementing these recommendations" (A.B., Vol. 2, at page 516).

[76] The uncontradicted affidavit of Ms. Bourque, an Agency manager, describes not only a serious consultation effort but also some genuine progress in the provision of French-language services at Shippagan and in the Acadian peninsula. The problems described in the survey to which Ms. Bourque refers, and the problems described by the Forum's witnesses, are, when all is said and done, minor. It is certain that the provision of French-language services is experiencing some hiccups,

de son mieux pour offrir les services en français. Faisant affaire avec le bureau de Saint Jean ou Ottawa, un autre client a demandé de clarifier le rôle du bureau de Moncton. Le client pensait que l'Agence n'était qu'un service de laboratoire.

[74] Voilà la preuve dont dispose la Cour. J'avoue la trouver bien mince du côté du plaignant, en ce qu'elle est surtout constituée de déclarations générales ou de principes qui ne sont pas appuyés d'illustrations concrètes et qui déplorent davantage la situation économique et le manque d'emplois que la violation de droits linguistiques. En ce qui concerne un cas concret soulevé par M. Gionet—la réception de rapports d'analyse en français—il ressort du paragraphe 13 de l'affidavit de M^{me} Bourque que l'Agence a corrigé la situation.

[75] Pour l'essentiel, donc, les problèmes qui étaient à l'origine de la plainte ont été réglés grâce à l'intervention de la commissaire, grâce aussi, je n'en doute pas, à la pression faite sur l'Agence par le dépôt du recours en Cour fédérale, dont il ne faut pas sous-estimer l'impact sur la volonté d'agir de l'Agence. Dans ses commentaires relatifs au Rapport de suivi de mars 2003, le Forum «se dit généralement satisfait du contenu du rapport sauf qu'à certains égards, il aurait voulu que nous soyons plus fermes». «Somme toute», de conclure la commissaire, «le Forum des maires voudrait que l'Agence fasse marche arrière et revienne sur la décision qu'elle a prise de restructurer le bureau de Shippagan» (précité, au paragraphe 9 des présents motifs). Je note aussi que dans son Rapport final de suivi, en mai 2003, la commissaire indiquait son intention «de communiquer à nouveau avec l'Agence au mois de septembre 2003 afin de vérifier les progrès accomplis dans la mise en œuvre de ces recommandations» (D.A., vol. 2, à la page 516).

[76] L'affidavit non contredit de M^{me} Bourque, gestionnaire à l'Agence, fait état non seulement d'un effort sérieux de consultation mais aussi d'un progrès réel dans la dispense de services en français à Shippagan et dans la Péninsule acadienne. Les problèmes dont fait état le sondage auquel M^{me} Bourque renvoie de même que ceux que décrivent les témoins du Forum sont somme toute mineurs. Il est certain que la prestation de services en français connaît des ratées, mais il ne ressort

but the evidence does not indicate that these hiccups are symptomatic of serious problems or major difficulties within the Agency. Rather, it appears that these hiccups are now—contrary to what they were before the intervention of the Commissioner and the Court—of an episodic nature. It is no longer a question of the breaches, which I would qualify as collective, that were at the origin of the complaint. It may be that some individuals are still, occasionally, prejudiced in the exercise of their language rights—no solution is perfect—in which case they are free to file detailed individual complaints with the Commissioner. However, in so far as the collective complaint before the Court is concerned, I must acknowledge that the violations that persist are so episodic that they are ill-suited to a judicial sanction of the scope sought by the Forum.

[77] Because the complaint was originally justified, the Forum is still entitled in principle to some relief, if there is some remedy other than the award of costs that is appropriate and just in the circumstances.

[78] The Forum continues to demand that the positions in Shippagan be restored. There is nothing in the evidence that would warrant such an order. An order of that nature does not normally pertain to the function or expertise of the courts where it is not in relation to a remedy under general labour law or the remedies exercised under Part V of the *Official Languages Act* (Language of Work) by an employee who alleges that his or her rights have been infringed. In a context such as this, in which the evidence demonstrates that the decision to transfer the positions was made in the context of budget cutbacks and in which the complainant bases its complaint not only on linguistic concerns but also on economic and social concerns, the Court must be conscious that a decision on the restoration of positions normally pertains to the executive branch of the government (see *Doucet-Boudreau*, *supra*, at paragraphs 56 and 57 of these reasons). The Court must therefore be extremely prudent and require detailed evidence of both the actual needs of the public and the financial and organizational capacity of the federal institution before interfering in its internal governance.

pas de la preuve que ces ratées soient symptomatiques de problèmes sérieux ou de malaises profonds au sein de l'Agence. Il semble plutôt que ces ratées sont aujourd'hui—contrairement à ce qu'elles étaient avant les interventions de la commissaire et de la Cour—d'un caractère épisodique. Il n'est plus question des manquements que je qualifierais de collectifs qui étaient à l'origine de la plainte. Il se peut que des individus soient encore, à l'occasion, lésés dans l'exercice de leurs droits linguistiques—aucune solution n'est parfaite—, auquel cas il leur est loisible de déposer auprès de la commissaire des plaintes individuelles particularisées. En ce qui a trait, toutefois, à la plainte collective dont la Cour est ici saisie, force m'est de reconnaître que les violations qui perdurent sont à ce point épisodiques qu'elles se prêtent mal à une sanction judiciaire de l'ampleur de celle que recherchait le Forum.

[77] La plainte ayant été à l'origine fondée, le Forum a quand même droit, en principe, à une réparation, s'il en est une, outre l'attribution de dépens, qui soit convenable et juste eu égard aux circonstances.

[78] Le Forum persiste à exiger le rétablissement des postes à Shippagan. Il n'est rien dans la preuve qui justifierait une telle ordonnance. Semblable ordonnance ne relève pas normalement de la fonction ou de l'expertise des tribunaux quand il ne s'agit pas de recours exercés en vertu du droit général du travail ou de recours exercés en vertu de la partie V de la *Loi sur les langues officielles* (Langue de travail) par un employé qui se dit lésé. Dans un contexte comme celui-ci, où la preuve démontre que la décision de transférer les postes a été prise dans le cadre de mesures de compression budgétaire et où le plaignant fonde sa plainte non seulement sur des préoccupations linguistiques mais aussi sur des préoccupations économiques et sociales, la Cour doit être consciente qu'une décision relative au rétablissement de postes relève normalement de la branche exécutive du gouvernement (voir *Doucet-Boudreau*, précité, aux paragraphes 56 et 57 des présents motifs). La Cour doit donc se montrer extrêmement prudente et exiger une preuve détaillée à la fois des besoins réels du public et de la capacité budgétaire et organisationnelle de l'institution fédérale avant de s'immiscer dans sa régie interne.

[79] There is no such evidence in the case at bar. Four positions are referred to; it might as well be two or ten. We do not know what latitude the Agency has. The only witness who addresses this question, Mr. Daigle, even said that the restoration of the positions “cannot resolve the language difficulties” (*supra*, at paragraph 67 of these reasons). The Commissioner herself is very wary about recommending the restoration of the positions. In her first report she said “the requirements of the OLA must not be confused with the right of managers to manage federal institutions” (*supra*, at paragraph 2 of these reasons), comments that she repeated in her final follow-up Report (*supra*, at paragraph 9 of these reasons).

[80] In short, in view of the record, it has not been established that the restoration of the positions at Shippagan would be an appropriate and just remedy in the circumstances.

[81] What other remedy would be realistic, effective, fair and within the jurisdiction of the courts in the circumstances?

[82] This is the type of case that is ill-suited to orders of relief by a court of appeal. The trial judgment essentially produced the desired results. The Commissioner’s recommendations are being followed up by her. The federal institution concerned has fallen in step. The complainant’s concerns generally go beyond the framework of the language rights recognized in the Act. There is nothing concrete that can be ordered that would be useful to the complainant and enforceable by the courts. (I note that no damages have been claimed in this case.)

[83] I see no further remedy than to order that the Agency pay the costs of the Forum at first instance and on appeal. The Forum was right to institute its proceedings since the Agency was not at the time complying with the obligations imposed on it by the *Official Languages Act* to serve the public in French in the Acadian peninsula. The Forum was right to contest the appeal since the Agency was seeking to have set aside a judgment that had correctly held that the complaint was justified. It would be appropriate,

[79] Or, il n’y a rien de tel en l’espèce. On dit quatre postes comme on aurait pu dire deux ou dix. On ne connaît pas la marge de manœuvre de l’Agence. Le seul témoin qui traite de cette question, M. Daigle, dira même que le rétablissement des postes «ne saurait pas régler les difficultés en matière de langue» (précité, au paragraphe 67 des présents motifs). La commissaire elle-même prend bien garde de recommander le rétablissement des postes. Elle dira, dans son premier Rapport, qu’«il ne faut pas confondre les exigences de la LLO et le droit de gestion qu’ont les gestionnaires des institutions fédérales» (précité, au paragraphe 2 des présents motifs), des propos qu’elle réitérera dans son Rapport final de suivi (précité, au paragraphe 9 des présents motifs).

[80] Bref, au vu de la preuve, il n’a pas été établi que le rétablissement des postes à Shippagan serait une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

[81] Quelle autre réparation serait réaliste, efficace, équitable et du ressort des tribunaux dans les circonstances?

[82] Il s’agit ici d’un type de dossier qui se prête mal à des ordonnances de réparations par une cour d’appel. Le jugement de première instance a pour l’essentiel produit les effets escomptés. Les recommandations de la commissaire font l’objet de suivis par cette dernière. L’institution fédérale concernée s’est mise au pas. Les préoccupations du plaignant débordent largement le cadre des droits linguistiques reconnus dans la Loi. Il n’est rien de concret qui puisse être ordonné qui soit utile au plaignant et passible de sanction judiciaire. (Je rappelle qu’aucuns dommages-intérêts n’ont été réclamés en l’espèce.)

[83] Je ne vois ici d’autre réparation que d’ordonner que l’Agence paie les dépens du Forum en première instance et en appel. Le Forum a eu raison d’entreprendre son recours puisque l’Agence ne se conformait pas alors aux obligations que lui impose la *Loi sur les langues officielles* de servir le public en français dans la Péninsule acadienne. Le Forum a eu raison de contester l’appel puisque l’Agence recherchait l’annulation d’un jugement qui, avec raison, avait jugé la plainte bien fondée. Il serait en conséquence approprié

therefore, that the costs in both instances be determined on the basis of the maximum number of units in column V of Tariff B [of the *Federal Court Rules, 1998*].

Disposition

[84] Because the original complaint was justified, the decision of the Federal Court Judge to allow the application should be upheld and the appeal dismissed in this regard.

[85] Because the original complaint was no longer justified at the time when judgment was reserved in the Federal Court and because the remedies ordered by the Federal Court were not appropriate and just in the circumstances, I would allow the appeal in this regard and I would overturn that part of the decision of the Federal Court that sets aside the Agency's decision to transfer the positions to Shédiac and imposes on the Agency remedies other than the requirement to pay costs.

[86] The appellant should pay the respondent its costs on appeal and at trial on the basis of the maximum number of units in column V of Tariff B.

RICHARD C.J.: I concur.

NOËL J.A.: I concur.

que les dépens dans les deux instances soient établis sur la base du nombre maximal d'unités de la colonne V du tarif B [*des Règles de la Cour fédérale (1998)*].

Dispositif

[84] Vu que la plainte originale était bien fondée, la décision du juge de la Cour fédérale d'accueillir la demande devrait être maintenue et l'appel à cet égard rejeté.

[85] Vu que la plainte originale n'était plus fondée au moment de la mise en délibéré en Cour fédérale et vu que les réparations ordonnées par la Cour fédérale n'étaient pas convenables et justes eu égard aux circonstances, j'accueillerais l'appel à cet égard et j'infirmes cette partie de la décision de la Cour fédérale qui annule la décision de l'Agence de transférer les postes à Shédiac et qui impose à l'Agence des réparations autres que celle de payer les dépens.

[86] L'appelante devrait payer à l'intimé ses dépens en appel et en première instance sur la base du nombre maximal d'unités de la colonne V du tarif B.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je suis d'accord.

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

DES-5-01
2004 FC 420

DES-5-01
2004 CF 420

Hassan Almrei (*Applicant*)

Hassan Almrei (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration and Solicitor General for Canada (*Respondents*)

Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le Solliciteur général du Canada (*défendeurs*)

and

et

Canadian Broadcasting Corporation (*Intervener*)

La Société Radio-Canada (*intervenante*)

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

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

Federal Court, Blanchard J.—Toronto, November 25, 26, 2002, January 20, June 24, 25, November 24, 25, 27, 28, 2003, January 5, 6 and 7, 2004; Ottawa, March 19, 2004.

Cour fédérale, juge Blanchard—Toronto, 25, 26 novembre 2002, 20 janvier, 24, 25 juin, 24, 25, 27, 28 novembre 2003, 5, 6 et 7 janvier 2004; Ottawa, 19 mars 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Applicant, citizen of Syria, Convention refugee since 2000 — Detained in October 2001 as threat to national security — Certificate filed by Ministers determining applicant inadmissible person under Immigration Act, s. 19(1), found reasonable — Application for order under Immigration and Refugee Protection Act, s. 84(2) for release from detention — Test to be applied under s. 84(2) two-fold, not met herein — Court not satisfied applicant will not be removed from Canada within reasonable time — Also not convinced release from detention will not pose danger to national security, to safety of any person — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Le demandeur, un ressortissant syrien, était un réfugié au sens de la Convention depuis 2000 — Il a été détenu en octobre 2001 au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité nationale — Une attestation déposée par les ministres et déclarant le demandeur non admissible aux termes de l'art. 19(1) de la Loi sur l'immigration, a été jugée raisonnable — Demande de mise en liberté présentée en vertu de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le critère devant être appliqué selon l'art. 84(2), un critère en deux volets, n'est pas ici rempli — La Cour n'est pas persuadée que le demandeur ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable — Elle n'est pas convaincue non plus que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Immigration and Refugee Protection Act, ss. 82(2) and 84(2) complying with principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7 — Rights under Charter, s. 7 not violated.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les art. 82(2) et 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, sont conformes aux principes de justice fondamentale dont parle l'art. 7 de la Charte — Les droits prévus par l'art. 7 de la Charte n'ont pas été déniés.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Cruel and unusual treatment, punishment — Immigration and Refugee Protection Act providing for continued detention of applicant unless order made pursuant to s. 84(2) — Detention under reasonable conditions not constituting cruel and unusual treatment, punishment prohibited by Charter, s. 12 — Rights under Charter,

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Traitements et peines cruels et inusités — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés autorise le maintien de la détention du demandeur sauf si une ordonnance est rendue en application de l'art. 84(2) — Une détention dans des conditions raisonnables n'équivalait pas aux traitements ou peines cruels et inusités

s. 12 not violated.

This was an application for an order, pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), releasing the applicant from detention. The applicant, a citizen of Syria, entered Canada in January 1999 and was recognized as a Convention refugee by the Immigration and Refugee Board on June 2, 2000. The applicant was detained on October 19, 2001 pursuant to a certificate, issued on October 16, 2001. The certificate indicated that, in the opinion of the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada, the applicant was an inadmissible person as described in subsection 19(1) of the former *Immigration Act*. According to the Canadian Security Intelligence Service, the applicant was a member of an international network of extremist groups and individuals who follow and support the Islamic extremist ideals of Usama bin Laden. The matter was referred to the Federal Court of Canada in accordance with subsection 40.1(3) of the former Act for a determination as to the reasonableness of the certificate. In a decision dated November 23, 2001, Madam Justice Tremblay-Lamer found the certificate to be reasonable and a deportation order issued against the applicant several months later. On September 23, 2002, the applicant filed a motion for a 120-day review of his detention pursuant to subsection 84(2) of IRPA.

Held, the application should be dismissed.

The test set out in subsection 84(2) to determine whether the applicant should be released is two-fold. The judge designated to hear the application must be satisfied that the foreign national “will not be removed from Canada within a reasonable time” and that the person’s “release will not pose a danger to national security or to the safety of any person”.

As to the first part of the test, the reference to a period of 120 days in subsection 84(2) reflects Parliament’s intent that removal should occur expeditiously once a certificate has been determined to be reasonable. What is “reasonable time” will depend on the facts and circumstances of each case. In the case at bar, the conditions of the applicant’s ongoing detention, pending Court proceedings which have been initiated or will be initiated by the applicant, and delays effecting removal attributable to the Minister and the applicant, were considered to determine what was a “reasonable time”. A careful review of the history of the proceeding revealed that the uncertainty with respect to the applicant’s removal was in large part due to past, pending and contemplated Court challenges initiated on

interdits par l’art. 12 de la Charte — Les droits garantis par l’art. 12 de la Charte n’ont pas été déniés.

Le demandeur sollicitait, en application du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), une ordonnance prononçant sa mise en liberté. Le demandeur, un ressortissant syrien, est arrivé au Canada en janvier 1999 et a été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié le 2 juin 2000. Le demandeur a été détenu le 19 octobre 2001 en vertu d’une attestation délivrée le 16 octobre 2001. L’attestation disait que, de l’avis du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ainsi que du solliciteur général du Canada, le demandeur était une personne non admissible décrite au paragraphe 19(1) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*. Selon le Service canadien du renseignement de sécurité, le demandeur faisait partie d’un réseau international de groupes extrémistes et de personnes qui observent et soutiennent les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden. L’affaire a été soumise à la Cour fédérale du Canada, en application du paragraphe 40.1(3) de l’ancienne Loi, pour qu’elle décide si l’attestation était ou non raisonnable. Par une décision datée du 23 novembre 2001, M^{me} le juge Tremblay-Lamer a estimé que l’attestation était raisonnable, et une mesure d’expulsion fut prononcée contre le demandeur quelques mois plus tard. Le 23 septembre 2002, le demandeur déposait une requête pour que soit examinée sa détention à l’expiration du délai de 120 jours, ainsi que le prévoit le paragraphe 84(2) de la LIPR.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Le critère exposé au paragraphe 84(2) et servant à déterminer si le demandeur devrait être mis en liberté est un critère à deux volets. Le juge désigné pour instruire la demande doit être convaincu que «la mesure [de renvoi prononcée contre l’étranger] ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable» et que «la mise en liberté [de l’étranger] ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui».

S’agissant du premier volet du critère, l’indication d’une période de 120 jours dans le paragraphe 84(2) montre que le législateur voulait que la mesure de renvoi soit exécutée rapidement après qu’un certificat a été jugé raisonnable. Le sens de l’expression «délai raisonnable» dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire. En l’espèce, les conditions de la détention actuelle du demandeur, les procédures judiciaires qui ont été introduites ou qui seront introduites par le demandeur, enfin les lenteurs du renvoi qui sont attribuables au ministre et au demandeur, ont été considérées pour savoir ce qu’était un «délai raisonnable». Un examen attentif de l’historique du cas a révélé que l’incertitude touchant le renvoi du demandeur s’expliquait en grande partie par des procédures

his behalf. While some of the delays were attributable to the Minister, as Madam Justice Dawson stated in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, “where a risk of torture is asserted by a person who has been found to be a Convention refugee, more time, rather than less, will reasonably be required to ensure that the principles of fundamental justice are not breached.” In the case at bar, a second danger opinion by the Minister of Citizenship and Immigration under subsection 115(2) of the IRPA had to be issued because of serious errors made in the first danger opinion, causing further delay. This delay was mitigated to a certain extent by the special circumstances of the coming into force of the IRPA, and the seriousness of the issues to be determined. In the particular circumstances of the case, it could not be said that the delays attributable to the Minister’s delegate on their own were sufficient to warrant a negative finding on the first question in the subsection 84(2) inquiry. Much of the delay was necessary for the due process required for applications brought by the applicant during the proceeding. The applicant’s efforts to resist removal by initiating numerous Court proceedings contributed significantly to the total time he has been held in detention. In *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), the Federal Court of Appeal decided that, in the evaluation as to whether a person will be removed within a reasonable time, an individual is free to take the steps available to him at law to remain in Canada, but, if he does, he could not then complain of delay. As such, it could be said that the applicant holds the key to his own release. He could put an end to his detention at any time by agreeing to leave the country. The Supreme Court of Canada’s decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* did not change the applicability of *Ahani* in these circumstances. *Suresh* is not inconsistent with prior case law. As to the conditions of the applicant’s detention, although they are certainly not ideal, there was uncontradicted evidence to the effect that they are necessary for his own protection within the institution. Although a factor to be considered, the circumstances of the applicant’s detention were insufficient to warrant his immediate release from detention. For these reasons, the applicant did not satisfy the Court that he would not be removed from Canada within a reasonable time.

As to the second part of the test, the Court was not satisfied that releasing the applicant from detention would not pose a danger to national security or to the safety of any person. The Supreme Court of Canada dealt with the phrase “danger to the

judiciaires résultant de son fait, qu’elles fussent passées, actuelles ou envisagées. Certains des délais étaient imputables au ministre, mais, ainsi que le disait M^{me} le juge Dawson dans l’affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Mahjoub*: «que lorsqu’une personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu affirme qu’elle risque la torture en cas d’expulsion, le délai raisonnable exigé pour s’assurer que les principes de justice fondamentale ont été respectés sera plus long». En l’espèce, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration avait dû rendre un second avis de dangerosité en application du paragraphe 115(2) de la LIPR, parce que de graves erreurs avaient été commises dans le premier avis de dangerosité, ce qui avait entraîné un nouveau délai. Ce délai a été atténué dans une certaine mesure par les circonstances particulières de l’entrée en vigueur de la LIPR, ainsi que par la gravité des points à décider. Vu les circonstances de cette affaire, on ne saurait dire que les délais attribuables au représentant du ministre suffisaient par eux-mêmes à justifier une conclusion défavorable pour le premier volet du critère prévu par le paragraphe 84(2). Une bonne partie du délai était nécessaire pour garantir le respect des formes régulières dans le traitement des demandes introduites par le demandeur durant l’instance. Les moyens pris par le demandeur pour empêcher son renvoi, par l’introduction de nombreuses procédures judiciaires, ont incontestablement allongé la durée de sa détention. Dans l’arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), la Cour d’appel fédérale a jugé que, lorsqu’on se demande si la mesure de renvoi sera exécutée dans un délai raisonnable, l’intéressé peut tirer parti des moyens qui lui sont offerts en droit pour rester au Canada, mais, s’il en tire parti, il sera alors malvenu à se plaindre des délais. On pourrait donc dire que le demandeur tient la clé de sa propre mise en liberté. Il pourrait à tout moment mettre un terme à sa détention s’il consentait à quitter le pays. Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la Cour suprême du Canada n’a pas modifié l’applicabilité de l’arrêt *Ahani* à la présente affaire. L’arrêt *Suresh* n’est pas incompatible avec la jurisprudence antérieure. S’agissant des conditions de la détention du demandeur, elles ne sont certes pas idéales, mais il existait une preuve non contredite du demandeur selon laquelle elles sont nécessaires pour sa propre protection au sein de l’établissement. Les circonstances de la détention du demandeur étaient un facteur à prendre en compte, mais elles ne suffisaient pas à justifier sa mise en liberté immédiate. Pour ces motifs, le demandeur n’a pas convaincu la Cour qu’il ne serait pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

S’agissant du deuxième volet du critère, la Cour n’a pas été convaincue que la mise en liberté du demandeur ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui. Dans l’arrêt *Suresh*, la Cour suprême du

security of Canada” in *Suresh*. It stated that while the phrase must be given a “fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.” Its observations with respect to what constitutes a “danger to the security of Canada” are applicable to detention review proceedings. Therefore, for purpose of the within proceeding, evidence which grounds an objectively reasonable suspicion of substantial threatened harm would establish a danger to national security. The onus is on the applicant seeking release, to satisfy the Court on a balance of probabilities, that his or her release will not pose a danger to national security or safety of any person. In the present case, there was abundant evidence before the Court in the public summaries and the confidential security intelligence reports which grounded an objectively reasonable belief that the applicant’s release would pose a danger to national security. The evidence adduced by the applicant was insufficient to neutralize the evidence which gave rise to the objectively reasonable belief that the applicant’s release would pose a danger. In particular, the applicant’s testimony before the Court was found not to be credible. Blanchard J. also made the following determinations: (1) the applicant used clandestine methodologies; (2) he supported the extremist ideals expressed by Usama bin Laden; (3) he was not credible with respect to his Arab-Afghan connections; (4) he was not credible with respect to his involvement in jihad; and (5) he was involved in a forgery ring with international connections that produced false documents. The posting of cash sureties would not address the danger that would be posed by the applicant’s release. The latter did not meet the onus upon him of satisfying the Court, on a balance of probabilities, that his release from detention would not pose a danger to national security or to the safety of any person.

As to the breach of the applicant’s rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the continued detention of the applicant was not contrary to sections 7 and 12 of the Charter. The applicant’s continued detention is permitted by legislation that has been found to be constitutionally valid. Subsections 82(2) and 84(2) comply with the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter, and detention, under reasonable conditions, does not constitute cruel and unusual treatment or punishment prohibited by section 12 of the Charter. In this case the applicant’s detention was preventative as opposed to punitive; solitary detention was required for the applicant’s own protection; it was open to the applicant at any time to put an end to his detention by agreeing to leave the country; and the applicant was being detained under reasonable conditions. It would be premature to find that the applicant’s detention would be of indefinite duration as such a finding will depend

Canada avait affaire à l’expression «danger pour la sécurité du Canada». Selon elle, bien que cette expression «doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d’une menace potentiellement grave». Ses observations sur ce qui constitue un «danger pour la sécurité du Canada» sont applicables à l’examen des motifs d’une détention. Par conséquent, aux fins de la présente instance, la preuve qui fonde un soupçon objectivement raisonnable de menace d’un préjudice sérieux établirait l’existence d’un danger pour la sécurité nationale. Il appartient à celui qui demande sa mise en liberté de convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que sa mise en liberté ne posera aucun danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui. En l’espèce, la Cour avait devant elle, dans les résumés publics et les rapports secrets en matière de sécurité, une preuve abondante qui permettait de croire objectivement que la mise en liberté du demandeur constituerait un danger pour la sécurité nationale. La preuve produite par le demandeur ne suffisait pas à neutraliser la preuve qui permettait de croire objectivement que la mise en liberté du demandeur constituerait un danger. Plus précisément, le témoignage du demandeur devant la Cour n’a pas été jugé crédible. Le juge Blanchard a aussi tiré les conclusions suivantes: 1) le demandeur a recouru à des méthodes clandestines; 2) il soutenait les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden; 3) il n’était pas crédible en ce qui concernait ses liens avec les Afghans arabes; 4) il n’était pas crédible en ce qui concernait son rôle dans le djihad; et 5) il était mêlé à un réseau de faussaires qui avait des liens internationaux et qui produisait de faux documents. Le dépôt de cautionnements en espèces n’éliminerait pas le danger qu’entraînerait la mise en liberté du demandeur. Le demandeur ne s’est pas acquitté du fardeau de convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui.

S’agissant du déni des droits du demandeur garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, le maintien du demandeur en détention n’était pas contraire aux articles 7 et 12 de la Charte. Le maintien de la détention du demandeur est autorisé par une loi qui a été jugée valide sur le plan constitutionnel. Les paragraphes 82(2) et 84(2) sont conformes aux principes de justice fondamentale dont parle l’article 7 de la Charte, et une détention dans des conditions raisonnables n’équivaut pas à des traitements ou peines cruels et inusités au sens de l’article 12 de la Charte. Dans cette affaire, la détention du demandeur était une détention préventive, et non une détention punitive; la détention en régime cellulaire était nécessaire pour la propre protection du demandeur; il était loisible au demandeur en tout temps de mettre un terme à sa détention en consentant à quitter le pays; et le demandeur était détenu dans des conditions raisonnables. Il serait prématuré de dire que la détention du demandeur sera d’une durée indéfinie.

on the outcome of pending and intended Court proceedings. For these reasons, the applicant's continued detention under these circumstances did not amount to cruel and unusual treatment, or punishment and therefore did not violate sections 7 and 12 of the Charter.

Cela dépendra du résultat des procédures introduites devant la Cour et du résultat des futures procédures qui pourraient être introduites par le demandeur ou par les ministres. Pour ces motifs, le maintien du demandeur en détention dans ces circonstances n'équivalait pas à des traitements ou peines cruels et inusités, et par conséquent les droits qui lui sont conférés par les articles 7 et 12 de la Charte n'ont pas été déniés.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57(1) (as am. *idem*, s. 54).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(iii) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (iv)(C) (as am. *idem*), f)(ii) (as am. *idem*), (iii)(B) (as am. *idem*), 27(2)(a) (as am. *idem*, c. 49, s. 16), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1), 78, 81(a), 82(2), 84(2), 115(2).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.).

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub, [2004] 1 F.C.R. 493; (2003), 238 F.T.R. 12 (F.C.); *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 970 (T.D.) (QL); *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 49; 49

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57(1) (mod., *idem*, art. 54).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e)(iii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (iv)(C) (mod., *idem*), f)(ii) (mod., *idem*), (iii)(B) (mod., *idem*), 27(2)(a) (mod., *idem*, art. 16), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11), 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29 art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1), 78, 81, 82(2), 84(2), 115(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Ahani c. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub, [2004] 1 R.C.F. 493; (2003), 238 F.T.R. 12 (C.F.); *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (1^{re} inst.); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 970 (1^{re} inst.) (QL); *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R.

Imm. L.R. (2d) 86 (F.C.T.D.); *R v Shayler*, [2002] 2 All ER 477; *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 299; [2004] F.C.J. No. 420 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419; [2003] F.C.J. No. 1816 (QL).

CONSIDERED:

Almrei (Re) (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (F.C.T.D.); *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1394; [2003] F.C.J. No. 1790 (QL); *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1523; [2003] F.C.J. No. 1940 (QL); *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 5198 (S.C.J.) (QL).

REFERRED TO:

Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1995] 1 F.C. 214; (1994), 24 C.R.R. (2d) 276; 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (T.D.).

APPLICATION for an order pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* that the applicant should be released from detention. Application dismissed.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman for applicant.
Donald A. MacIntosh for respondent Minister of Citizenship and Immigration.
Toby J. Hoffmann for respondent Solicitor General of Canada.
Daniel J. Henry for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Barbara L. Jackman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio Canada for intervener.

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

[1] BLANCHARD J.: The applicant, Mr. Almrei, seeks an order releasing him from detention pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee*

49; 49 Imm. L.R. (2d) 86 (C.F. 1^{re} inst.); *R v Shayler*, [2002] 2 All ER 477; *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299; [2004] A.C.F. n° 420 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419; [2003] A.C.F. n° 1816 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Almrei (Re) (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (C.F. 1^{re} inst.); *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1394; [2003] A.C.F. n° 1790 (QL); *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1523; [2003] A.C.F. n° 1940 (QL); *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 5198 (C.S.J.) (QL).

DÉCISION MENTIONNÉE:

Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1995] 1 C.F. 214; (1994), 24 C.R.R. (2d) 276; 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (1^{re} inst.).

DEMANDE pour que soit rendue conformément au paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* une ordonnance prononçant la mise en liberté du demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman pour le demandeur.
Donald A. MacIntosh pour le défendeur, le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.
Toby J. Hoffmann pour le défendeur, le Solliciteur général du Canada.
Daniel J. Henry pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Barbara L. Jackman, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.
Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE BLANCHARD: Le demandeur, M. Almrei voudrait que soit rendue une ordonnance prononçant sa mise en liberté, en application du paragraphe 84(2) de la

Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (hereinafter referred to as IRPA). Release under subsection 84(2) requires a determination that the applicant “will not be removed from Canada within a reasonable time” and that the person’s “release will not pose a danger to national security or to the safety of any person”.

A. BACKGROUND FACTS

[2] The applicant, Mr. Almrei, is a citizen of Syria. He grew up in Saudi Arabia and came to Canada via Jordan in January 1999. Upon arriving in Canada, Mr. Almrei claimed protection as a Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]. On June 2, 2000, after an oral hearing before the Immigration and Refugee Board, he was recognized as a Convention refugee.

[3] Mr. Almrei was detained on October 19, 2001, pursuant to a certificate signed by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada (the Ministers) in accordance with subsection 40.1(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act). The certificate which issued on October 16, 2001, was based on a security intelligence report received and considered by the Ministers. The certificate indicated that, in the opinion of the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada, the applicant was a person described in subparagraph 19(1)(e)(iii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], clause 19(1)(e)(iv)(C) [as am. *idem*], subparagraph 19(1)(f)(ii) [as am. *idem*] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the former Act. These subparagraphs and clauses provide as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(iii) will engage in terrorism, or

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 (ci-après la LIPR). Une mise en liberté selon le paragraphe 84(2) requiert la preuve «que la mesure [de renvoi] ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable» et que «la mise en liberté [de l’étranger] ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui».

A. LES FAITS

[2] Le demandeur est un ressortissant syrien. Il a grandi en Arabie saoudite puis est arrivé au Canada via la Jordanie en janvier 1999. À son arrivée au Canada, il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]. Le 2 juin 2000, après une audience tenue devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, le statut de réfugié lui a été reconnu.

[3] Le demandeur a été détenu le 19 octobre 2001 en vertu d’une attestation signée par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le solliciteur général du Canada (les ministres), ainsi que le prévoit le paragraphe 40.1(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, s. 31] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l’ancienne Loi). L’attestation, délivrée le 16 octobre 2001, reposait sur un rapport secret en matière de sécurité qu’avaient reçu et examiné les ministres. Elle disait que, de l’avis du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ainsi que du solliciteur général du Canada, le demandeur était une personne décrite dans le sous-alinéa 19(1)e)(iii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], division 19(1)e)(iv)(C) [mod., *idem*], sous-alinéa 19(1)f)(ii) [mod., *idem*] et division 19(1)f)(iii)(B) [mod., *idem*] de l’ancienne Loi. Ces sous-alinéas et divisions sont ainsi formulés:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[...]

e) celles dont il y a des motifs raisonnables, de croire qu’elles:

[...]

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

...

(C) engage in terrorism;

...

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

...

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

[4] Following the issuance of the certificate, the matter was referred to the Federal Court of Canada in accordance with subsection 40.1(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the former Act for a determination as to the certificate's reasonableness pursuant to subsection 40.1(4) [as enacted *idem*] of the former Act. A hearing in the absence of Mr. Almrei and his counsel was conducted on October 24, 2001, over which Madam Justice Tremblay-Lamer, a designated judge of the Federal Court of Canada, presided. Following the hearing, Justice Tremblay-Lamer approved a summary of the information made available to her *in camera*. The summary was released to the applicant in order that he could be reasonably informed of the circumstances giving rise to the issuance of the certificate, pursuant to subsection 40.1(4)(b) of the former Act. Mr. Almrei was also provided with the opportunity to respond to the statement summary, which was to occur in an open hearing on November 13, 2001. On that date, counsel acting on behalf of Mr. Almrei requested an adjournment on the grounds that they had just been retained by Mr. Almrei and that they had been denied access to their client. The adjournment was

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle:

[...]

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

[...]

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

[...]

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée:

[...]

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[4] Après que l'attestation fut délivrée, l'affaire fut soumise à la Cour fédérale du Canada, en application du paragraphe 40.1(3) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4] de l'ancienne Loi, pour qu'elle décide si l'attestation était raisonnable, ainsi que le prévoit le paragraphe 40.1(4) [édicte, *idem*] de l'ancienne Loi. Une audience a eu lieu le 24 octobre 2001, en l'absence du demandeur et de son avocate, audience que présidait M^{me} le juge Tremblay-Lamer, un juge désigné de la Cour fédérale du Canada. À la suite de l'audience, le juge Tremblay-Lamer a approuvé un résumé des renseignements qui lui avait été communiqué à huis clos. Le résumé a été remis au demandeur, en application de l'alinéa 40.1(4)(b) de l'ancienne Loi, pour lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu à l'attestation. Le demandeur s'est vu aussi offrir la possibilité de répondre au résumé, ce qui devait se faire au cours d'une audience publique le 13 novembre 2001. Ce jour-là, l'avocate représentant le demandeur a sollicité un ajournement au motif qu'elle venait d'être engagée par le demandeur et que l'accès à son client lui avait été refusé. L'ajournement fut accordé et l'audience a repris le 19 novembre 2001. À la reprise

granted and the hearing resumed on November 19, 2001. Upon resumption of the hearing, new documents were filed by the Ministers resulting from a computer search by the RCMP. These documents included numerous images of Usama bin Laden and other Al-Qaida members, including Mohammed Atta, alleged to have planned the hijacking, pictures of a plane cockpit, a security officer badge, copies of passports, and military weapons. Mr. Almrei's counsel then presented a motion requesting that the testimony of Mr. Almrei be heard *in camera* and requesting that the Court hold a *voir dire* to determine whether Mr. Almrei's testimony could be heard *in camera*. This motion was dismissed and Mr. Almrei elected not to testify.

[5] In her decision on the reasonableness of the certificate, dated November 23, 2001, Madam Justice Tremblay-Lamer noted that Mr. Almrei's failure to testify constituted a failure on his part to avail himself of his opportunity to be heard. Therefore, the only evidence before her was that presented at the October 24, 2001, hearing in the absence of Mr. Almrei and his counsel pursuant to paragraph 40.1(4)(a) of the former Act, and she concluded at paragraph 31, that on that evidence:

The confidential information . . . strongly supports the view that Mr. Almrei is a member of an international network of extremist individuals who support the Islamic extremist ideals espoused by Osama Bin Laden and that Mr. Almrei is involved in a forgery ring with international connections that produces false documents.

[6] The security certificate issued against the applicant was therefore found to be reasonable (*Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (F.C.T.D.)).

[7] On December 5, 2001, Mr. Almrei was served with notice that the Minister of Citizenship and Immigration would be seeking an opinion that Mr. Almrei constituted a danger to the security of Canada, which, if rendered, would permit the removal of Mr. Almrei to Syria. The applicant replied to the Minister's notice on January 28, 2002. The Minister made further disclosure in relation to the notice on October 15, 2002, and the applicant replied to this further disclosure on November 12, 2002.

de l'audience, de nouveaux documents ont été produits par les ministres, documents qui résultaient d'une recherche informatique effectuée par la GRC. Ces documents étaient les suivants: de nombreuses images d'Oussama ben Laden et autres membres d'Al-Qaida, notamment Mohammed Atta, présumé avoir planifié les détournements d'avions, des photos d'un cockpit d'avion, un insigne d'agent de sécurité, des exemplaires de passeports et des armes militaires. L'avocate du demandeur a alors présenté une requête pour que le témoignage du demandeur soit entendu à huis clos et pour que la Cour procède à un voir dire afin de savoir si le témoignage du demandeur pouvait être entendu à huis clos. Cette requête a été rejetée et le demandeur a décidé de ne pas témoigner.

[5] Dans sa décision du 23 novembre 2001 sur le caractère raisonnable ou non de l'attestation, M^{me} le juge Tremblay-Lamer relevait que le demandeur n'avait pas témoigné et qu'il ne s'était donc pas prévalu de la possibilité qu'il avait d'être entendu. Par conséquent, la seule preuve dont elle disposait était celle qui avait été produite lors de l'audience du 24 octobre 2001, en l'absence du demandeur et de son avocate, en application de l'alinéa 40.1(4)a) de l'ancienne Loi, et, au paragraphe 31 de ses motifs, elle arrivait à la conclusion que, au vu de la preuve:

Les renseignements confidentiels, que je ne puis divulguer, étaient fortement la thèse voulant que M. Almrei soit membre d'un réseau international d'extrémistes qui appuient les idéaux islamiques extrémistes épousés par Oussama ben Laden et qu'il fasse partie d'un réseau de faussaires ayant des liens internationaux qui produit de faux documents.

[6] L'attestation de sécurité délivrée à l'encontre du demandeur fut donc jugée raisonnable (*Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (C.F. 1^{re} inst.)).

[7] Le 5 décembre 2001, le demandeur était informé que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration solliciterait un avis selon lequel le demandeur constitue un danger pour la sécurité du Canada, avis qui, s'il était rendu, autoriserait le renvoi du demandeur en Syrie. Le demandeur a répondu à l'avis du ministre le 28 janvier 2002. Le ministre a communiqué le 15 octobre 2002 d'autres documents au demandeur en rapport avec l'avis, et le demandeur y a répondu le 12 novembre 2002.

[8] A deportation order issued against Mr. Almrei on February 11, 2002. The order issued pursuant to subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the former Act, following an inquiry in which it was determined that the applicant was a person described in paragraph 27(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the former Act. This subsection and this paragraph provide:

27. (1) . . .

(2) An immigration officer or a peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(a) is a member of an inadmissible class, other than an inadmissible class described in paragraph 19(1)(h) or 19(2)(c);

. . .

32. (1) . . .

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall, subject to subsections (7) and 32.1(5), make a deportation order against that person.

[9] Mr. Almrei filed a motion in the Federal Court for a 120-day review of his detention pursuant to subsection 84(2) of the IRPA on September 23, 2002. An *ex parte in camera* hearing, in the absence of Mr. Almrei and his counsel, occurred on November 18, 2002, to review updated information provided to the Court by the Ministers in response to Mr. Almrei's motion for release. I considered submissions and evidence as to whether and why the disclosure of this updated information would be injurious to national security, and upon being satisfied that the information was relevant and that its disclosure would be injurious to national security, I approved for release a summary of the information. The summary was released to counsel for the applicant on November 19, 2002. This summary allowed Mr. Almrei to be reasonably informed about the updated information without disclosing any information that, in my view, would be injurious to national security or to the safety of any person.

[8] Une mesure d'expulsion fut prononcée contre le demandeur le 11 février 2002. La mesure était prononcée conformément au paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] de l'ancienne Loi, à la suite d'une enquête au cours de laquelle il fut décidé que le demandeur était une personne décrite dans l'alinéa 27(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de l'ancienne Loi. Ces deux dispositions sont ainsi formulées:

27. (1) [. . .]

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

a) appartient à une catégorie non admissible, autre que celles visées aux alinéas 19(1)h) ou 19(2)c);

[. . .]

32. (1) [. . .]

(6) S'il conclut que l'intéressé relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (7) et 32.1(5), prend une mesure d'expulsion à son endroit.

[9] Le demandeur a déposé le 23 septembre 2002 une requête devant la Cour fédérale pour que soit examinée sa détention à l'expiration du délai de 120 jours, ainsi que le prévoit le paragraphe 84(2) de la LIPR. Une audience à huis clos, tenue en l'absence du demandeur et de son avocate, a eu lieu le 18 novembre 2002, pour l'examen de renseignements nouveaux communiqués à la Cour par les ministres, en réponse à la requête de mise en liberté présentée par le demandeur. J'ai examiné les conclusions et les éléments de preuve afin de savoir si et pourquoi la communication de ces renseignements nouveaux serait préjudiciable à la sécurité nationale et, persuadé que les renseignements étaient pertinents et que leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale, j'ai approuvé la communication d'un résumé des renseignements. Le résumé a été communiqué à l'avocate du demandeur le 19 novembre 2002. Ce résumé permettait au demandeur d'être mis suffisamment au fait des renseignements nouveaux, sans divulgation

[10] The public hearing in respect of Mr. Almrei's motion for an order releasing him from detention began on November 25, 2002. Evidence in respect of the first part of the subsection 84(2) test, whether the applicant would be removed in a reasonable time, was given by the applicant and by two witnesses on behalf of the Ministers. On November 26, 2002, the applicant and the Ministers made submissions on this first part of the subsection 84(2) test.

[11] On January 13, 2003, the Minister's delegate formed the opinion pursuant to paragraph 115(2)(b) of the IRPA that Mr. Almrei was a danger to the security of Canada and could be removed to Syria, his country of nationality. The Greater Toronto Enforcement Centre of Citizenship and Immigration Canada (CIC) was informed of the Minister's opinion and was told that it could begin making removal arrangements for Mr. Almrei. Mr. Almrei was notified of this decision on January 16, 2003. Mr. Almrei filed an application for leave and for judicial review of the decision of the Minister's delegate on January 17, 2003. On the same day, the applicant, fearing his removal imminent, filed a motion to stay the removal until his application for judicial review was considered and finally determined.

[12] The stay application was subsequently withdrawn by the applicant on the undertaking by the Minister of Citizenship and Immigration not to remove Mr. Almrei until the judicial review application was dealt with. As a consequence of the Minister of Citizenship and Immigration consenting to leave being granted on the judicial review application, the applicant agreed to suspend the detention review with the provision that the detention review hearing would resume on seven days notice by the applicant. A consent order issued to this effect on January 21, 2003.

d'aucun renseignement dont la divulgation eût été, à mon avis, préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[10] L'audience publique relative à la requête du demandeur pour que soit rendue une ordonnance prononçant sa mise en liberté a débuté le 25 novembre 2002. Des éléments de preuve se rapportant au premier volet du critère du paragraphe 84(2), celui de savoir si le demandeur sera ou non renvoyé dans un délai raisonnable, ont été produits par le demandeur et par deux témoins qui ont comparu au nom des ministres. Le 26 novembre 2002, le demandeur et les ministres présentaient des conclusions sur ce premier volet du critère du paragraphe 84(2).

[11] Le 13 janvier 2003, le représentant du ministre exprimait l'avis, conformément à l'alinéa 115(2)b) de la LIPR, que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada et qu'il pouvait être renvoyé en Syrie, le pays dont il est ressortissant. Le Centre d'exécution de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), dans la région métropolitaine de Toronto, a été informé de l'avis du ministre et a été informé qu'il pouvait commencer de prendre les dispositions requises pour le renvoi du demandeur. Le demandeur a été informé de cette décision le 16 janvier 2003. Le lendemain, 17 janvier, le demandeur déposait une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du représentant du ministre. Le même jour, le demandeur, craignant son renvoi imminent, déposait une requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que sa demande de contrôle judiciaire soit étudiée et qu'il en soit disposé à titre définitif.

[12] La requête en sursis d'exécution fut par la suite retirée par le demandeur moyennant l'engagement du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de ne pas renvoyer le demandeur jusqu'à l'issue de la demande de contrôle judiciaire. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ayant consenti à ce que soit autorisée le dépôt de la demande de contrôle judiciaire, le demandeur a accepté que soit suspendu l'examen des motifs de sa détention, sous réserve que l'examen reprendrait moyennant un avis de sept jours de sa part. Une ordonnance sur consentement a été rendue en ce sens le 21 janvier 2003.

[13] By letter dated April 23, 2003, the Minister of Citizenship and Immigration consented to the judicial review application, acknowledging that “the Minister’s Delegate made serious errors in respect to the decision made pursuant to subsection 115(2)”. Counsel for the applicant therefore requested that the detention review be brought back on pursuant to my order of January 21, 2003. Consequently, on May 16, 2003, I ordered that the judicial review be granted and that the detention review resume on June 24, 2003.

[14] The detention review proceeding continued on June 24 and 25, 2003, during which I heard from seven witnesses. Three of these witnesses (one on behalf of the Ministers and two on behalf of the applicant) testified as to whether removal would occur in a reasonable time. Four witnesses addressed their willingness to post sureties and contribute otherwise, to ensure Mr. Almrei’s compliance with any conditions the Court might impose on his release.

[15] The Court also received two declarations, one from the applicant and one on behalf of the applicant from a declarant whose identity was ordered not to be disclosed. During this hearing, the applicant made a motion for an order (1) to seal evidence given by the applicant and to permit the applicant to testify *in camera*; and (2) to compel a Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) or Royal Canadian Mounted Police (RCMP) officer to appear to be examined by counsel for the applicant. The Canadian Broadcasting Corporation (CBC) was given third party standing in respect of the applicant’s first request. The applicant was to provide written submissions in respect of the issues raised by July 31, 2003. Counsel for the Ministers and the CBC were to provide reply submissions by August 20, 2003.

[16] The applicant’s submissions on these issues, along with submissions on the reasonableness of the time for removal, were filed on August 5, 2003. The Ministers and the third party filed their respective responses on August 27, 2003, and August 29, 2003, respectively. After reviewing these submissions and the evidence, an

[13] Par lettre datée du 23 avril 2003, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration consentait à la demande de contrôle judiciaire, reconnaissant que «le représentant du ministre a commis de graves erreurs dans la décision prise conformément au paragraphe 115(2)». L’avocate du demandeur a donc sollicité la reprise de l’examen des motifs de la détention, conformément à mon ordonnance du 21 janvier 2003. J’ai alors ordonné le 16 mai 2003 que la demande de contrôle judiciaire soit accordée et que l’examen des motifs de la détention du demandeur reprenne le 24 juin 2003.

[14] La procédure d’examen des motifs de la détention s’est poursuivie les 24 et 25 juin 2003, et au cours de cette procédure j’ai entendu sept témoins. Trois d’entre eux (l’un comparaisait au nom des ministres et les deux autres au nom du demandeur) ont témoigné sur la question de savoir si le renvoi aurait lieu dans un délai raisonnable. Quatre témoins se sont déclarés prêts à déposer des cautionnements et à garantir par ailleurs que le demandeur se conformerait aux conditions que pourrait imposer la Cour pour sa mise en liberté.

[15] La Cour a également reçu deux déclarations, l’une faite par le demandeur et l’autre faite au nom du demandeur par un déclarant dont l’anonymat a été ordonné. Durant cette audience, le demandeur a présenté une requête pour que soit rendue une ordonnance 1) déclarant confidentiel le témoignage produit par le demandeur et autorisant le demandeur à témoigner à huis clos; et 2) enjoignant à un agent du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ou de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de comparaître pour être interrogé par l’avocate du demandeur. La Société Radio-Canada (la SRC) s’est vu conférer l’intérêt pour agir à titre de tiers mis en cause dans la première requête du demandeur. Le demandeur devait produire au plus tard le 31 juillet 2003 des observations écrites portant sur les points soulevés. Les avocats des ministres et de la SRC devaient avant le 20 août 2003 déposer en réponse leurs propres observations.

[16] Les observations du demandeur sur les points en question, ainsi que les observations sur le caractère raisonnable ou non du délai d’exécution de la mesure de renvoi, ont été déposées le 5 août 2003. Les ministres ont déposé leur réponse le 27 août 2003 et la partie tierce le 29 août 2003. Après examen de ces observations et de la

order and reasons for order issued on October 17, 2003, requiring certain information in the declarations of the applicant and the second declarant to be sealed, and requiring the Ministers to provide a CSIS officer for examination by the applicant. The order gave the applicant 20 days in which to serve and file submissions identifying the portions of the reasons of the order sought to be protected, and to file submissions identifying parts of the declarations to be expunged from the record. The Ministers and the intervener were given five days to reply. Submissions were received from the applicant on November 6, 2003, from the intervener on November 10, 2003, and from the Ministers on November 12, 2003. Further submissions were received from the applicant on November 14, 2003. Having regard to these submissions, orders were issued on November 21 and 24, 2003, whereby certain portions of the evidence arising therefrom were ordered not to be disclosed.

[17] In the meantime, on July 28, 2003, the applicant received notice that the Minister of Citizenship and Immigration would be making a determination pursuant to paragraph 115(2)(b) of the IRPA as to whether he should be removed from Canada on the basis that he poses a danger to the security of Canada. By letter dated August 18, 2003, the applicant requested an extension until September 2, 2003, to make submissions on the risk he faced if returned to Syria, to which the respondent Ministers consented.

[18] The parties were convened by telephone conference on September 16, 2003, to discuss resumption of the detention review. It was determined that November 24, 2003, was the earliest possible date for resumption of the hearing.

[19] On October 23, 2003, the Minister's delegate, the Director General of the Case Management Branch, CIC, made a determination pursuant to paragraph 115(2)(b) that the applicant would not be at risk of torture if returned to Syria and, in the alternative, if he would be at risk of torture if returned to Syria, his removal to torture

preuve, une ordonnance motivée a été rendue le 17 octobre 2003, qui exigeait que certains renseignements figurant dans les déclarations du demandeur et du second déclarant demeurent confidentiels et qui enjoignait aux ministres de produire un agent du SCRS pour qu'il soit interrogé par le demandeur. L'ordonnance donnait au demandeur 20 jours pour signifier et déposer des observations indiquant les parties des motifs de l'ordonnance devant être tenues confidentielles et pour déposer des observations indiquant les parties des déclarations devant être supprimées du dossier. Les ministres et l'intervenante avaient cinq jours pour produire une réponse. Des observations ont été reçues du demandeur le 6 novembre 2003, de l'intervenante le 10 novembre 2003 et des ministres le 12 novembre 2003. D'autres observations ont été reçues du demandeur le 14 novembre 2003. Eu égard à ces observations, des ordonnances ont été rendues les 21 et 24 novembre 2003, qui ordonnaient la confidentialité de certaines parties de la preuve découlant desdites observations.

[17] Dans l'intervalle, le 28 juillet 2003, un avis était signifié au demandeur, selon lequel le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration allait décider, conformément à l'alinéa 115(2)b) de la LIPR, si le demandeur devrait être renvoyé du Canada au motif qu'il posait un danger pour la sécurité du Canada. Par lettre datée du 18 août 2003, le demandeur sollicitait une prorogation de délai jusqu'au 2 septembre 2003 afin de pouvoir présenter des observations sur les risques auxquels il serait exposé s'il devait retourner en Syrie, prorogation à laquelle les ministres défendeurs ont consenti.

[18] Les parties ont été convoquées par conférence téléphonique le 16 septembre 2003 pour débattre de la reprise de l'examen des motifs de la détention du demandeur. Il fut décidé que la date du 24 novembre 2003 était la date la plus rapprochée pour une reprise de l'examen.

[19] Le 23 octobre 2003, le représentant du ministre, directeur général du règlement des cas à CIC, décidait, en application de l'alinéa 115(2)b), que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de torture s'il retournait en Syrie et, subsidiairement, que, pour le cas où il serait exposé à un tel risque, son renvoi était néanmoins justifié

was justified because of the risk he presented to the security of Canada. On October 30, 2003, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the Minister's delegate's decision.

[20] On Friday, November 21, 2003, affidavit evidence was filed on behalf of the Ministers indicating that the applicant's removal date had been selected and removal was scheduled to occur within two and one-half weeks. On November 24 and 26, 2003, this Court heard from three witnesses who confirmed, on behalf of the Ministers, that the applicant's removal was imminent.

[21] Since Mr. Almrei's removal was imminent, the applicant requested a stay of the removal order pending the determination of his application for leave and for judicial review of the October 23, 2003, decision. The motion for stay of the removal was heard on November 26, 2003, and the detention review was adjourned pending the determination of that motion.

[22] By my order and reasons for order of November 27, 2003 [*Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1394; [2003] F.C.J. No. 1790 (QL)], the deportation order dated February 11, 2003, was stayed pending the outcome of the application for leave and for judicial review. The detention review therefore resumed on November 27 and continued on November 28, 2003.

[23] When the detention review proceedings resumed, the Ministers produced one witness, a CSIS intelligence officer, in accordance with my order of October 17, 2003. The Court also heard from four witnesses who gave evidence as to the applicant's character and in respect of their willingness to ensure that Mr. Almrei complied with terms and conditions of release that might be imposed by the Court.

[24] During these continued proceedings, the applicant made an argument that section 78 of the IRPA had no application to detention review proceedings. The applicant requested permission to make written submissions as to the applicability of section 78 of the IRPA to the within proceedings, and submissions were

en raison du risque qu'il présentait pour la sécurité du Canada. Le 30 octobre 2003, le demandeur déposait une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du représentant du ministre.

[20] Le vendredi 21 novembre 2003, une preuve par affidavit était produite au nom des ministres, selon laquelle la date du renvoi du demandeur avait été choisie, le renvoi devant avoir lieu dans un délai de deux semaines et demie. Les 24 et 26 novembre 2003, la Cour a entendu trois témoins, qui ont confirmé, au nom des ministres, que le renvoi du demandeur était imminent.

[21] Comme son renvoi était imminent, le demandeur a sollicité un sursis d'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit disposé de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 23 octobre 2003. La requête en sursis d'exécution a été instruite le 26 novembre 2003, et l'examen des motifs de la détention a été ajourné jusqu'à ce qu'il soit disposé de cette requête.

[22] Par suite de mon ordonnance motivée du 27 novembre 2003 [*Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1394; [2003] A.C.F. n° 1790 (QL)], la mesure d'expulsion datée du 11 février 2003 a été suspendue jusqu'à l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. L'examen des motifs de la détention a donc repris le 27 novembre et s'est poursuivi le 28 novembre 2003.

[23] Lorsque la procédure d'examen des motifs de la détention a repris, les ministres ont produit un témoin, un agent de renseignement du SCRS, conformément à mon ordonnance du 17 octobre 2003. La Cour a aussi entendu quatre témoins qui se sont exprimés sur la moralité du demandeur et qui se sont déclarés prêts à garantir l'observation, par le demandeur, des conditions qui pourraient être imposées par la Cour pour sa mise en liberté.

[24] Au cours de cette procédure d'examen, le demandeur a fait valoir que l'article 78 de la LIPR ne s'appliquait pas aux procédures d'examen des motifs d'une détention. Il a sollicité l'autorisation de présenter des observations écrites sur l'applicabilité de l'article 78 de la LIPR aux procédures en question, et des

received from the applicant on December 5, 2003, from the Ministers on December 10, 2003, and from the applicant in reply on December 12, 2003. An order and reasons for order issued on December 29, 2003 [*Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1523; [2003] F.C.J. No. 1940 (QL)], in response to these submissions, in which I concluded that section 78 of the IRPA applied to detention review hearings pursuant to subsection 84(2) of the IRPA.

[25] The detention review hearing resumed on January 5, 2004, and concluded on January 7, 2004, during which the Court heard from the applicant and from three witnesses on behalf of the applicant. These witnesses gave their views as to whether the applicant poses a danger to national security or to the safety of any person.

[26] The applicant and the Ministers were to have filed written submissions on January 26, 2004, and February 2, 2004, respectively. The applicant's submissions were received on February 2, 2004. Counsel for the applicant requested a further extension of time to file her reply submissions and was granted until February 18, 2004, to file these reply submissions.

B. LEGISLATIVE FRAMEWORK AND APPLICABLE LEGAL PRINCIPLES

[27] Subsection 84(2) of the IRPA sets out the test to be met before a foreign national can be released from detention. It provides as follows:

84. . . .

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

[28] Subsection 84(2) is substantially similar to subsections 40.1(8) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] and (9) [as enacted *idem*] of the

observations ont été reçues du demandeur le 5 décembre 2003, des ministres le 10 décembre 2003 et de nouveau du demandeur, en réponse, le 12 décembre 2003. Une ordonnance motivée a été rendue le 29 décembre 2003 [*Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1523; [2003] A.C.F. n° 1940 (QL)], en réponse auxdites observations, ordonnance dans laquelle je concluais que l'article 78 de la LIPR s'appliquait aux procédures d'examen des motifs d'une détention dont il est question au paragraphe 84(2) de la LIPR.

[25] L'examen des motifs de la détention a repris le 5 janvier 2004 et s'est terminé le 7 janvier 2004, et durant cet examen, la Cour a entendu le demandeur et trois témoins qui comparaissaient en son nom. Ces témoins ont donné leur opinion sur le point de savoir si le demandeur constitue un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui.

[26] Le demandeur et les ministres devaient produire des observations écrites le 26 janvier 2004 et le 2 février 2004 respectivement. Les observations du demandeur ont été reçues le 2 février 2004. L'avocate du demandeur a sollicité une nouvelle prorogation du délai fixé pour le dépôt de ses observations en réponse, et elle a obtenu jusqu'au 18 février 2004 pour les déposer.

B. CADRE LÉGISLATIF ET PRINCIPES JURIDIQUES APPLICABLES

[27] Le paragraphe 84(2) de la LIPR expose le critère à remplir avant qu'un ressortissant étranger ne puisse être mis en liberté. En voici le texte:

84. [. . .]

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

[28] Le paragraphe 84(2) est très semblable aux paragraphes 40.1(8) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4] et (9) [édicte, *idem*] de l'ancienne

former Act. The test to be applied remains a two-fold test, and the judge designated to hear the application must be satisfied that the foreign national “will not be removed from Canada within a reasonable time” and that the person’s “release will not pose a danger to national security or to the safety of any person”. As Justice Dawson noted in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2004] 1 F.C.R. 493 (F.C.) (hereinafter *Mahjoub*), at paragraph 16, the wording with respect to the first part of the subsection 84(2) test is identical to that found in the former Act in subsection 40.1(9), and the wording with respect to the second part of the subsection 84(2) test differs only in that the term “will not pose a danger to national security” is used instead of the phrase “would not be injurious to national security”, and reference is made to the safety of “any person” instead of the safety of “persons”.

[29] In *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (hereinafter *Ahani* (2000)), the Federal Court of Appeal decided that, in the evaluation as to whether a person will be removed within a reasonable time, an individual is free to take the steps available to him at law to remain in Canada, but, if he does, he could not then be heard to complain of delay. This is the same reasoning that was used by Justice McGillis in *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (hereinafter *Ahani* (1995)), at page 695, Justice Rothstein, then of the Trial Division, in *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 970 (T.D.) (QL), at paragraphs 6-8, and Justice Denault in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 49 (F.C.T.D.) (hereinafter *Ahani* (1999)), at paragraph 23, and which was later adopted by Justice Dawson in *Mahjoub*. The applicant submits that the reasoning used in these cases by the Federal Court of Appeal and the Trial Division is “just wrong and cannot be followed by this Court”, because the reasoning is premised on a view of the statutory scheme that is in error, in light of the Supreme Court of Canada’s decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 (hereinafter *Suresh*).

Loi. Le critère à appliquer reste un critère à deux volets, et le juge désigné pour instruire la demande doit être convaincu que «la mesure [de renvoi] ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable» et que «la mise en liberté [de l'étranger] ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui». Ainsi que le notait le juge Dawson dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2004] 1 R.C.F. 493 (C.F.) (ci-après *Mahjoub*), au paragraphe 16, le texte de la première partie du critère du paragraphe 84(2) est identique au texte du paragraphe 40.1(9) de l'ancienne Loi, et le texte de la deuxième partie du critère du paragraphe 84(2) ne diffère de son équivalent du paragraphe 40.1(9) que sous l'aspect suivant: l'expression «ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale» y est employée au lieu de l'expression «ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale», et le paragraphe 84(2) parle de la sécurité «d'autrui» tandis que le paragraphe 40.1(9) parle de la sécurité de «personnes».

[29] Dans l'arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (ci-après *Ahani* (2000)), la Cour d'appel fédérale a jugé que, lorsqu'on se demande si la mesure de renvoi sera exécutée dans un délai raisonnable, l'intéressé peut tirer parti des moyens qui lui sont offerts en droit pour rester au Canada, mais, s'il en tire parti, il sera alors malvenu à se plaindre des délais. Ce même raisonnement a été appliqué par le juge McGillis dans l'affaire *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (ci-après *Ahani* (1995)), à la page 695, ainsi que par le juge Rothstein, alors de la Section de première instance, dans l'affaire *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 970 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 6 à 8, et par le juge Denault dans l'affaire *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après *Ahani* (1999)), au paragraphe 23, et il a plus tard été adopté par le juge Dawson dans l'affaire *Mahjoub*. Selon le demandeur, le raisonnement employé dans ces précédents par la Cour d'appel fédérale et par la Section de première instance est «tout simplement erroné et ne saurait être suivi par la Cour», parce qu'il repose sur une idée erronée du régime législatif, eu égard à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (ci-après *Suresh*).

[30] The applicant sets out in his submissions the particular grounds upon which he bases his assertion that the decision in *Ahani* (2000) is wrong or cannot be supported because of the decision in *Suresh*. First, the applicant submits that Parliament did not intend for people who are subject to security certificates to remain in custody until removed, as is allegedly stated in *Ahani* (2000), at paragraph 12. Secondly, the applicant submits that there is nothing in the legislation to suggest that Parliament intended that persons not removed within the 120-day period continue to be detained. This is argued to be in conflict with the statement at paragraph 13 of *Ahani* (2000) that “release under subsection 40.1(9) cannot be an automatic or easy thing to achieve.” Thirdly, the applicant submits that the Court of Appeal in *Ahani* (2000) was in error to expect the applicant to lead new evidence of a significant change in circumstances, in order to be released. The applicant submits that the same decision determined that different standards of proof apply to the security certificate reasonableness hearing and the release application consideration, and that the decision is therefore internally inconsistent. In addition, it is argued that *Ahani* (2000) is contrary to the Supreme Court of Canada’s reasoning in *Suresh* in this respect. Fourthly, the applicant submits that Justice Linden’s statement in *Ahani* (2000) that an applicant who is the subject of a security certificate is not entitled to a presumption of innocence is “odd” or misplaced. Fifthly, the applicant submits that, contrary to the reasons in *Ahani* (2000), at paragraph 18, the right to seek an effective remedy is part of the statutory process enacted by Parliament, and cannot be counted against the applicant in the determination as to whether removal will take place within a reasonable time. In the applicant’s submission, the right to seek an effective remedy is entrenched by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), and if Parliament intended that a person’s removal be predicated on her not taking steps to protect herself from removal to torture, Parliament would not have provided for a statutory review mechanism, nor would Parliament have left intact the jurisdiction of this statutory court to grant stays against removal. The applicant notes that the decision in *Ahani* (2000) is not consistent with decisions in *Suresh* and in *Sahin v.*

[30] Le demandeur expose dans ses observations les moyens précis qui selon lui permettent d’affirmer que l’arrêt *Ahani* (2000) est erroné ou ne peut être approuvé en raison de l’arrêt *Suresh*. D’abord, selon le demandeur, le législateur ne voulait pas qu’une personne visée par un certificat de sécurité demeure en détention jusqu’à son renvoi, contrairement à ce que semble dire l’arrêt *Ahani* (2000), au paragraphe 12. Deuxièmement, selon le demandeur, la loi ne dit nulle part que le législateur voulait que les personnes non renvoyées à l’intérieur du délai de 120 jours demeurent en détention. Cette seconde proposition n’autoriserait pas, d’après lui, les mots du paragraphe 13 de l’arrêt *Ahani* (2000), où l’on peut lire que «la mise en liberté prévue au paragraphe 40.1(9) ne peut être automatique ou facile à obtenir». Troisièmement, selon le demandeur, dans l’arrêt *Ahani* (2000), la Cour d’appel s’est fourvoyée en disant que le demandeur devait produire, pour être mis en liberté, de nouveaux éléments de preuve attestant un net changement des circonstances. Selon le demandeur, on peut lire dans le même arrêt que des normes de preuve différentes s’appliquent à l’enquête sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité et à l’examen de la demande de mise en liberté, de sorte que l’arrêt renferme des contradictions internes. Le demandeur fait aussi valoir que l’arrêt *Ahani* (2000) est contraire sur ce point au raisonnement suivi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Suresh*. Quatrièmement, selon le demandeur, l’affirmation du juge Linden, dans l’arrêt *Ahani* (2000), selon laquelle un demandeur qui est l’objet d’un certificat de sécurité n’a pas droit à la présomption d’innocence, est une affirmation «étrange» ou déplacée. Cinquièmement, le demandeur soumet que, contrairement aux motifs de l’arrêt *Ahani* (2000), au paragraphe 18, le droit d’exercer un recours effectif fait partie du mécanisme établi par le législateur et ne saurait jouer contre le demandeur lorsque vient le temps de déterminer si son renvoi aura lieu dans un délai raisonnable. De l’avis du demandeur, le droit d’exercer un recours effectif est inscrit dans 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), et, si le législateur avait voulu que le renvoi d’une personne soit fondé sur le fait qu’elle n’a pas pris de mesures pour se protéger contre son renvoi, le législateur n’aurait pas prévu un mécanisme officiel

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) in this regard.

[31] The decision in *Ahani* (2000) is one of the Federal Court of Appeal. As such, I would necessarily be bound by the reasons therein, unless I was convinced that a change in the legislation or, as per the applicant's suggestion, the Supreme Court of Canada's decision in *Suresh* deemed this jurisprudence to be no longer applicable in the circumstances.

[32] I am not persuaded by the applicant's arguments that *Suresh* has changed the applicability of *Ahani* (2000) in these circumstances. On the contrary, I agree with the reasons of Madam Justice Dawson in *Mahjoub* that there is no basis to depart from the reasons and decision of the Federal Court of Appeal in *Ahani* (2000). In *Mahjoub*, the learned Justice concluded at paragraph 19 that she had "not been persuaded that the wording now found in subsection 84(2) of the Act is, by virtue of the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh*, to be construed in a significantly different fashion than the similar provisions in the former Act". She found "great similarity" in the language in the two provisions and noted that the applicable passages relied on in *Suresh* were not written in the context of a detention review. She acknowledged that the comments of the Supreme Court with respect to the nature of the evidence required to establish "a danger to the security of Canada" to be of guidance in interpreting the phrase "danger to national security". She concluded, however, and I agree, that *Suresh* is not inconsistent with prior jurisprudence.

[33] One of the arguments advanced on Mr. Almrei's behalf is that the Supreme Court in *Suresh* made it clear that the determination that the security certificate is reasonable does not automatically mean that the person presents a danger to the security of Canada or to the safety of any person. It was argued that the issuance and upholding of a security certificate is based on a

d'examen, ni n'aurait laissé intact le pouvoir de la Cour d'accorder un sursis d'exécution de mesures de renvoi. Le demandeur relève que l'arrêt *Ahani* (2000) ne s'accorde pas sur ce point avec l'arrêt *Suresh* ni avec la décision rendue dans l'affaire *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.).

[31] L'arrêt *Ahani* (2000) a été rendu par la Cour d'appel fédérale. Je suis donc nécessairement lié par ses motifs, à moins que je ne sois convaincu que cette jurisprudence a été rendue inapplicable par une modification législative ou, ainsi que l'a suggéré le demandeur, par l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada.

[32] Je ne suis pas persuadé par l'argument du demandeur selon lequel l'arrêt *Suresh* a modifié ici l'applicabilité de l'arrêt *Ahani* (2000). Au contraire, je souscris aux motifs de M^{me} le juge Dawson, dans l'affaire *Mahjoub*, pour qui rien ne justifie une entorse aux motifs exposés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ahani* (2000). Dans ce précédent, le juge Dawson concluait, au paragraphe 19, qu'elle n'avait «pas [été] convaincue que le libellé actuel du paragraphe 84(2) de la Loi devrait, en raison de l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada, être interprété différemment des dispositions analogues de l'ancienne Loi». Elle a trouvé une «grande similitude» dans le texte des deux dispositions et a relevé que les passages applicables invoqués dans l'arrêt *Suresh* n'avaient pas été rédigés dans le contexte d'un examen des motifs d'une détention. Elle a reconnu que les observations de la Cour suprême à propos de la nature de la preuve requise afin d'établir l'existence d'«un danger pour la sécurité du Canada» étaient utiles pour interpréter l'expression «danger pour la sécurité nationale». Elle a cependant conclu, et je partage son avis, que l'arrêt *Suresh* n'est pas incompatible avec la jurisprudence antérieure.

[33] L'un des arguments avancés au nom du demandeur est que la Cour suprême, dans l'arrêt *Suresh*, a bien souligné que la conclusion selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable ne signifie pas automatiquement que la personne concernée constitue un danger pour la sécurité du Canada ou pour la sécurité d'autrui. Il a fait valoir que la délivrance et la

reasonableness standard, i.e. that the person is “possibly” described and not “likely” described. As a consequence of the higher standard required on a detention review, it is argued that the legal principles set out by the Court of Appeal, in particular, in *Ahani* (2000) are not applicable to detention reviews under subsection 84(2).

[34] I agree with the applicant that a determination that a security certificate is reasonable is not conclusive proof that the person is a danger to the security of Canada. Paragraph 81(a) states that, if a certificate is determined to be reasonable, it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible. If satisfying the requirements of paragraph 81(a) automatically satisfied the requirements of subsection 84(2), the latter would be redundant. Further, Parliament has clearly set out two different standards of proof in respect of paragraph 81(a) and subsection 84(2), reasonable grounds and balance of probabilities, respectively. I am not persuaded, however, that there is anything in the Court of Appeal’s decision in *Ahani* (2000) which is inconsistent with this conclusion or inconsistent with the determination in *Suresh*. In fact, Justice Linden recognized these two differing standards of proof at paragraph 16 of *Ahani* (2000):

... the onus of proof in this release application is on the person applying to be released. In my view, that onus must be met on the ordinary standard of proof in civil cases, the balance of probabilities. While Parliament has changed the normal standard of proof in the subsection 40.1(1) proceedings to “reasonableness” in paragraph 40.1(3)(d) [*sic*] and to “reasonable grounds” in section 19, it has not done so with regard to the release proceedings under subsection 40.1(8) to (10). Further, the word “satisfied” is used. Hence, in my view, there is no reason to think that the standard of proof should be anything other than the usual balance of probabilities standard.

[35] Therefore, I am unable to conclude that the Supreme Court of Canada’s decision in *Suresh* undermines the import of the Federal Court of Appeal’s decision in *Ahani* (2000). I am essentially in agreement

confirmation d’un certificat de sécurité dépendent de son caractère raisonnable ou non, c’est-à-dire s’il est «possible» et non pas «probable» que la personne qu’il vise soit la personne en cause. En conséquence de la norme plus élevée qui s’attache à l’examen des motifs d’une détention, le demandeur affirme que les principes juridiques exposés par la Cour d’appel, en particulier dans l’arrêt *Ahani* (2000), ne sont pas applicables aux examens du genre prévus par le paragraphe 84(2).

[34] Je reconnais avec le demandeur que le fait de dire qu’un certificat de sécurité est raisonnable ne prouve pas d’une manière concluante que la personne qu’il vise constitue un danger pour la sécurité du Canada. Selon l’article 81, une fois jugé raisonnable, le certificat fait foi de l’interdiction de territoire. Si l’observation des conditions de l’article 81 suffisait automatiquement à remplir les conditions du paragraphe 84(2), ces dernières conditions seraient superflues. Le législateur a d’ailleurs clairement établi deux normes de preuve différentes pour l’article 81 et pour le paragraphe 84(2), à savoir les motifs raisonnables dans le premier cas et la prépondérance des probabilités dans le second. Je ne suis pas convaincu cependant que l’arrêt *Ahani* (2000) de la Cour d’appel soit de quelque manière incompatible avec cette conclusion, ou incompatible avec le résultat de l’arrêt *Suresh*. En fait, le juge Linden reconnaissait, au paragraphe 16 de l’arrêt *Ahani* (2000), l’existence des deux normes de preuve en question:

[...] la charge de la preuve repose sur la personne qui demande à être mise en liberté. À mon avis, cette preuve doit être établie conformément à la norme de preuve applicable dans les affaires civiles, soit la prépondérance des probabilités. Bien que le législateur ait changé la norme de preuve habituelle dans les instances concernant le paragraphe 40.1(1) pour celle du «caractère raisonnable» à l’alinéa 40.1(4)d) et pour celle des «motifs raisonnables de croire» à l’article 19, il ne l’a pas fait à l’égard des instances relatives à la mise en liberté aux paragraphes 40.1(8) à (10). De plus, l’expression «s’il estime» est utilisée. Par conséquent, selon moi, il n’y a aucune raison de penser que la norme de preuve devrait être différente de la norme habituelle de la prépondérance des probabilités.

[35] Il m’est donc impossible de dire que l’arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada amoindrit la portée de l’arrêt *Ahani* (2000) de la Cour d’appel fédérale. Je suis pour l’essentiel en accord avec le

with the reasoning and conclusions of Madam Justice Dawson in *Mahjoub* that jurisprudence under the former Act is applicable to determinations under the current legislative scheme, notwithstanding the decision in *Suresh*. As a consequence, I also conclude that the following legal principles derived from this jurisprudence, as described by Madam Justice Dawson, are applicable to detention review proceedings pursuant to subsection 84(2) of the IRPA.

i. The standard of proof is the ordinary civil standard.

ii. The Ministers have already discharged the onus upon them to establish the grounds for the initial detention.

iii. The certificate is conclusive proof that the person is inadmissible to Canada on grounds of security or any other ground listed in subsection 77(1) of the Act, or its predecessor section, and referenced in the certificate.

iv. Release under subsection 84(2) cannot be an automatic, because persons to whom subsection 84(2) applies have been found to be inadmissible to Canada on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

v. A person cannot be detained indefinitely, at least without good reason. Therefore, review is available after 120 days and release is allowed, but only if the statutory criteria are met.

[36] I should also note that, earlier in this proceeding, I ruled that the provisions of section 78 of the IRPA are applicable to applications for judicial release under subsection 84(2) of the IRPA. At that time, I provided reasons for my ruling. Paragraphs 78(e) and (h) of the IRPA provide the process to be followed when considering evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate, which would be injurious to national security or the safety of persons. Those paragraphs provide as follows:

78. The following provisions govern the determination:

...

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the

raisonnement et les conclusions de M^{me} le juge Dawson dans l'affaire *Mahjoub*, lorsqu'elle dit que la jurisprudence issue de l'ancienne Loi est applicable aux décisions relevant du régime législatif actuel, et cela nonobstant l'arrêt *Suresh*. J'arrive donc aussi à la conclusion que les principes juridiques suivants, dérivés de cette jurisprudence, et tels que les a décrits M^{me} le juge Dawson, sont applicables à l'examen des motifs d'une détention qui est entrepris en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR.

(i) La norme de preuve est celle qui s'applique normalement en matière civile.

(ii) Les ministres se sont déjà acquittés du fardeau qui leur incombait de démontrer le bien-fondé de la détention initiale.

(iii) Le certificat fait foi de l'interdiction de territoire de l'intéressé pour des raisons de sécurité ou pour tout autre motif énuméré au paragraphe 77(1) de la Loi, ou de l'article qui l'a précédé, et qui sont mentionnés dans le certificat.

(iv) La mise en liberté prévue au paragraphe 84(2) n'est pas accordée automatiquement, car les personnes visées au paragraphe 84(2) ont fait l'objet d'un constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, pour grande criminalité ou pour criminalité organisée.

(v) Nul ne peut être détenu indéfiniment, du moins pas sans un motif valable. La personne détenue peut donc demander le contrôle des motifs de sa détention après 120 jours et obtenir sa mise en liberté si elle satisfait aux critères prévus par la loi.

[36] Je dois aussi souligner que, plus tôt dans la présente instance, j'ai jugé que les dispositions de l'article 78 de la LIPR s'appliquent aux demandes de mise en liberté judiciaire présentées selon le paragraphe 84(2) de la LIPR. J'avais alors motivé ma décision. Les alinéas 78e) et h) de la LIPR exposent la procédure à suivre lorsqu'il s'agit d'examiner, en l'absence du résident permanent ou du ressortissant étranger désigné dans le certificat, les éléments de preuve qui seraient préjudiciables à la sécurité nationale ou à la sécurité de personnes. Voici le texte de ces dispositions:

78. Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

[...]

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son

judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

...

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed.

C. BASIS FOR DETENTION

[37] Mr. Almrei was detained in October 2001 pursuant to a security certificate signed in accordance with subsection 40.1(1) of the former Act. In accordance with paragraph 40.1(4)(b), the basis for the detention was set out, to the extent possible in a public document, in the “Statement Summarizing the Information Pursuant to Paragraph 40.1 of the *Immigration Act*”, dated October 18, 2001. That summary reviewed the nature of the allegations against Mr. Almrei, the reasons for the issuance of the security certificate, and for the original detention.

[38] In that summary, the Service states that it has reason to believe that Mr. Almrei is a member of an international network of extremist groups and individuals who follow and support the Islamic extremist ideals espoused by Usama bin Laden. According to this summary, the Bin Laden network uses terrorism to further its goals of overthrowing secular Islamic governments in order to create Islamic states based on their extremist interpretation of Islamic law, and the network is associated with bombings of United States embassies, and suspected of involvement in the planning and execution of September 11, 2001, attacks against the *United States*.

[39] The Service also states in this summary that Mr. Almrei participated in jihad and has demonstrated a devotion to Usama bin Laden’s cause. The summary alleges that a common bond is shared by individuals involved in the Usama bin Laden network based on time

conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui;

[. . .]

(h) le juge fournit au résident permanent ou à l’étranger, afin de lui permettre d’être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

C. FONDEMENT DE LA DÉTENTION

[37] Le demandeur a été mis en détention en octobre 2001 conformément à une attestation de sécurité signé en application du paragraphe 40.1(1) de l’ancienne Loi. En application de l’alinéa 40.1(4)b), le fondement de la détention était indiqué, autant qu’il fût possible, dans un document public, en l’occurrence l’«État résumant les renseignements en application de l’article 40.1 de la *Loi sur l’immigration*», document daté du 18 octobre 2001. Ce résumé décrivait les accusations portées contre le demandeur, les raisons de la délivrance du certificat de sécurité et les raisons de la détention initiale.

[38] Dans ce résumé, le Service dit qu’il a des raisons de croire que le demandeur fait partie d’un réseau international de groupes extrémistes et de personnes qui observent et soutiennent les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden. Selon ce résumé, le réseau ben Laden utilise le terrorisme pour favoriser ses objectifs, c’est-à-dire le renversement de gouvernements islamiques laïcs afin de créer des États islamiques fondés sur leur interprétation extrémiste de la loi islamique, et le réseau est rattaché aux attentats à la bombe perpétrés contre certaines ambassades des États-Unis, et il est soupçonné d’avoir planifié et exécuté les attaques du 11 septembre 2001 contre les États-Unis.

[39] Le Service dit aussi dans ce résumé que le demandeur a participé au djihad et s’est rallié à la cause d’Oussama ben Laden. Selon le résumé, un lien universel rattache les membres du réseau d’Oussama ben Laden, un lien qui est attesté par le temps qu’ils passent dans des

spent in training camps and on battlefields fighting in jihads under leaders associated with or sponsored by bin Laden, and it alleges that Mr. Almrei shares these bonds and has demonstrated his support of Usama bin Laden and his followers. The summary states that Service investigations have shown that Mr. Almrei is preoccupied with security and behaves in a clandestine fashion to avoid authorities detecting his activities, and that Mr. Almrei is associated with Arab Afghans connected to the Usama bin Laden network, including Nabil Al Marabh.

[40] In this summary, the Service alleges that terrorist groups rely on false travel documents to facilitate international travel, and that Mr. Almrei is involved in a forgery ring with international connections that produces such false documents. It notes that Mr. Almrei admitted having obtained three false Syrian passports from the Muslim Brotherhood and a false United Arab Emirates (UAE) passport in order to travel outside Saudi Arabia, and that, although Mr. Almrei claimed to have destroyed these documents, a search by CIC of his apartment on September 13, 2000, revealed a number of these documents, including the false UAE passport. The summary also alleges that Mr. Almrei's perfume and honey business provided him with the opportunity to travel to Pakistan in the early 1990s when mujahedin activity was taking place. The Service refers in this summary to media reports indicating that honey businesses were used to provide cover and funds for the Usama bin Laden network.

[41] Subsequent to Mr. Almrei's arrest and detention on October 19, 2001, the Service obtained further information substantiating its belief that Mr. Almrei's release would be injurious to national security. As indicated above (see Background Facts), following an *in camera* hearing on November 18, 2002, in the absence of Mr. Almrei and his counsel, I approved a summary of the additional information, which was released to the applicant on November 19, 2002. This second summary served to inform Mr. Almrei of the further information.

camps d'entraînement et sur des champs de bataille, pour combattre dans des djihads, sous les ordres de chefs associés à ben Laden ou parrainés par lui, et l'on peut lire aussi dans le résumé que le demandeur partage ce lien et a montré son soutien à Oussama ben Laden et à ses disciples. Selon le résumé, les enquêtes menées par le Service ont révélé que le demandeur s'efforce d'être discret et se comporte d'une manière clandestine pour éviter d'être découvert par les autorités et qu'il est associé aux Afghans arabes en cheville avec le réseau d'Oussama ben Laden, notamment à Nabil Al Marabh.

[40] Dans ce résumé, le Service dit que les groupes terroristes se servent de faux documents de voyage pour faciliter leurs déplacements à l'étranger et que le demandeur fait partie d'un réseau de faussaires aux ramifications internationales qui produit les faux documents en question. On peut lire dans le résumé que le demandeur a reconnu avoir obtenu trois faux passeports syriens auprès de la Fraternité musulmane et un faux passeport des Émirats arabes unis (EAU), afin de voyager à l'extérieur de l'Arabie saoudite, et que, même si le demandeur a prétendu avoir détruit ces documents, une fouille effectuée par CIC dans son appartement le 13 septembre 2000 a révélé l'existence de plusieurs de ces documents, notamment le faux passeport des EAU. Le résumé précise aussi que les activités commerciales menées par le demandeur dans le domaine des parfums et celui du miel lui ont donné la possibilité de se rendre au Pakistan au début des années 1990 alors que commençaient les activités des moudjahidin. Le Service parle, dans ce résumé, de comptes rendus des médias indiquant que les activités liées au miel servaient à couvrir et à financer le réseau d'Oussama ben Laden.

[41] À la suite de l'arrestation et de la détention du demandeur le 19 octobre 2001, le Service a obtenu d'autres renseignements confirmant sa conviction que la mise en liberté du demandeur serait préjudiciable à la sécurité nationale. Comme il est indiqué précédemment (voir la section intitulée Les faits), j'ai approuvé, à la suite d'une audience à huis clos tenue le 18 novembre 2002, en l'absence du demandeur et de son avocate, un résumé des renseignements additionnels, résumé qui a été remis au demandeur le 19 novembre 2002. Ce second résumé a servi à mettre le demandeur au fait des renseignements additionnels.

[42] In this second summary, the Service alleges that danger to the public from the Al-Qaida network has intensified and that individuals supporting Al-Qaida's ideology have amply demonstrated that they are still prepared to participate in Jihad against the West. The Service indicates in this summary that security agencies worldwide are concerned about the strong likelihood of future attacks already in the advanced planning and preparation stages, and that there is difficulty locating individuals involved in such activities who have assumed false identities, since Usama bin Laden has directed supporters on how to blend into western societies and prepare for further terrorist attacks. The summary includes examples of Canadian citizens whose whereabouts are unknown, but who the Service believes are using false identities to remain undetected.

[43] The second summary reiterates the Service's conclusion that Mr. Almrei is a member of an international network of extremist individuals who support the Islamic extremist ideals espoused by Usama bin Laden, and their conclusion that Mr. Almrei is involved in a forgery ring with international connections that produces false documents. The summary alleges that Mr. Almrei's detention disrupted a significant logistical support service which could be available to Al-Qaida supporters in Canada and abroad, and it alleges that his release would place him in a position to re-establish his connections in the procurement of fraudulent documents.

D. ISSUES

[44] In order for the applicant to be released, subsection 84(2) of the IRPA requires that both of the following questions be answered in the affirmative:

1. Will the foreign national not be removed from Canada within a reasonable time?
- and
2. Will Mr. Almrei's release pose a danger to national security or to the safety of any person?

[42] Dans ce second résumé, le Service allègue que le danger que pose pour le public le réseau Al-Qaida s'est intensifié et que les individus qui soutiennent l'idéologie d'Al-Qaida ont amplement montré qu'ils sont encore prêts à participer au djihad contre l'Occident. Le Service précise dans ce résumé que les organismes s'occupant de sécurité de par le monde jugent très probable que de futures attaques soient déjà à des stades avancés de planification et de préparation, et il ajoute qu'il est difficile de reconnaître les individus s'adonnant à de telles activités, qui se servent de fausses identités, Oussama ben Laden ayant indiqué à ses partisans comment ils doivent s'y prendre pour se fondre dans les sociétés occidentales et se préparer à d'autres attaques terroristes. Le résumé donne des exemples de citoyens canadiens dont on ignore tout, mais qui, selon ce que croit le Service, utilisent de fausses identités pour ne pas être repérés.

[43] Le deuxième résumé réitère la conclusion du Service selon laquelle le demandeur est membre d'un réseau international d'extrémistes qui soutiennent les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden, et il confirme également la conclusion du Service selon laquelle le demandeur fait partie d'un réseau de faussaires aux ramifications internationales qui fabrique de faux documents. Selon le résumé, la détention du demandeur a désorganisé un important service de soutien logistique sur lequel pouvaient compter les adeptes d'Al-Qaida au Canada et à l'étranger, et on y allègue que sa mise en liberté lui donnerait la possibilité de rétablir ses contacts parmi les adeptes en quête de documents frauduleux.

D. POINTS LITIGIEUX

[44] Pour que le demandeur puisse être mis en liberté, il faut, selon le paragraphe 84(2) de la LIPR, une réponse affirmative aux deux questions suivantes:

1. Le ressortissant étranger sera-t-il ou non renvoyé du Canada dans un délai raisonnable?
- et
2. La mise en liberté du demandeur posera-t-elle ou non un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui?

[45] I will also consider the following question:

Is the continuation of Mr. Almrei's detention a breach of his rights under sections 7 and 12 of the Charter?

E. POSITIONS OF THE PARTIES

I. Applicant's position

[46] Mr. Almrei is detained in solitary confinement at the Toronto West Detention Centre since October 19, 2001. The applicant submits that he will not be removed immediately and that, especially when taking into account the conditions, and in particular, the solitary nature of the detention, his detention has already exceeded a reasonable time. The applicant submits that further detention constitutes cruel and unusual treatment and is contrary to sections 7 and 12 of the Charter.

[47] On the second part of the subsection 84(2) test, the applicant submits that his release will not pose a danger to national security or to the safety of any person. He contends that the threat he may pose to national security or to the safety of any person is not "serious" as required by the Supreme Court of Canada in *Suresh* and the case against him does not allege involvement in violence or a risk of involvement in violence. In Mr. Almrei's submission, there is no evidence in the public record to support the contention that he supports Islamic extremist ideals espoused by Usama bin Laden, that he has or may take violent action against civilians, or that he is a religious extremist. Mr. Almrei contends that he participated in the jihad in response to a call from the mosques and government, and he denies having been trained to be a fighter or having been associated with bin Laden.

[48] With respect to the allegations that Mr. Almrei has connections with Arab Afghans, the applicant submits that no terrorism-related charges have been laid against any of the individuals cited by the Service in their public summaries. Mr. Almrei contends that his efforts to obtain false documents while in the Middle East are consistent with the reality of his circumstances, in that he was unable to obtain legitimate travel

[45] J'examinerai aussi la question suivante:

Le maintien de la détention du demandeur équivaut-il à nier les droits qui sont reconnus au demandeur par les articles 7 et 12 de la Charte?

E. POSITIONS DES PARTIES

I. Position du demandeur

[46] Le demandeur est détenu en régime cellulaire au Centre de détention de Toronto Ouest depuis le 19 octobre 2001. Il soutient qu'il ne sera pas renvoyé immédiatement et que, surtout compte tenu des conditions de sa détention, et en particulier du régime cellulaire auquel il est soumis, sa détention a déjà dépassé un délai raisonnable. Il estime que le maintien de sa détention constitue un traitement cruel et inusité qui est contraire aux articles 7 et 12 de la Charte.

[47] S'agissant du deuxième volet du critère du paragraphe 84(2), le demandeur soutient que sa mise en liberté ne mettra pas en danger la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Il prétend que la menace qu'il peut présenter pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui n'est pas «sérieuse» selon ce qu'exigeait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, et que les soupçons dont il est l'objet ne font pas état de sa participation réelle ou appréhendée à des actes de violence. De l'avis du demandeur, le dossier public ne permet pas d'affirmer qu'il soutient les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden, qu'il a usé ou pourrait user de violence contre des civils ou qu'il est un religieux extrémiste. Le demandeur affirme qu'il a participé au djihad en réponse à un appel des mosquées et du gouvernement, et il dément avoir été formé pour être un combattant ou avoir été associé à ben Laden.

[48] S'agissant des présumés liens du demandeur avec les Afghans arabes, le demandeur soutient qu'aucune accusation de terrorisme n'a été portée contre l'un quelconque des individus mentionnés par le Service dans ses résumés publics. Le demandeur affirme que les moyens qu'il a employés pour obtenir de faux documents alors qu'il se trouvait au Moyen-Orient s'accordent avec la réalité de sa condition, en ce sens qu'il lui était

documents, and that his assistance to Al Marabh in obtaining a false passport does not mean that he is part of an international forgery ring. He submits that his involvement in a small honey business was not linked to Al-Qaida, and that his behaviour cannot be characterized as clandestine, as alleged, but even if it was clandestine, such behaviour is understandable given his awareness of ongoing CSIS investigations. Finally, Mr. Almrei denies allegations that he is linked to Al-Qaida through his participation with the Al Haramin charity. He submits that the allegations that Al-Qaida has infiltrated this charity do not extend to the whole organization or to the Saudi Arabia offices.

[49] Mr. Almrei submits that he should be released on terms and conditions. He agrees to abide by conditions set by the Court, and suggests, *inter alia*, that the Court require the deposit of sureties, regular reporting to the Immigration Reporting Centre, restricted travel to within 50 km of Toronto, no contact with anyone known or suspected of involvement with Islamic extremism, and surrender of all travel documents.

II. Ministers' position

[50] In the Ministers' submission, the applicant has not demonstrated that he will not be removed within a reasonable time. The Ministers submit that the conditions of the applicant's detention are adequate and not contrary to the Charter, and that any alleged delay in the processing of the file is justified in light of significant changes to the legislative scheme and staffing reorganizations that affected carriage of Mr. Almrei's file within the Ministry. The Ministers also note that the analysis required by this file, that is, the weighing of risks to the applicant if he is returned to Syria against the danger he might pose to Canada, must be thorough and can be time-consuming.

impossible d'obtenir des documents de voyage authentiques et que son aide à Al Marabh pour qu'il obtienne un faux passeport ne signifie pas qu'il fait partie d'un réseau international de faussaires. Il soutient que son rôle dans une petite entreprise s'occupant de miel n'avait rien à voir avec Al-Qaida et que son comportement ne saurait être qualifié de clandestin, comme on le prétend, mais que, quand bien même serait-il clandestin, ce comportement est compréhensible étant donné qu'il avait connaissance des enquêtes menées par le SCRS. Finalement, le demandeur dément les affirmations selon lesquelles il est lié à Al-Qaida en raison de son rôle dans l'organisme de bienfaisance appelé Al Haramin. Il est d'avis que les affirmations d'après lesquelles Al-Qaida aurait noyauté Al Haramin ne s'étendent pas à l'ensemble de l'organisation ni à ses bureaux situés en Arabie saoudite.

[49] Le demandeur soutient qu'il devrait bénéficier d'une mise en liberté assortie de conditions. Il s'engage à se conformer aux conditions que fixera la Cour et propose entre autres que la Cour impose les conditions suivantes: que des cautionnements soient déposés, que le demandeur se présente régulièrement au Centre d'information du service d'immigration, qu'il limite ses déplacements à un rayon de 50 kilomètres de Toronto, qu'il s'abstienne de communiquer avec toute personne dont on sait ou dont on soupçonne qu'elle joue un rôle dans l'extrémisme islamique, et qu'il remette tous ses documents de voyage.

II. Position des ministres

[50] De l'avis des ministres, le demandeur n'a pas prouvé qu'il ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable. Les ministres affirment que les conditions de détention du demandeur sont acceptables et non contraires à la Charte et que tout prétendu retard dans le traitement du dossier est justifié, compte tenu des importantes modifications apportées au régime législatif, ainsi que des réorganisations du personnel, qui ont ralenti le traitement du dossier du demandeur au sein du ministère. Les ministres relèvent aussi que l'analyse requise par ce dossier, c'est-à-dire l'appréciation des risques que court le demandeur s'il est renvoyé en Syrie, par rapport au danger qu'il pourrait poser pour le Canada, doit être une analyse approfondie, ce qui peut demander beaucoup de temps.

[51] With respect to the second requirement of subsection 84(2), it is the Ministers' submission that the applicant has failed to demonstrate, on a balance of probabilities, that he is not a danger to national security or the safety of any person. The Ministers rely on the statement summaries described above, and on other evidence adduced in public and in private to support this conclusion. The Ministers submit that terms and conditions cannot prevent the applicant's return to the activities that are alleged against him, namely, involvement in an international forgery ring.

F. EVIDENCE

[52] At the outset, and having regard to the two distinct questions involved in the subsection 84(2) inquiry, I indicated my preference to consider the evidence on the first question prior to hearing any evidence on the second. However, as the proceeding evolved, and in light of the numerous delays incurred for various reasons, as reflected in the detailed chronology, I elected to receive all of the evidence before rendering a decision.

[53] In the proceeding, a number of hearings were conducted *in camera*, in the absence of the applicant and his counsel. At these hearings, the Court considered secret evidence. As stated above (see Legislative Framework and Applicable Legal Principles), I decided earlier in this proceeding that section 78 of the IRPA is applicable to applications for judicial release under subsection 84(2). Mr. Almrei acknowledged this decision in his written submissions, but included further and substantial submissions on what the Court should consider when evaluating secret evidence in the absence of the applicant and his counsel.

[54] The applicant cites the following as general principles relevant to the assessment of secret evidence:

- There is a presumption that persons tell the truth, unless there is good reason to doubt the truthfulness of the statements made.

[51] S'agissant de la seconde condition du paragraphe 84(2), les ministres sont d'avis que le demandeur n'a pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'il ne constitue pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui. Les ministres s'appuient sur les résumés décrits plus haut, ainsi que sur les autres éléments de preuve produits en audience publique et à huis clos au soutien de cette conclusion. Les ministres estiment que l'imposition de conditions ne pourra empêcher le retour du demandeur aux activités qui lui sont imputées, à savoir son rôle dans un réseau international de faussaires.

F. LA PREUVE

[52] Au départ, et compte tenu des deux questions distinctes que comporte l'enquête menée en vertu du paragraphe 84(2), j'avais indiqué ma préférence pour un examen de la preuve relative à la première question avant que ne soit entendue la preuve relative à la seconde. Cependant, à mesure qu'évoluait la procédure, et eu égard aux nombreux délais entraînés pour diverses raisons, qui sont mentionnées dans la chronologie détaillée, j'ai décidé de recevoir toute la preuve avant de rendre une décision.

[53] Au cours de l'instance, plusieurs audiences se sont déroulées à huis clos, en l'absence du demandeur et de son avocate. Lors de ces audiences, la Cour a examiné les éléments de preuve secrets. Comme je l'ai indiqué précédemment (voir la section intitulée Cadre législatif et principes juridiques applicables), j'ai décidé, au tout début de cette instance, que l'article 78 de la LIPR est applicable aux demandes de mise en liberté judiciaire présentées en vertu du paragraphe 84(2). Le demandeur a pris acte de cette décision dans ses observations écrites, mais a ajouté des observations additionnelles et substantielles précisant ce que la Cour devrait examiner au moment d'évaluer la preuve secrète en l'absence du demandeur et de son avocate.

[54] Le demandeur dit que les principes généraux suivants s'appliquent à l'évaluation de la preuve secrète:

- on doit présumer qu'une personne dit la vérité, à moins qu'il n'existe une bonne raison de douter de la véracité des déclarations qu'elle fait;

- A conclusion as to dangerousness must be made on the evidence and cannot be based on speculation and conjecture.
- Evidence which is to be rejected as not credible or trustworthy must be rejected for valid reasons and in clear terms with reasons provided as to why it was found not to be so.
- Evidence which is credible and trustworthy cannot be ignored. While it is not necessary to note every piece of evidence in reaching a decision, there cannot be selective reliance on evidence presented to the detriment of the person concerned, nor can such material be ignored.
- Negative credibility findings in respect of aspects of evidence given by a witness need not result in a rejection of other aspects of the evidence given by that witness, unless the Court determines for valid reasons, that all of the evidence of a particular witness is not credible.
- Witnesses may have distinct and unique experiences which affect their perception of the facts. This does not negate the credibility of their evidence, as it would in fact not be normal if there were not some differences in recollection. It is proper to assess evidence, where there may be some inconsistencies, as to its “harmony with the preponderance of the probabilities which a practical and informed person would readily recognize as reasonable in that place and in those conditions”; and
- When considering the plausibility of the evidence, the decision maker must be aware of her own limitations in respect of understanding the dynamics, norms and practices in other cultures, which are foreign to the decision maker and about which the decision maker may know little or nothing.
- c’est la preuve qui peut autoriser une conclusion selon laquelle une personne constitue un danger, et non des suppositions ou des conjectures;
- les éléments de preuve qui seront rejetés parce qu’ils ne sont pas crédibles ou dignes de foi doivent être rejetés pour des motifs valides et en des termes précis, et il doit être précisé pourquoi ces éléments de preuve ont été jugés non crédibles ou non dignes de foi;
- les éléments de preuve qui sont crédibles et dignes de foi ne peuvent être ignorés. Il n’est pas nécessaire de faire état de chaque élément de preuve lorsqu’on arrive à une décision, mais la preuve qui est défavorable à la personne concernée ne saurait être privilégiée, pas plus qu’elle ne peut être ignorée;
- lorsque certains aspects de la déposition d’un témoin ne sont pas crédibles, il ne s’ensuit pas nécessairement que les autres aspects de la déposition doivent être rejetés, à moins que la Cour n’estime, pour des raisons valides, que c’est l’ensemble de la preuve de tel ou tel témoin qui n’est pas crédible;
- les antécédents particuliers d’un témoin peuvent fausser sa perception des faits. Cela ne signifie pas que son témoignage n’est pas crédible, car en réalité il ne serait guère normal que les souvenirs que peuvent conserver d’un événement divers témoins soient rigoureusement les mêmes. Lorsque la preuve renferme des contradictions, il convient de l’évaluer en tenant compte de son «harmonie avec la prépondérance des probabilités qu’une personne informée et douée de sens pratique jugerait d’emblée raisonnables en cet endroit et dans ces conditions»; et
- lorsqu’il juge de la vraisemblance de la preuve, le décideur doit être conscient de ses propres limites dans la compréhension de la dynamique, des normes et des pratiques propres à d’autres cultures, lesquelles sont étrangères au décideur et à propos desquelles le décideur ne sait rien, ou peu de choses.

[55] The applicant also made submissions on the degree of cogency required for evidence to be given legal weight. The applicant submits that evidence that creates only suspicion, surmise or conjecture is

[55] Le demandeur a aussi présenté des observations sur la force que doit présenter la preuve pour avoir une valeur juridique. Selon le demandeur, la preuve qui ne consiste qu’en soupçons, hypothèses ou conjectures ne

insufficient, and he points out that the more serious the consequences, the greater the care that is to be taken in assessing the evidence. In addition, the applicant submits that the burden of substantiating a negative conclusion is higher where the conduct is morally blameworthy, and the legal presumption, if any, is in favour of lawful conduct.

[56] Although the applicant recognizes that section 78 of the IRPA permits the Court to receive into evidence anything that is appropriate, the applicant submits that this does not permit the Court to give weight to evidence which is not established as being reliable, credible and trustworthy. The applicant outlined concerns about the quality of evidence that is received *in camera* in the absence of the applicant and his counsel and cautioned the Court against accepting such evidence without considering the source and general quality of the evidence. In particular, the applicant cautioned against reliance on hearsay, and since media and human rights reports amount to hearsay and cannot be properly challenged, cautioned against reliance on such reports, especially where the consequences to the applicant are severe, as they are in the immigration context when deportation is at issue. The applicant also noted the difficulties inherent in accepting evidence from parties to a conflict.

[57] In addition, the applicant submits that, where evidence has not been disclosed, the evidence should not be received by the Court without being tested by the Court, the Court being the only independent body involved in the *in camera*, *ex parte* hearing. The applicant notes that, in contrast to detention review hearings, the Security Intelligence Review Committee hearings do involve independent counsel, who cross-examine the witnesses. The applicant submits that there is a lack of transparency in detention review hearings since there is no indication that secret evidence is tested, and yet, to rely on such evidence without thoroughly testing it would be to “rubber stamp” the government’s position. In the applicant’s submission, this amounts to an “unfair imbalance” in such

suffit pas, et il fait remarquer que plus les conséquences sont graves, plus la preuve doit être évaluée avec soin. Le demandeur soutient aussi que la charge d’étayer une conclusion défavorable est plus élevée lorsque la conduite est condamnable moralement, et, le cas échéant, il faudra présumer en droit que la conduite était licite.

[56] Le demandeur reconnaît que l’article 78 de la LIPR permet à la Cour de recevoir comme preuve tout élément qu’elle estime utile, mais le demandeur est d’avis que cela n’autorise pas la Cour à accorder du poids à des éléments de preuve qui ne sont pas tenus pour fiables, crédibles et dignes de foi. Le demandeur a exprimé des doutes sur la qualité de la preuve qui est reçue à huis clos, en son absence et en l’absence de son avocate, et il a mis la Cour en garde contre le fait d’accepter de tels éléments de preuve sans tenir compte de leur source et de leur qualité générale. Plus exactement, le demandeur a mis la Cour en garde contre le fait de s’en remettre à la preuve par ouï-dire, et, puisque les médias et les rapports sur les droits humains sont des preuves par ouï-dire qui ne peuvent être véritablement mis en doute, il a mis la Cour en garde contre le fait de s’en rapporter aux rapports du genre, surtout lorsque les conséquences pour le demandeur sont graves, comme elles le sont dans le contexte de l’immigration, puisqu’il est question d’expulsion. Le demandeur a aussi évoqué les difficultés inhérentes à l’acceptation de témoignages produits par les parties à un conflit.

[57] Le demandeur soutient aussi que, lorsque la preuve n’a pas été divulguée, elle ne devrait pas être admise par la Cour sans avoir été minutieusement examinée par elle, la Cour étant le seul organe impartial investi d’un rôle dans l’audience *ex parte* et à huis clos. Le demandeur relève que, contrairement à l’examen des motifs d’une détention, les examens que mène le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité font, eux, intervenir des avocats indépendants, qui contre-interrogent les témoins. Le demandeur affirme qu’il y a un manque de transparence dans les examens des motifs de détentions puisque rien ne laisse croire que la preuve secrète est rigoureusement examinée, et l’on peut donc dire, selon lui, que le fait d’accepter de tels éléments de preuve sans les soumettre à un examen

proceedings. Therefore, the applicant suggests a principled approach to testing and accepting evidence that includes ascertaining the original sources of information, identifying the nature of the interests of the original sources, and examining the direct sources or the people receiving the information to ascertain their reliability. The applicant submits that the Court should assess the interests of CSIS officers who present evidence and of any informant's interests, as well as their credibility, and should consider in these assessments any political divisions in the Arab community. In essence, the applicant submits that the Court must make a determination that undisclosed evidence is credible, trustworthy and capable of being given legal weight.

[58] I have determined earlier that the provisions of section 78 of the IRPA which govern the determination of the reasonableness of the certificate are also applicable to a detention review under subsection 84(2) of the IRPA. The designated judge is required by these provisions to ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge, if in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. Assuring the security of such information and of the service that provides it is aptly discussed in *R v Shayler*, [2002] 2 All ER 477, at paragraph 25:

There is much domestic authority pointing to the need for a security or intelligence service to be secure. The commodity in which such a service deals is secret and confidential information. If the service is not secure those working against the interests of the state, whether terrorists, other criminals or foreign agents, will be alerted, and able to take evasive action; its own agents may be unmasked; members of the service will feel unable to rely on each other; those upon whom the service relies as sources of information will feel unable to rely on their identity remaining secret; and foreign countries will decline to entrust their own secrets to an insecure recipient (see, for example, *A-G v Guardian Newspapers Ltd (No 2)* . . . [1990] 1 AC 109 at 118, 213-214, 259, 265; *A.-G. v Blake (Jonathan Cape Ltd, third party)* . . . [2001] 1 AC 268 at 287.

rigoureux revient à accepter sans discussion la position du gouvernement. De l'avis du demandeur, il en résulte, dans les examens des motifs de détentions, un «déséquilibre injuste». Par conséquent, le demandeur préconise, pour l'examen et l'acceptation de la preuve, une démarche structurée consistant à vérifier les sources originales de l'information, à déterminer la nature des intérêts des sources en question et à interroger les sources directes ou les gens qui ont obtenu l'information afin de mesurer leur fiabilité. Le demandeur estime que la Cour devrait évaluer les intérêts des agents du SCRS qui présentent des éléments de preuve, ainsi que les intérêts de tout informateur, de même que leur crédibilité, et qu'elle devrait tenir compte, dans telles évaluations, des dissensions politiques présentes au sein de la communauté arabe. Essentiellement, selon le demandeur, la Cour doit décider si la preuve non divulguée est crédible, digne de foi et apte à bénéficier d'un poids juridique.

[58] Je disais plus haut que les dispositions de l'article 78 de la LIPR, qui régissent la décision selon laquelle le certificat est ou n'est pas raisonnable, sont également applicables à l'examen des motifs de détention entrepris en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR. Le juge désigné est tenu, par ces dispositions, de veiller à la confidentialité des renseignements sur lesquels repose le certificat, et la confidentialité de tout autre élément de preuve pouvant être présenté au juge, si, de l'avis du juge, leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. L'arrêt *R v Shayler*, [2002] 2 All ER 477, examine avec à propos, au paragraphe 25, la tâche consistant à assurer la sécurité de tels renseignements ainsi que du service qui les fournit:

[TRADUCTION] De nombreux commentateurs nationaux affirment qu'un service de renseignement ou de sécurité doit bénéficier de garanties. Le produit dans lequel opère un tel service est l'information secrète et confidentielle. Si le service ne bénéficie pas de garanties, ceux qui travaillent contre les intérêts de l'État, qu'il s'agisse de terroristes, d'autres criminels ou d'agents étrangers, finiront par l'apprendre et seront en mesure de prendre la tangente; les propres agents du service pourront être démasqués; les membres du service ne seront plus en mesure de compter les uns sur les autres; ceux sur qui le service compte comme sources d'information se verront incapables de compter sur la confidentialité de leur identité; et les pays étrangers refuseront de confier leurs propres secrets à un destinataire dépourvu de garanties: voir

The same basis for ensuring the security of Canada's intelligence service and its information remains applicable in the context of threats posed by international terrorists.

[59] Paragraph (j) of section 78 also provides the designated judge with broad discretion in respect of the evidence that may be received and considered. Paragraph (j) of section 78 provides that "the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence." Evidence received by a designated judge in the absence of the applicant and counsel is not tested in the usual way, that is to say by cross-examination by the party against whom it is being adduced. It is therefore left to the designated judge to test, question and challenge the evidence. Since the evidence must be received in the absence of the applicant or counsel it is incumbent on the designated judge to rigorously and critically scrutinize this evidence in reaching any determination regarding its relevance to the issues, its reliability and proper weight.

[60] In testing evidence which cannot be disclosed for security reasons, the designated judge must adopt a principled approach to the exercise. To that end the presence or absence of corroboration, consistency of the evidence, and whether it is hearsay, are among factors to consider. To test the reliability of the evidence the judge may probe into the credibility and reliability of the source of the information. This may be done by the designated judge putting questions directly to affiants and possibly to other persons. In addition the judge may question counsel representing the Service on their submissions.

[61] In the instant case, the above principles were applied to the hearings that were held in the absence of the applicant and his counsel. I examined the evidence and conducted the necessary inquiries to satisfy myself of the cogency of the secret evidence, its probative value, its reliability, and that it was appropriate in the

par exemple l'arrêt *A-G v Guardian Newspapers Ltd. (No 2)* [. .] [1990] 1 AC 109 at 118, 213-214, 259, 265; *A.-G. v Blake (Johathan Cape Ltd, third party)* [. .] [2001] 1 AC 268 at 287.

Les mêmes raisons de garantir la protection du service canadien du renseignement et la protection de son information restent applicables dans le contexte des menaces que font peser les terroristes internationaux.

[59] L'alinéa j) de l'article 78 donne aussi au juge désigné un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la preuve qu'il peut recevoir et examiner. Cet alinéa prévoit que «[le juge] peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci». La preuve reçue par le juge désigné en l'absence du demandeur et de son avocat n'est pas examinée de la manière habituelle, c'est-à-dire par contre-interrogatoire mené par la partie à l'encontre de laquelle cette preuve est produite. C'est donc au juge désigné qu'il revient d'examiner, de mettre en doute et de contester la preuve. Puisque la preuve doit être reçue en l'absence du demandeur ou de son avocat, il appartient au juge désigné d'examiner rigoureusement et d'un œil critique cette preuve avant de décider si elle intéresse les points soulevés et si elle est digne de foi et avant de lui accorder la valeur qui lui revient.

[60] Lorsqu'il examine la preuve qui ne peut être divulguée pour raisons de sécurité, le juge désigné doit adopter dans cet exercice une approche structurée. Parmi les facteurs qu'il doit considérer, il y a la présence ou l'absence d'éléments concordants, la cohérence de la preuve et le point de savoir s'il s'agit d'une preuve par oui-dire. Pour dire si la preuve est ou non digne de foi, le juge peut vérifier la crédibilité et la fiabilité de la source de l'information. Pour ce faire, le juge désigné peut interroger directement les déposants et peut-être aussi d'autres personnes. Le juge peut aussi interroger sur ses observations l'avocat représentant le Service.

[61] Dans le cas qui nous occupe, les principes susmentionnés ont été appliqués aux audiences qui ont été tenues en l'absence du demandeur et de son avocat. J'ai examiné la preuve et me suis posé les questions nécessaires pour me convaincre de la force de la preuve secrète, de sa valeur probante, de sa fiabilité et de son

circumstances. I then proceeded to assess its proper weight in light of all of the evidence. In the context of the legislative scheme I must work within, I am satisfied the secret evidence was properly considered in accordance with the above principles.

[62] In my reasons, I am obligated by law not to disclose any information which would be injurious to national security or to the safety of any person. In consequence, my reasons cannot be as complete as they would otherwise be with respect to why such information was either accepted or rejected in whole or in part.

I. Applicant's evidence

[63] Mr. Almrei testified and was cross-examined by counsel for the Ministers on two occasions. On the first occasion, November 25, 2002, Mr. Almrei testified as to the conditions of his detention at the Toronto West Detention Centre. He indicated that he continues to be held in solitary confinement in a nine-by-twelve-foot cell with a mattress, a sink, a toilet and two lights, one of which is on 24 hours per day. Mr. Almrei has no pillow or towel. He is permitted to go outside only every few days for a few minutes at a time, but is not given boots or a coat to wear outside in the winter. He is permitted to shower only every few days, and he has no contact with anyone except guards. Mr. Almrei has the Koran and is permitted some other reading materials, but educational programs are not made available to him, and visits and phone calls are restricted.

[64] Mr. Almrei testified a second time on January 6 and 7, 2004. On that occasion he described his travels and the reasons for his travels throughout the Middle East and to Thailand between 1990 and 1999, and his role, including the training he received, in the jihad in Afghanistan. Mr. Almrei described the images taken from his computer and explained, where possible, the sources of these images. Mr. Almrei explained his limited relationships and interactions with Nabil Al Marabh, Hoshem Al Taha, and Ahmed Al Kaysee. He

caractère congru par rapport aux circonstances. J'ai alors entrepris d'en faire l'appréciation à la lumière de l'ensemble de la preuve. Eu égard au régime législatif applicable ici, je suis d'avis que la preuve secrète a été examinée d'une manière pleinement conforme aux principes susmentionnés.

[62] Dans mes motifs, je suis tenu en droit de ne divulguer aucune information susceptible d'être préjudiciable pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui. Mes motifs ne peuvent donc être aussi complets qu'ils le seraient autrement sur les raisons pour lesquelles cette information a été acceptée ou rejetée, en totalité ou en partie.

I. La preuve du demandeur

[63] Le demandeur a témoigné et a été contre-interrogé par les avocats des ministres, à deux reprises. La première fois, le 25 novembre 2002, le demandeur a témoigné à propos des conditions de sa détention au Centre de détention de Toronto Ouest. Il a dit qu'il était encore détenu en régime cellulaire, dans une cellule de neuf pieds sur douze, pourvue d'un matelas, d'un évier, de toilettes et de deux lumières, dont l'une est allumée 24 heures par jour. Le demandeur n'a ni oreiller ni serviette. Il est autorisé à sortir de sa cellule une fois seulement chaque deux ou trois jours, et pour quelques minutes à la fois, mais il n'a ni bottes ni manteau à porter à l'extérieur durant l'hiver. Il est autorisé à prendre une douche une fois seulement tous les deux ou trois jours, et il n'a aucun contact avec personne, sauf les gardiens. Le demandeur dispose du Coran et il a à sa disposition quelques autres lectures, mais il n'a accès à aucun programme d'enseignement, et les visites et appels téléphoniques qu'il peut recevoir ou faire sont limités.

[64] Le demandeur a témoigné une deuxième fois les 6 et 7 janvier 2004. À cette occasion, il a décrit ses voyages et les raisons de ses voyages au Moyen-Orient et en Thaïlande entre 1990 et 1999, ainsi que son rôle, notamment l'entraînement qu'il a reçu, dans le djihad, en Afghanistan. Le demandeur a décrit les images extraites de son ordinateur et a expliqué, lorsque c'était possible, les sources de telles images. Il a expliqué ses relations et interactions limitées avec Nabil Al Marabh, Hoshem Al Taha et Ahmed Al Kaysee. Il a expliqué comment il était

explained how he came to be in possession of false UAE, Syrian and Yemeni passports, and he described his provision of a false Canadian passport for Nabil Al Marabh. Mr. Almrei testified that, if released, he would like to live with Diana Ralph.

[65] In cross-examination, Mr. Almrei described his involvement in various camps in Pakistan and Afghanistan and acknowledged that he lied to the Refugee Board about his travels to Afghanistan, and failed to tell the Service or Immigration officials about his role as an Imam in Afghanistan. Mr. Almrei described his work with the Muslim-African agency and for Al Haramin in Saudi Arabia, and he admitted that he failed to include information about this involvement in his statements to Immigration officials. He acknowledged that he obtained a false Canadian passport for Nabil Al Marabh for a profit, and admitted that, although he was not a close friend, Mr. Almrei went to visit Al Marabh in detention in Niagara Falls and loaned money to Al Marabh's uncle for his release. Mr. Almrei also described his meeting with "Ghaled", an individual he met in Thailand, and he acknowledged that Ghaled was a people smuggler. He also acknowledged that although he did not know Hoshem Al Taha, he included his name as a contact on an application for a Canadian visa.

[66] Dr. El Helbawy and Dr. El Fadl testified on behalf of the applicant and provided background information relating to the jihad in Afghanistan and the role of various people and organizations in that conflict.

[67] Dr. El Helbawy served as a spokesperson for the Muslim Brotherhood in the United Kingdom between 1995 and 1997, and he is involved in Muslim education. He gave evidence on the history of the conflict in Afghanistan and the involvement of the men who went to the conflict, including the training they may have received in various camps. Dr. El Helbawy also discussed his impression of Islamic extremism and the connection between extremism, Al-Qaida, and fighting in the jihad. In both direct and cross-examination, Dr. El Helbawy stated that he was not willing to conclude that

venu en possession de faux passeports des EAU, de la Syrie et du Yémen, et il a décrit sa remise d'un faux passeport canadien à Nabil Al Marabh. Le demandeur a indiqué dans son témoignage que, s'il était mis en liberté, il voudrait vivre avec Diana Ralph.

[65] Durant son contre-interrogatoire, le demandeur a décrit son rôle dans divers camps, au Pakistan et en Afghanistan, et il a reconnu qu'il avait menti à la Commission du statut de réfugié à propos de ses voyages en Afghanistan et qu'il avait négligé de signaler au Service ou aux fonctionnaires de l'Immigration son rôle d'imam en Afghanistan. Le demandeur a décrit son affectation auprès de l'agence islamo-africaine et auprès du Al Haramin, en Arabie saoudite, et il a reconnu avoir négligé d'inclure des renseignements sur ce rôle dans ses déclarations aux fonctionnaires de l'Immigration. Il a reconnu avoir obtenu un faux passeport canadien pour Nabil Al Marabh, contre rémunération, et il a admis que, bien qu'il ne fût pas un ami intime, il était allé rendre visite à Al Marabh, qui était détenu à Niagara Falls, et avait prêté de l'argent à l'oncle d'Al Marabh pour sa mise en liberté. Le demandeur a aussi décrit sa rencontre avec «Ghaled», un individu qu'il a rencontré en Thaïlande, et il a reconnu que Ghaled était un passeur de clandestins. Il a aussi admis que, alors qu'il ne connaissait pas Hoshem Al Taha, il avait indiqué son nom dans une demande de visa canadien, comme personne-ressource avec qui communiquer.

[66] Le docteur El Helbawy et le docteur El Fadl ont témoigné pour le demandeur et ont donné des renseignements généraux à propos du djihad en Afghanistan et à propos du rôle de diverses personnes et organisations dans ce conflit.

[67] Le docteur El Helbawy a servi de porte-parole, entre 1995 et 1997, pour la Fraternité musulmane au Royaume-Uni, et il s'occupe d'éducation islamique. Il a témoigné à propos de l'historique du conflit en Afghanistan et du rôle des hommes qui sont allés se battre, y compris à propos de l'entraînement qu'ils avaient pu recevoir dans divers camps. Le docteur El Helbawy a aussi donné ses impressions sur l'extrémisme islamique et sur les liens entre l'extrémisme, Al-Qaida et le fait de combattre dans le djihad. Au cours de son interrogatoire principal et de son contre-interrogatoire,

Usama bin Laden was responsible for the World Trade Centre bombings or that he broke the rules of war until there was a proper trial and judgment to that effect. He commented on the roles of various individuals who were involved in the war, including Hekmadyar, Sayyef and Usama bin Laden. Dr. El Helbawy described the difficulties suffered by Arab youth when they returned to their countries after the war in various Middle Eastern countries. He provided background information on the Muslim Brotherhood and described the propensity of that organization to assist people like Mr. Almrei to get false passports.

[68] Dr. El Fadl is a visiting law professor at Yale and regularly teaches at U.C.L.A. law school. He has written extensively on Islamic and human rights issues, jihads, and the impact of September 11th on the Muslim community. Dr. El Fadl gave evidence on the role of the mujahedin in the response to the Soviet invasion in Afghanistan, and he described the assistance that was given to volunteers by governments of Middle Eastern countries to fight with the mujahedin. He described the involvement of those volunteers in the jihad and explained the plight of those who returned from Afghanistan to their various home countries in the Middle East. Dr. El Fadl explained the terms “extremist” or “radicalized” and gave evidence that the proportion of people who went to Afghanistan and of those who returned from Afghanistan who were “extremists” was quite small. Dr. El Fadl also gave evidence on Usama bin Laden’s involvement in the wars in Afghanistan and the number of camps that have been attributed to him. He compared the information he was given about Mr. Almrei’s involvement and actions with the involvement and actions of those who are linked with Al-Qaida and indicated that Mr. Almrei’s profile, as he understood it, was not consistent with those of Al-Qaida members.

[69] Neither Dr. El Helbawy nor Dr. El Fadl knew Mr. Almrei in any personal capacity, and their testimony was based solely on information given to them by the applicant’s counsel. I have no reason not to accept the

le docteur El Helbawy a dit qu’il n’était pas prêt à dire qu’Oussama ben Laden était responsable de l’effondrement des tours du World Trade Centre ou qu’il avait enfreint les règles de la guerre, tant que n’aurait pas lieu un procès en règle dans cette affaire. Il s’est exprimé sur les rôles joués par divers individus qui étaient impliqués dans la guerre, notamment Hekmadyar, Sayyef et Oussama ben Laden. Le docteur El Helbawy a décrit les difficultés endurées par les jeunes Arabes lorsqu’ils étaient retournés chez eux après la guerre dans divers pays du Moyen-Orient. Il a donné des renseignements généraux sur la Fraternité musulmane et a décrit la vocation naturelle de cette organisation à aider les gens, comme le demandeur, à obtenir des faux passeports.

[68] Le docteur El Fadl est un professeur de droit invité de l’Université Yale, qui enseigne régulièrement à l’école de droit de l’Université de Californie à Los Angeles. Il a écrit abondamment sur les questions islamiques et les questions des droits de l’homme, sur les djihads et sur les conséquences du 11 septembre pour la communauté musulmane. Le docteur El Fadl a rendu témoignage sur le rôle des moudjahidin en réaction contre l’invasion soviétique de l’Afghanistan, et il a décrit l’aide qui était apportée aux volontaires par les gouvernements des pays du Moyen-Orient pour qu’ils combattent aux côtés des moudjahidin. Il a décrit le rôle de ces volontaires dans le djihad et a expliqué les terribles difficultés de ceux qui revenaient d’Afghanistan vers leurs pays d’origine, au Moyen-Orient. Le docteur El Fadl a expliqué les mots «*extrémiste*» ou «*radicalisé*» et a témoigné que le pourcentage des «*extrémistes*» parmi les gens qui étaient allés en Afghanistan et qui en étaient revenus était très faible. Le docteur El Fadl a aussi témoigné à propos du rôle d’Oussama ben Laden dans les guerres menées en Afghanistan, et à propos du nombre de camps qui lui ont été attribués. Il a comparé l’information qu’on lui avait donnée à propos du rôle et des actions du demandeur, avec le rôle et les actions de ceux qui ont des liens avec Al-Qaida, et il a dit que, selon son appréciation, le profil du demandeur ne correspondait pas à celui des membres d’Al-Qaida.

[69] Ni le docteur El Helbawy ni le docteur El Fadl ne connaissaient le demandeur à titre personnel, et leurs témoignages reposaient uniquement sur l’information que leur avait donnée l’avocate du demandeur. Je n’ai

evidence of Dr. El Fadl and Dr. El Helbawy in regard to the role of volunteers in the jihad, the involvement of particular individuals in that conflict, and the difficulties suffered by Arab youth when they tried to return home from Afghanistan. Whether or not the applicant fits a particular profile is something that must be decided on a weighing of all of the evidence.

[70] Mr. Frank Geswaldo and Mr. Peter Dietrich testified on behalf of the applicant in June 2003, and spoke to the conditions and circumstances of Mr. Almrei's detention at the Toronto West Detention Centre. Mr. Geswaldo is a security manager at the Toronto West Detention Centre. He described the conditions under which Mr. Almrei is being held, and he described the facilities to which Mr. Almrei has access, explaining that, although the institution tries to give detainees like Mr. Almrei daily showers and recreational time, this does not always happen due to staffing issues, lockdowns, and other circumstances in the institution. Mr. Geswaldo also explained the circumstances that led to Mr. Almrei being held in solitary confinement at that facility for the duration of his detention. He explained that Mr. Almrei was originally placed in solitary confinement, was allowed out "on the range" in November 2002, but was put back in solitary confinement for his own protection five days later, after an altercation with other prisoners.

[71] Mr. Dietrich, a Regional Program Adviser and acting Director of Enforcement Issues, Ontario Region, explained the role of the federal and provincial governments in the long-term detention of immigrants in Canadian remand facilities and indicated, in particular, that he is not aware of any formal agreements between these two levels of governments with respect to immigration detainees.

[72] Dr. Aly Hindy, Mr. Hassan Ahmed, Ms. Diana Ralph, Mr. Matthew Behrens and Mr. Frank Sholler testified to Mr. Almrei's character and to their willingness to contribute monetarily by posting bonds

aucune raison de ne pas accepter les témoignages du docteur El Fadl et du docteur El Helbawy en ce qui a trait au rôle des volontaires dans le djihad, à la participation de tel ou tel individu dans ce conflit et aux difficultés qu'ont vécues les jeunes Arabes lorsqu'ils ont quitté l'Afghanistan pour retourner chez eux. Le point de savoir si le demandeur correspond ou non à un profil donné est un point qui doit être décidé après mise en équilibre de tous les éléments de preuve.

[70] M. Frank Geswaldo et M. Peter Dietrich ont témoigné au nom du demandeur en juin 2003 et se sont exprimés sur les conditions et les circonstances de la détention du demandeur au Centre de détention de Toronto Ouest. M. Geswaldo est directeur de la sécurité au Centre de détention de Toronto Ouest. Il a décrit les conditions dans lesquelles le demandeur est détenu et les installations auxquelles le demandeur a accès, en expliquant que, bien que l'institution s'efforce d'offrir aux détenus comme le demandeur des douches quotidiennes et des loisirs, cela n'est pas toujours possible en raison de problèmes de dotation en personnel, de confinements aux cellules et autres circonstances propres à l'institution. M. Geswaldo a aussi expliqué les circonstances qui ont fait que le demandeur a été placé en régime cellulaire pour la durée de sa détention dans cette institution. Il a expliqué que le demandeur avait d'abord été placé en régime cellulaire, qu'il avait ensuite été autorisé en novembre 2002 à se mêler aux autres détenus, mais qu'il avait été remis en régime cellulaire pour sa propre protection cinq jours plus tard, après une altercation avec d'autres détenus.

[71] M. Dietrich, conseiller régional de programme et directeur intérimaire des mesures d'exécution, Région de l'Ontario, a expliqué le rôle des gouvernements fédéral et provincial dans la détention à long terme d'immigrants dans des établissements canadiens de détention provisoire, et il a indiqué en particulier qu'il n'avait connaissance d'aucune entente formelle entre ces deux niveaux de gouvernement pour les détenus de la filière immigration.

[72] Le docteur Aly Hindy, M. Hassan Ahmed, M^{me} Diana Ralph, M. Matthew Behrens et M. Frank Sholler se sont exprimés sur la moralité du demandeur et ont dit qu'ils étaient prêts à apporter leur soutien financier en

and otherwise to ensure compliance with any conditions the Court might impose on Mr. Almrei.

[73] Dr. Aly Hindy is a consultant, he is the Imam of the Salahaddin Mosque, and he is the Director of the Canadian Islamic Congress in Toronto. He described his ongoing personal and telephone contact with Mr. Almrei, but acknowledged that he did not know Mr. Almrei prior to his arrival in Canada. Dr. Hindy commented briefly and generally about the activities of the Muslim Brotherhood, the Al Haramin charity, and about certain Arab governments' encouragement of youth to fight against the Soviets in Afghanistan. He attested to his willingness to post a bond in the amount of \$10,000 for Mr. Almrei's release, and indicated that other members of the community were ready to post \$100,000 as a surety. Dr. Hindy initially indicated (at the June 24, 2003, hearing) that arrangements could be made for Mr. Almrei to stay with people from the mosque, with Dr. Hindy acting in a supervisory capacity, but at the November 27, 2003, hearing, Dr. Hindy accepted that Mr. Almrei's preference was to stay with Ms. Ralph. On cross-examination, Dr. Hindy admitted that he has also offered to post bail and prioritize supervision of applicants in other similar cases, namely, Mahjoub and Jaballah.

[74] Mr. Hassan Ahmed has been a friend of Mr. Almrei since Mr. Almrei came to Canada and has been in regular contact with Mr. Almrei for the last one and one-half years. In Mr. Ahmed's view, Mr. Almrei does not have views of a terrorist nature, and is, on the contrary, a good, religious person. Mr. Ahmed is in contact with Mr. Almrei's family.

[75] Ms. Diana Ralph is a professor of social work at Carleton University with a PhD in psychology. Ms. Ralph has been in regular contact with Mr. Almrei by phone and in person since June 2003 and she finds Mr. Almrei to be an honest and deeply spiritual person who is committed to peaceful resolution of conflict. She described Mr. Almrei as a devout Muslim, but stated that he has no animosity towards her, despite the fact that she

déposant des cautionnements, et en général à garantir l'observation des conditions que la Cour pourrait vouloir imposer au demandeur.

[73] Le docteur Aly Hindy est consultant, il est l'imam de la mosquée Salahaddin et il est le directeur du Congrès islamique canadien, à Toronto. Il a décrit ses relations personnelles et téléphoniques avec le demandeur, mais a admis qu'il ne connaissait pas le demandeur avant son arrivée au Canada. Le docteur Hindy s'est exprimé brièvement et de manière générale sur les activités de la Fraternité musulmane, sur celles de l'organisme de bienfaisance Al Haramin et sur les encouragements prodigués à la jeunesse par certains gouvernements arabes pour qu'ils aillent combattre contre les Soviétiques en Afghanistan. Il s'est déclaré prêt à déposer un cautionnement de 10 000 \$ pour la mise en liberté du demandeur, et il a affirmé que d'autres membres de la collectivité étaient prêts à offrir 100 000 \$ en garantie. Le docteur Hindy a tout d'abord indiqué (à l'audience du 24 juin 2003) que des dispositions pouvaient être prises pour que le demandeur reste auprès de gens de la mosquée, le docteur Hindy exerçant un rôle de surveillance, mais, à l'audience du 27 novembre 2003, le docteur Hindy a reconnu que le demandeur préférerait rester avec M^{me} Ralph. Durant son contre-interrogatoire, le docteur Hindy a admis qu'il s'était déjà offert également à déposer des cautionnements et à exercer un rôle de surveillance pour des demandeurs dans d'autres cas semblables, à savoir Mahjoub et Jaballah.

[74] M. Hassan Ahmed est un ami du demandeur depuis que le demandeur est arrivé au Canada, et il a été régulièrement en contact avec le demandeur au cours des 18 derniers mois. De l'avis de M. Ahmed, le demandeur n'entretient pas d'opinions de nature terroriste et il est, au contraire, une personne pieuse et de qualité. M. Ahmed connaît la famille du demandeur.

[75] M^{me} Diana Ralph est professeur de travail social à l'Université Carleton et détient un doctorat en psychologie. Elle communique régulièrement avec le demandeur, par téléphone et en personne, depuis juin 2003, et elle considère le demandeur comme une personne honnête et profondément religieuse, qui croit véritablement au règlement pacifique des conflits. Elle a décrit le demandeur comme un fervent Musulman, mais

is a Jewish, American, lesbian woman. Ms. Ralph is able to put up a surety in the amount of \$10,000. She has recently renovated the apartment in her Toronto home specifically for Mr. Almrei, if he is released, and she involved him in various decisions with respect to the renovation. Ms. Ralph admitted that she did not know Mr. Almrei before he came to Canada, and she admitted that she does not know Arabic and would not know what Mr. Almrei was saying if he was speaking Arabic.

[76] Mr. Matthew Behrens volunteers with several community organizations: Homes Not Bombs, Toronto Action for Social Change, and Campaign to Stop Secret Trials in Canada. He is also a journalist and editor, and teaches seminars on social change using non-violent means. Mr. Behrens is involved in a number of security certificate cases including Harkat, Jaballah and Mahjoub. He and his family have been in contact with Mr. Almrei on an almost daily basis since June 2003, by way of personal visits and by telephone. Mr. Behrens describes Mr. Almrei as patient, persistent and compassionate. Mr. Behrens is a self-described “secular Jew” and has not heard Mr. Almrei express any anti-Semitic sentiments, nor does Mr. Behrens have any concerns about Mr. Almrei on the basis of the public documents filed with this Court. Mr. Behrens is willing to post \$2,500 cash. Mr. Behrens does not speak Arabic, but proposed to exercise control over Mr. Almrei by regular contact, by telephone or in person.

[77] Mr. Behrens also testified on January 7, 2004, after having reviewed the temporary internet files on Mr. Almrei’s computer. He gave evidence as to the type and names of various internet sites cached on Mr. Almrei’s computer, and described a wide variety of pictures found on Mr. Almrei’s computer that were in no way related to jihad, terrorism or Usama bin Laden, that were not included by the Ministers in their collection of images from this computer.

a déclaré qu’il n’a aucune animosité envers elle, bien qu’elle soit juive, américaine et lesbienne. M^{me} Ralph est en mesure de déposer une garantie de 10 000 \$. Elle a récemment rénové l’appartement, dans sa maison de Toronto, spécialement pour le demandeur, s’il est mis en liberté, et elle lui a demandé son avis pour diverses décisions se rapportant aux travaux de rénovation. M^{me} Ralph a admis qu’elle ne connaissait pas le demandeur avant qu’il n’arrive au Canada, et elle a admis qu’elle ne sait pas l’arabe et qu’elle ne comprendrait pas les propos du demandeur s’il s’exprimait en arabe.

[76] M. Matthew Behrens est bénévole auprès de plusieurs organismes communautaires: Des logements, pas des bombes, Action pour le changement social à Toronto, et Campagne pour que cessent les procès secrets au Canada. Il est également journaliste et éditeur, et il organise des séminaires sur le changement social par des moyens non violents. M. Behrens intervient dans plusieurs affaires portant sur des certificats de sécurité, notamment Harkat, Jaballah et Mahjoub. Lui et sa famille communiquent avec le demandeur presque quotidiennement depuis juin 2003, par des visites personnelles et par téléphone. Selon M. Behrens, le demandeur est un homme patient, persévérant et compatissant. M. Behrens se décrit comme un «Juif laïc» et il n’a pas entendu le demandeur exprimer un quelconque sentiment antisémite, et il n’a aucune inquiétude à propos du demandeur au vu des documents publics déposés à la Cour. M. Behrens est disposé à offrir une garantie de 2 500 \$ en espèces. M. Behrens ne parle pas l’arabe, mais il s’est offert à exercer une surveillance sur le demandeur, par des contacts réguliers, par téléphone ou en personne.

[77] M. Behrens a également témoigné le 7 janvier 2004, après avoir examiné les fichiers Internet temporaires trouvés sur l’ordinateur du demandeur. Il a donné son avis sur les genres et les noms de divers sites Internet mis en antémémoire sur l’ordinateur du demandeur, et il a décrit une grande variété d’images, trouvées sur l’ordinateur du demandeur, qui n’étaient en aucune façon rattachées au djihad, au terrorisme ou à Oussama ben Laden, et que les ministres n’avaient pas incluses dans leur collection d’images tirées de cet ordinateur.

[78] Mr. Frank Sholler is active with the United Church community on human rights issues and is prepared to act as a bond-signer for Mr. Almrei. He is able to put up \$10,000 with his house as surety for that sum. Mr. Sholler conceded that he did not know Mr. Almrei very well and would not be able to effect control over him.

[79] I find the testimony of Mr. Geswaldo and Mr. Dietrich to be credible and trustworthy and I accept their evidence. I also find the testimony of the applicant's character witnesses and proposed sureties to be credible and trustworthy, and I accept their evidence as part of the evidence to be considered. The probative value of this evidence is tempered by the fact that all but one of these character witnesses and proposed sureties have known Mr. Almrei only since his incarceration, and the remaining witness has known Mr. Almrei only since Mr. Almrei arrived in Canada.

II. Ministers' evidence

[80] The Ministers called Mr. Brian Foley, Ms. Maura DeLeonardis and Ms. Dianne Toikko to speak to the reasons for Mr. Almrei's prolonged detention. Mr. Foley is employed with the Intelligence Branch of the Department of Citizenship and Immigration. He described in detail the process directed by paragraph 115(2)(b) of the IRPA, including the notice requirements of this section and the numerous opportunities given to each of the parties to make and respond to submissions. He described the delays that arose in this case in relation to the paragraph 115(2)(b) process, noting in particular that (1) there was "new ground to cover" as a result of the new legislation; (2) time was required to enable the decision-maker to properly balance the risk of return of a person to their country and the danger that person poses to the security of Canada; (3) different analysts dealt with Mr. Almrei's file; and (4) there were changes in the structure within CIC, all of which contributed to the delay in the processing of Mr. Almrei's file. Ms. DeLeonardis, an enforcement officer at Citizenship and Immigration Canada, testified to the practical impediments to removal of an individual who is the subject of a removal order. Ms. Toikko is employed at Immigration Headquarters, in the section that deals with

[78] M. Frank Sholler est actif auprès de l'Église unie sur les questions intéressant les droits de la personne et il est disposé à se porter garant de la conduite du demandeur. Il est en mesure de déposer un cautionnement de 10 000 \$ en grevant sa maison d'une charge correspondante à cette somme. M. Sholler a admis qu'il ne connaissait pas très bien le demandeur et qu'il ne serait pas en mesure de le surveiller.

[79] Je juge crédibles et dignes de foi les témoignages de M. Geswaldo et de M. Dietrich et j'accepte leurs dépositions. Je considère également crédibles et dignes de foi les dépositions des témoins de la moralité du demandeur et celles des cautions proposées, et j'accepte d'intégrer leurs dépositions dans la preuve qui sera considérée. La valeur probante de ces dépositions est amoindrie par le fait que tous les témoins et cautions en question, sauf un, ne connaissent le demandeur que depuis son incarcération, et par le fait que le témoin restant ne le connaît que depuis qu'il est arrivé au Canada.

II. La preuve des ministres

[80] Les ministres ont appelé M. Brian Foley, M^{me} Maura DeLeonardis et M^{me} Dianne Toikko à s'exprimer sur les motifs de la détention prolongée du demandeur. M. Foley travaille pour la Direction générale du renseignement au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Il a décrit en détail le processus imposé par l'alinéa 115(2)b) de la LIPR, notamment les formalités de notification prévues par cette disposition et les nombreuses occasions qui sont données à chacune des parties de présenter des observations et d'y répondre. Il a décrit les retards qui ont surgi dans ce dossier en raison du processus de l'alinéa 115(2)b), relevant en particulier que 1) il y avait, par suite de la nouvelle législation, un «nouveau terrain à explorer»; 2) il fallait du temps pour que le décideur puisse valablement mettre en équilibre le risque que fait courir à une personne son retour dans son pays et le danger que cette personne constitue pour la sécurité du Canada; 3) divers analystes s'étaient penchés sur le dossier du demandeur; et 4) des changements étaient apportés à la structure de CIC, et tous ces aspects s'étaient conjugués pour retarder le traitement du dossier du demandeur. M^{me} DeLeonardis, agente d'exécution à Citoyenneté et Immigration Canada, s'est exprimée sur les obstacles pratiques au

security certificates, and she described the various delays and the reasons for the delays in the assessment of Mr. Almrei's file, noting in particular that changes in the assignment of the file, changes in legislation and subsequent changes in policies and procedures affected the processing of the file.

[81] Pursuant to my order of October 17, 2003, a CSIS intelligence officer known only as "J.P." testified on November 27, 2003. J.P. described the organization and objectives of the Al-Qaida network and he summarized the Service's concerns about Mr. Almrei's involvement in the Al-Qaida network. On cross-examination, J.P. described in greater detail the activities and declarations of the Al-Qaida network, he described certain documentary sources used by the Service for information about the network, and he reiterated that the Service's main concerns about Mr. Almrei were his military training and his ability to forge documents. J.P. commented that Mr. Almrei's profile compared with the profile of Al-Qaida members, and indicated that there were "sufficient elements of a profile" in this case. J.P. also commented on the possibility that Mr. Almrei would participate in Al-Qaida operations in the future. He stated that, although Mr. Almrei might now be compromised for some operations, it was still possible that others involved in the network would think it worth the risk to contact him, depending on the particulars of the operation.

[82] I find that the Ministers' witnesses are credible and trustworthy, and I accept their testimony as part of the evidence to be considered.

G. ANALYSIS

1. Will the foreign national not be removed from Canada within a reasonable time?

[83] The reference to a period of 120 days in subsection 84(2) reflects Parliament's intent that removal should occur expeditiously once a certificate has been determined to be reasonable. What is "reasonable time"

renvoi d'une personne qui est l'objet d'une mesure de renvoi. M^{me} Toikko travaille au siège du ministère de l'Immigration, dans la section qui s'occupe des certificats de sécurité, et elle a décrit les divers retards et les raisons des retards qui ont freiné l'évaluation du dossier du demandeur, faisant observer en particulier que le traitement du dossier avait été retardé par une nouvelle attribution du dossier, par l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et par les changements qu'il avait donc fallu apporter aux politiques et procédures.

[81] En application de mon ordonnance du 17 octobre 2003, un agent de renseignement du SCRS connu seulement sous le nom de «J.P.» a témoigné le 27 novembre 2003. J.P. a décrit l'organisation et les objectifs du réseau Al-Qaida et il a résumé les inquiétudes du Service à propos du rôle du demandeur dans le réseau Al-Qaida. Durant son contre-interrogatoire, J.P. a décrit plus en détail les activités et déclarations du réseau Al-Qaida, il a décrit certaines sources documentaires employées par le Service pour s'informer sur le réseau, et il a réaffirmé que les principales préoccupations du Service à propos du demandeur concernaient son entraînement militaire et sa capacité de falsifier des documents. J.P. a fait remarquer que le profil du demandeur correspondait au profil de membres d'Al-Qaida et qu'il y avait dans cette affaire des «éléments suffisants d'un profil». J.P. s'est aussi exprimé sur la possibilité que le demandeur participe dans l'avenir à des opérations d'Al-Qaida. Il a dit que, bien que le rôle du demandeur fût sans doute compromis aujourd'hui pour certaines opérations, il demeurerait néanmoins possible que d'autres membres du réseau jugent utile de communiquer avec lui, selon les particularités de l'opération.

[82] Je suis d'avis que les témoins des ministres sont crédibles et dignes de foi et j'intègre leurs témoignages dans la preuve qui sera considérée.

G. ANALYSE

1. Le ressortissant étranger sera-t-il ou non renvoyé du Canada dans un délai raisonnable?

[83] L'indication d'une période de 120 jours, dans le paragraphe 84(2), montre que le législateur voulait que la mesure de renvoi soit exécutée rapidement après qu'un certificat a été jugé raisonnable. Le sens de l'expression

will depend on the facts and circumstances of each case.

[84] On October 23, 2003, the Minister's delegate made a determination that Mr. Almrei would not be at risk of torture if returned to Syria and, in the alternative, if he would be at risk of torture if returned to Syria, his removal to torture was justified because of the risk he presented to the security of Canada. Mr. Almrei has filed an application for leave and for judicial review of this decision of the Minister's delegate. As of November 21, 2003, a date for the removal of Mr. Almrei had been selected and his removal to Syria was scheduled to occur *within two and one-half weeks from that time*. The specific date scheduled for removal was not disclosed for security reasons. Mr. Almrei sought and obtained a stay of the execution of the outstanding removal order pending final disposition of the underlying application for leave and for judicial review of the October 23, 2003, decision of the Minister's delegate.

[85] The chronology of events and the nature of the numerous proceedings before this Court since the filing of the within detention review lead me to consider the following circumstances in determining what is a "reasonable time" within the context of the first branch of the test for judicial release as contemplated in subsection 84(2) of the IRPA: (1) the conditions of Mr. Almrei's ongoing detention; (2) pending Court proceedings which have been initiated or will be initiated by Mr. Almrei; and (3) delays affecting removal attributable to the Minister and the applicant.

[86] The length of time Mr. Almrei has remained in detention since the certificate was determined to be reasonable, and the conditions of his detention are matters that are of great concern to the Court. However, a careful review of the history of the proceeding reveals that the uncertainty with respect to Mr. Almrei's removal is in large part due to past, pending and contemplated Court challenges initiated on his behalf.

[87] A certificate with respect to Mr. Almrei was issued by the Ministers on October 16, 2001, and was determined to be reasonable on November 23, 2001. On

«délai raisonnable» dépendra des faits et circonstances de chaque affaire.

[84] Le 23 octobre 2003, le représentant du ministre a décidé que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de subir la torture s'il était renvoyé en Syrie et que, pour le cas où il serait exposé à un tel risque, son renvoi était justifié en raison du risque qu'il constituait pour la sécurité du Canada. Le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de cette décision du représentant du ministre. Au 21 novembre 2003, la date du renvoi du demandeur avait été choisie, et le renvoi du demandeur en Syrie devait avoir lieu au cours des deux semaines et demie suivantes. La date prévue du renvoi n'a pas été divulguée, pour des raisons de sécurité. Le demandeur a sollicité et obtenu un sursis d'exécution de la mesure de renvoi, jusqu'à ce qu'il soit disposé à titre définitif de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 23 octobre 2003 du représentant du ministre.

[85] La chronologie des événements et la nature des nombreuses procédures introduites devant la Cour depuis le dépôt de l'examen des motifs de la détention me conduisent à considérer les circonstances suivantes pour savoir ce qu'est un «délai raisonnable» dans le contexte du premier volet du critère d'une mise en liberté judiciaire, selon ce que prévoit le paragraphe 84(2) de la LIPR: 1) les conditions de la détention actuelle du demandeur; 2) les procédures judiciaires qui ont été introduites ou qui seront introduites par le demandeur; et 3) les lenteurs du renvoi qui sont attribuables au ministre et au demandeur.

[86] La période durant laquelle le demandeur est demeuré en détention depuis que le certificat a été jugé raisonnable, et les conditions de sa détention, sont des aspects qui préoccupent beaucoup la Cour. Cependant, un examen attentif de l'historique du cas révèle que l'incertitude touchant le renvoi du demandeur s'explique en grande partie par des procédures judiciaires résultant de son fait, qu'elles soient passées, actuelles ou envisagées.

[87] Un certificat concernant le demandeur a été délivré par les ministres le 16 octobre 2001 et a été jugé raisonnable le 23 novembre 2001. Le 11 février 2002, le

February 11, 2002, Mr. Almrei was found to be inadmissible under certain provisions of section 19 of the former Act. The Ministers' evidence is that matters were aggravated, with respect to delay, by the coming into force of new legislation governing such proceedings: the IRPA was enacted and the *Immigration Act* was repealed on June 28, 2002, and more time was required in the preparation of "danger opinions" because of the legislative changes and because of additional requirements under the new Act. In addition, because of internal restructuring, the Ministers' evidence is that Mr. Almrei's file did not receive the attention of an officer dedicated exclusively to his file.

[88] A first danger opinion by the Minister of Citizenship and Immigration under subsection 115(2) of the IRPA was issued on January 13, 2003. This decision was challenged by Mr. Almrei, and leave and judicial review of the decision were ultimately consented to by the Minister. Notice that the Minister would be seeking a second "danger opinion" was served on Mr. Almrei on July 28, 2003. On October 23, 2003, the Minister's delegate issued the second "danger opinion" referred to above. The Ministers submit that significant time was required in respect of each of the danger opinions to properly evaluate the potential risks inherent in removal, and in addition, significant time was required in respect of each of these danger opinions to enable Mr. Almrei to respond.

[89] Justice Dawson stated in *Mahjoub*, at paragraph 55, "that where a risk of torture is asserted by a person who has been found to be a Convention refugee, more time, rather than less, will reasonably be required to ensure that the principles of fundamental justice are not breached." I agree with this proposition.

[90] The Minister of Citizenship and Immigration admitted to having made "serious errors" in the first danger opinion, and for that reason, consented to Mr. Almrei's application for leave and for judicial review of the opinion. These errors therefore resulted in the need to process a second opinion, causing further delay. Although the Minister is at fault, by his own admission, I find that this delay is also mitigated to a certain extent by the special circumstances of the coming into force of

demandeur a été jugé non admissible en vertu de certaines dispositions de l'article 19 de l'ancienne Loi. Selon la preuve produite par les ministres, les choses ont été aggravées, en ce qui a trait au délai, par l'entrée en vigueur d'un nouveau texte législatif régissant de telles procédures: la LIPR a été promulguée et la *Loi sur l'immigration* a été abrogée le 28 juin 2002, et un délai supplémentaire était nécessaire pour la préparation d'«avis de dangerosité», en raison des modifications législatives et des conditions additionnelles prévues par la nouvelle Loi. De plus, à cause d'une restructuration interne, il ressort de la preuve des ministres que le dossier du demandeur n'a pas reçu l'attention d'un agent assigné exclusivement à son dossier.

[88] Un premier avis de dangerosité donné par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu du paragraphe 115(2) de la LIPR a été délivré le 13 janvier 2003. Cet avis a été contesté par le demandeur, et le ministre a finalement consenti à une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de cet avis. Le demandeur fut informé le 28 juillet 2003 que le ministre songeait à un deuxième avis de dangerosité. Le 23 octobre 2003, le représentant du ministre délivrait le deuxième «avis de dangerosité» en question. Les ministres disent qu'il a fallu du temps, à l'égard de chacun des avis de dangerosité, pour bien évaluer les risques potentiels inhérents au renvoi, et qu'il a fallu du temps également pour permettre au demandeur de répondre à chacun de ces avis de dangerosité.

[89] Le juge Dawson expliquait, dans l'affaire *Mahjoub*, au paragraphe 55, «que lorsqu'une personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu affirme qu'elle risque la torture en case d'expulsion, le délai raisonnable exigé pour s'assurer que les principes de justice fondamentale ont été respectés sera plus long». Je souscris à cette proposition.

[90] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a reconnu avoir commis de «graves erreurs» dans le premier avis de dangerosité et, pour cette raison, il a consenti à la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire déposée par le demandeur à l'encontre de l'avis. Ces erreurs ont donc rendu nécessaire la préparation d'un second avis, entraînant un nouveau retard. Le ministre est, de son propre aveu, fautif, mais je suis d'avis que ce délai est également atténué dans une

the IRPA, and the seriousness of the issues to be determined. Therefore, although the Minister must accept some of the responsibility for certain delays incurred in the preparation of the “danger opinions”, in the particular circumstances of this case, it cannot be said that the delays attributable to the Minister’s delegate on their own are sufficient to warrant a negative finding on the first question in the subsection 84(2) inquiry.

[91] Reviewing the chronology of events and the nature of the numerous proceedings, it becomes evident that much of the delay was necessary for the due process required for applications brought by Mr. Almrei during the proceeding. Notwithstanding very articulate arguments by counsel for Mr. Almrei, the jurisprudence and applicable legal principles discussed earlier in these reasons provide that this time cannot support an argument of unreasonable delay. I am bound by this jurisprudence.

[92] In addition, I am cognizant of the Federal Court of Appeal’s decision in *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (hereinafter *Ahani* (1996)) in which Justice Marceau discussed the constitutionality of section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the former Act, and concluded (at paragraph 4) that it was constitutionally valid:

As to the second proposition, we are of the view that the section 40.1 context is, in no way, akin to a criminal context. In a criminal law context, we have an individual charged with breaking the criminal law of the land who faces punishment if the state succeeds in overcoming his presumption of innocence. In a section 40.1 context, we have an alien who may lose the qualified right to stay in Canada that he gained by being given refugee status, but whose liberty will not then be otherwise impeded. The principles and policies underlying both contexts are obviously totally different, and the standards of procedural safeguards required to satisfy the Charter must necessarily differ. It is true that the filing of the certificate has the immediate unfortunate effect of leading to the arrest and detention of the person concerned, a fate normally reserved to criminals, and this is, no doubt, the most sensitive aspect of the scheme. It must not be forgotten, however, that this detention is not imposed as a punishment, nor is its sole function to assure the presence of the person. Rather, it is principally a

certain mesure par les circonstances particulières de l’entrée en vigueur de la LIPR, ainsi que par la gravité des points à décider. Par conséquent, bien que le ministre doive assumer en partie la responsabilité des lenteurs de la préparation des «avis de dangerosité», on ne saurait dire, vu les circonstances de cette affaire, que les délais attribuables au représentant du ministre suffisent par eux-mêmes à justifier une conclusion défavorable pour le premier volet du critère prévu par le paragraphe 84(2).

[91] Après examen de la chronologie des événements et de la nature des nombreuses procédures, il devient évident qu’une bonne partie du délai était nécessaire pour garantir le respect des formes régulières dans le traitement des demandes introduites par le demandeur durant l’instance. Nonobstant les arguments très bien exposés par l’avocate du demandeur, les précédents et les principes juridiques applicables discutés précédemment dans les présents motifs font que ce délai ne peut être qualifié de déraisonnable. Je suis lié par ces précédents.

[92] Je prends note aussi de l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Ahani c. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (ci-après l’arrêt *Ahani* (1996)), dans lequel le juge Marceau examinait la constitutionnalité de l’article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de l’ancienne Loi, pour conclure finalement (au paragraphe 4) qu’il était valide sur le plan constitutionnel:

Quant à la seconde proposition, nous estimons que le contexte de l’article 40.1 n’est nullement apparenté à un contexte criminel. Dans un contexte de droit criminel, nous avons un individu accusé d’avoir violé le droit criminel du pays et qui s’expose à des sanctions si l’État réussit à réfuter sa présomption d’innocence. Dans le contexte de l’article 40.1, nous nous trouvons devant un étranger qui peut perdre le droit restreint de demeurer au Canada qu’il a acquis en obtenant le statut de réfugié, mais dont la liberté ne sera pas par ailleurs entravée. Les principes et les politiques qui sous-tendent les deux contextes sont, à l’évidence, totalement différents, et les normes des sauvegardes procédurales requises pour satisfaire à la Charte doivent nécessairement différer. Certes, le dépôt de l’attestation a pour conséquence immédiate et fâcheuse de conduire à l’arrestation et à la détention de la personne concernée, sort normalement réservé aux criminels, et c’est indubitablement l’aspect le plus délicat de la disposition. Toutefois, il ne faut pas oublier que cette détention n’est pas

means of providing preventive protection to the Canadian public. And, in view of the test for the issuance of the certificate, that is to say the reasoned opinion of two ministers based on security information; in view of the fact that the scheme provides for the obligatory judicial scrutiny of the reasonableness of those opinions within an acceptably short period of time; in view, also, of the possibility given to the detained to put an end to the detention at any time by agreeing to leave the country; and in view, finally, of the type of prohibited class of individuals there are reasons to believe we are dealing with, that is to say individuals somehow associated with terrorism, it appears to us, as it appeared to the learned trial judge, that such preventive detention is not arbitrary, nor excessive.

[93] The learned Justice noted that under section 40.1, the detained person can put an end to the detention at any time by agreeing to leave the country. I agree that it is the applicant who holds the key to his own release: Mr. Almrei would be released tomorrow if he agreed to be removed from Canada. Mr. Almrei's efforts to resist removal by initiating numerous Court proceedings have contributed significantly to the total time he has been held in detention. While he has the right to bring lawful proceedings, he cannot argue: "that the removal is not taking place in a reasonable time, when the time necessary to hear all of the applications and appeals stretches into months and years" (*Ahani* (2000) [at paragraph 18]).

[94] As to the conditions of Mr. Almrei's detention, I recognize that he has been detained since October 19, 2001, and that he has spent all but five days in solitary confinement. I also recognize that Mr. Almrei has been and continues to be detained at a facility that is, according to Mr. Geswaldo, designed to house prisoners awaiting trial, serving short sentences or awaiting transfer to a penitentiary or reformatory after trial and sentencing. Due in part to the nature of this facility, Mr. Almrei has been permitted limited access to many amenities including showers, fresh air, books, clothing, shoes, and educational programs, and he has limited access to visitors and to the phone. I am also aware of the decision of Mr. Justice Gans of the Ontario Superior Court of Justice, wherein Justice Gans decided that Mr. Almrei should be provided with adequate footwear (*Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No.

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

[93] Le juge Marceau relevait que, selon l'article 40.1, la personne détenue peut mettre fin à tout moment à la détention en consentant à quitter le pays. Je reconnais que c'est le demandeur qui tient la clé de sa propre mise en liberté: il serait mis en liberté demain s'il consentait à être renvoyé du Canada. Les moyens pris par le demandeur pour empêcher son renvoi, par l'introduction de nombreuses procédures judiciaires, ont incontestablement allongé la durée de sa détention. Il a le droit d'introduire des procédures légitimes, mais il ne peut alors soutenir: «que le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable, alors que le temps nécessaire pour entendre toutes les demandes et les appels s'étire sur des mois et des années» (arrêt *Ahani* (2000) [au paragraphe 18]).

[94] Quant aux conditions de la détention du demandeur, je reconnais qu'il est détenu depuis le 19 octobre 2001 et qu'il a passé tout ce temps, sauf cinq jours, en régime cellulaire. Je reconnais aussi que le demandeur a été détenu, et est encore détenu, dans un établissement qui, selon M. Geswaldo, est conçu pour recevoir des détenus qui attendent leur procès, qui purgent de courtes peines ou qui attendent d'être transférés vers un pénitencier ou une maison de correction après leur procès et le prononcé de leur peine. En raison notamment de la nature de cette institution, le demandeur n'a pu bénéficier pleinement d'un bon nombre d'aménagements, qu'il s'agisse de douches, d'air frais, de livres, de vêtements, de chaussures et de programmes d'enseignement, et il a peu d'accès aux visiteurs et au téléphone. Je suis également conscient du jugement du juge Gans, de la Cour supérieure de

5198 (S.C.J.) (QL)).

[95] The conditions of the applicant's detention are certainly not ideal. However, I must be mindful that the legislative scheme provides for preventative detention upon issuance of a security certificate, and ongoing detention until release is ordered or removal is effected. Further, I am aware of uncontradicted evidence from Mr. Almrei that "solitary" detention is necessary for his own protection within the institution. Therefore, notwithstanding that the conditions of Mr. Almrei's detention are less than ideal, the circumstances of his detention, although a factor to be considered, are insufficient, in my view, to warrant his immediate release from detention.

[96] For the above reasons, I am unable to find that Mr. Almrei will not be removed from Canada within a reasonable time.

2. Will Mr. Almrei's release pose a danger to national security or to the safety of any person?

[97] Mr. Almrei has not satisfied me that he will not be removed from Canada within a reasonable time. Given that the requirements of subsection 84(2) of the IRPA are conjunctive, it is not necessary that I consider the second statutory criteria. However, in view of Mr. Almrei's lengthy detention and the fact that much of this time was spent in solitary confinement, I will nevertheless consider the second element of the statutory criteria for release.

[98] The Ministers take the position that Mr. Almrei is a member of a network of extremist individuals who support the extremist ideals espoused by Usama bin Laden. The Ministers contend that Mr. Almrei's support for bin Laden, his association with individuals connected to the bin Laden network, and his involvement in a document forgery ring with international connections demonstrate that he is a danger to national security or to the safety of any person.

[99] The evidence before the Court, both public and secret, deals essentially with whether Mr. Almrei poses

l'Ontario, où il disait que le demandeur devrait pouvoir se chauffer convenablement (*Almrei v. Canada (Attorney General)*), [2003] O.J. n° 5198 (C.S.J.) (QL)).

[95] Assurément, les conditions de la détention du demandeur ne sont pas idéales. Cependant, je dois me rappeler que le régime législatif prévoit une détention préventive dès la délivrance d'un certificat de sécurité, et le maintien de la détention jusqu'à ce que la mise en liberté soit ordonnée ou que la mesure de renvoi soit exécutée. Je prends note également de la preuve non contredite du demandeur selon laquelle une détention «en régime cellulaire» est nécessaire pour sa propre protection au sein de l'établissement. Par conséquent, bien que les conditions de la détention du demandeur ne soient pas idéales, les circonstances de sa détention, qui sont un facteur à prendre en compte, ne suffisent pas à mon avis à justifier sa mise en liberté immédiate.

[96] Pour les motifs susmentionnés, il m'est impossible de dire que le demandeur ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

2. La mise en liberté du demandeur posera-t-elle ou non un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui?

[97] Le demandeur ne m'a pas persuadé qu'il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable. Puisque les conditions du paragraphe 84(2) de la LIPR sont conjonctives, il ne m'est pas nécessaire d'examiner le deuxième critère. Cependant, vu la longue détention du demandeur et le fait qu'une bonne partie de cette détention a été passée en régime cellulaire, j'examinerai néanmoins la deuxième condition d'une mise en liberté.

[98] Les ministres sont d'avis que le demandeur est membre d'un réseau d'extrémistes qui appuient les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden. Ils disent que le soutien du demandeur à ben Laden, son association avec des individus liés au réseau ben Laden et son rôle dans un réseau de faussaires ayant des liens internationaux montrent qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui.

[99] La preuve dont dispose la Cour, qu'elle soit publique ou secrète, porte essentiellement sur le point de

a danger to national security as opposed to a danger to the safety of any person. The Supreme Court of Canada dealt with the phrase “danger to the security of Canada” in *Suresh*. The Supreme Court stated that while the phrase must be given “a fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.” The Court went on to conclude at paragraph 90 that:

. . . a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible.

[100] The Supreme Court also commented on the level of proof required to establish that certain activities constitute a “danger to the security of Canada”. The Court observed at paragraph 88 of *Suresh* that support for terrorism abroad raises the possibility of adverse repercussions on Canada’s security for the following reasons:

First, global transport and money networks that feed terrorism abroad have the potential to touch all countries, including Canada, and to thus implicate them in the terrorist activity. Second, terrorism itself is a worldwide phenomenon. The terrorist cause may focus on a distant locale, but the violent acts that support it may be close at hand. Third, preventive or precautionary state action may be justified; not only an immediate threat but also possible future risks must be considered. Fourth, Canada’s national security may be promoted by reciprocal cooperation between Canada and other states in combating international terrorism. These considerations lead us to conclude that to insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test for “danger to the security of Canada” is to set the bar too high. There must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada. But the threat need not be direct; rather it may be grounded in distant events that indirectly have a real possibility of harming Canadian security.

[101] While *Suresh* was written in the context of deportation proceedings of a Convention refugee, its

savoir si le demandeur constitue un danger pour la sécurité nationale, plutôt qu’un danger pour la sécurité d’autrui. La Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Suresh*, avait affaire à l’expression «danger pour la sécurité du Canada». Selon elle, bien que cette expression «doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d’une menace potentiellement grave». Puis la Cour concluait, au paragraphe 90, que:

[. . .] une personne constitue un «danger pour la sécurité du Canada» si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être «grave», en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

[100] La Cour suprême du Canada s’est aussi exprimée sur le niveau de preuve nécessaire pour établir que certaines activités constituent un «danger pour la sécurité du Canada». Elle faisait observer, au paragraphe 88 de l’arrêt *Suresh*, que le soutien au terrorisme à l’étranger soulève la possibilité de répercussions négatives sur la sécurité du Canada, pour les raisons suivantes:

Premièrement, les réseaux mondiaux de transport et de financement qui soutiennent le terrorisme à l’étranger peuvent atteindre tous les pays, y compris le Canada, et les impliquer ainsi dans les activités terroristes. Deuxièmement, le terrorisme lui-même est un phénomène qui ne connaît pas de frontières. La cause terroriste peut viser un lieu éloigné, mais les actes de violence qui l’appuient peuvent se produire tout près. Troisièmement, les mesures de prudence ou de prévention prises par l’État peuvent être justifiées; il faut tenir compte non seulement des menaces immédiates, mais aussi des risques éventuels. Quatrièmement, la coopération réciproque entre le Canada et d’autres pays dans la lutte au terrorisme international peut renforcer la sécurité nationale du Canada. Ces considérations nous amènent à conclure que serait trop exigeant un critère requérant la preuve directe d’un risque précis pour le Canada afin de décider si une personne constitue un «danger pour la sécurité du Canada». Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d’un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n’est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d’événements qui surviennent à l’étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada.

[101] L’arrêt *Suresh* a été rendu dans le contexte de la procédure d’expulsion d’un réfugié au sens de la

observations with respect to what constitutes a “danger to the security of Canada” are, in my view, applicable to detention review proceedings pursuant to subsection 84(2) of the IRPA. Therefore, for the purpose of the within proceeding, evidence which grounds an objectively reasonable suspicion of substantial threatened harm would establish a danger to national security. In accordance with the legal principles established by the jurisprudence, discussed earlier in these reasons, the onus is on the applicant seeking release, to satisfy the Court on a balance of probabilities, that his or her release will not pose a danger to national security or the safety of any person. In *Ahani* (2000), the Court of Appeal observed at paragraph 14 that “[n]ormally, one would expect that an individual would have to show some significant change in circumstances or new evidence not previously available to obtain his release”, and that to hold otherwise would be to accord the appellant a hearing *de novo*, which is not contemplated in the legislation. The Court also found that since a certificate is conclusive proof that the appellant is inadmissible for egregious reasons, the applicant is not entitled to the presumption of innocence.

[102] It follows, in the present case, that the evidence considered by Madam Justice Tremblay-Lamer in determining the reasonableness of the certificate is necessarily part and parcel of the evidentiary basis in the within proceeding. Her findings and conclusions constitute conclusive proof that Mr. Almrei is inadmissible on the grounds referenced in the certificate.

[103] In concluding that the certificate signed by the Ministers is reasonable, Madam Justice Tremblay-Lamer found at paragraph 31 of her reasons (see Background Facts) that the confidential information strongly supported the view that Mr. Almrei is a member of an international network of extremist individuals who support the Islamic extremist ideals espoused by Usama bin Laden and that Mr. Almrei is involved in a forgery ring with international connections that produces false documents.

[104] The learned Judge also observed, in her reasons for decision [at paragraph 30], that “Mr. Almrei’s decision not to testify constitutes a failure on his part to

Convention, mais les observations qu’il renferme à propos de ce qui constitue un «danger pour la sécurité du Canada» sont, à mon avis, applicables à l’examen des motifs d’une détention au sens du paragraphe 84(2) de la LIPR. Par conséquent, aux fins de la présente instance, la preuve qui fonde un soupçon objectivement raisonnable de menace d’un préjudice sérieux établirait l’existence d’un danger pour la sécurité nationale. En accord avec les principes juridiques établis par la jurisprudence, principes discutés précédemment dans les présents motifs, il appartient à celui qui demande sa mise en liberté de convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que sa mise en liberté ne posera aucun danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui. Dans l’arrêt *Ahani* (2000), la Cour d’appel faisait observer, au paragraphe 14, que «[n]ormalement on pourrait s’attendre à ce qu’une personne doive démontrer un changement important dans les circonstances ou présenter une nouvelle preuve qui n’était pas disponible auparavant afin d’être mise en liberté», car autrement ce serait accorder à l’appellant une audience *de novo*, chose que la loi ne prévoit pas. La Cour a aussi jugé que, puisqu’un certificat établit de façon concluante que l’appellant est non admissible pour des raisons flagrantes, il n’a pas droit à la présomption d’innocence.

[102] En l’espèce, il s’ensuit que la preuve examinée par M^{me} le juge Tremblay-Lamer pour savoir si le certificat est raisonnable fait nécessairement partie intégrante des preuves produites dans la présente instance. Ses constatations et conclusions attestent de manière concluante que le demandeur est non admissible pour les motifs indiqués dans le certificat.

[103] En arrivant à la conclusion que le certificat signé par les ministres était raisonnable, le juge Tremblay-Lamer écrivait, au paragraphe 31 de ses motifs (voir la section intitulée «Les faits»), que les renseignements confidentiels appuyaient fortement la thèse selon laquelle le demandeur est membre d’un réseau international d’extrémistes qui appuient les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden et fait partie d’un réseau de faussaires aux ramifications internationales qui produit de faux documents.

[104] Le juge Tremblay-Lamer faisait aussi observer, dans ses motifs [au paragraphe 30], que «la décision de M. Almrei de ne pas témoigner constitue une omission

avail himself of his opportunity to be heard. Thus, the only evidence before me is that presented at the hearing held pursuant to paragraph 40.1(4)(a) of the IRPA on October 24, 2001.”

[105] The nature of the public evidence on this motion is summarized earlier in these reasons. The Ministers’ evidence on this motion consists of both evidence adduced in public and evidence and information considered *in camera* in the absence of Mr. Almrei and his counsel. With respect to this secret evidence, a summary was provided to Mr. Almrei so that he could be reasonably informed of the allegations against him. This summary of updated information adduced by the Ministers, essentially reiterates information provided in an earlier summary issued by Madam Justice Tremblay-Lamer that Mr. Almrei is a member of an international network of extremist individuals who support the Islamic extremist ideals espoused by Usama bin Laden. The summary also notes that the actions of Al-Qaida have demonstrated that the danger to the public from that network has intensified, since the issuance of the first summary of secret information, and that supporters of Al-Qaida are still prepared to participate in a jihad against the West.

[106] On his motion for release, Mr. Almrei testified and was cross-examined on two occasions. I propose to review his evidence and in particular his testimony with respect to the following elements, which essentially form the basis of the Ministers’ allegations against him, namely: (i) false documentation; (ii) his participation in jihad, (iii) his Arab-Afghan connections, (iv) his alleged support for Usama bin Laden and (v) his alleged clandestine behaviour. In so doing, I will weigh Mr. Almrei’s testimony against the Ministers’ evidence.

(i) false documentation

[107] Mr. Almrei’s states that he is not a forger and procurer of false passports. He testified that his experiences regarding false documentation were limited to obtaining documents to facilitate his own travels, and on one occasion, assisting Nabil Al Marabh in obtaining

de sa part de se prévaloir de la possibilité d’être entendu. Par conséquent, le seul élément de preuve mis à ma disposition est celui qui a été présenté à l’audience qui a eu lieu, conformément à l’alinéa 40.1(4)a) de la Loi, le 24 octobre 2001».

[105] La nature de la preuve publique produite dans cette requête est résumée plus haut dans les présents motifs. La preuve produite par les ministres comprend à la fois la preuve présentée en audience publique et la preuve et les renseignements examinés à huis clos, en l’absence du demandeur et de son avocate. S’agissant de la preuve présentée sous le sceau du secret, un résumé a été remis au demandeur pour qu’il soit suffisamment informé des allégations le concernant. Ce résumé des renseignements mis à jour qui ont été produits par les ministres reprend essentiellement les renseignements figurant dans un résumé antérieur, délivré par le juge Tremblay-Lamer, selon lequel le demandeur est membre d’un réseau international d’extrémistes qui soutiennent les idéaux islamiques extrémistes embrassés par Oussama ben Laden. Le résumé relève aussi que les actions d’Al-Qaida ont montré que le danger que pose ce réseau pour le public s’est intensifié, depuis la délivrance du premier résumé de renseignements confidentiels, et que les sympathisants d’Al-Qaida sont encore prêts à participer à un djihad contre l’Occident.

[106] Suite à la requête qu’il a présentée en vue de sa mise en liberté, le demandeur a témoigné et a été contre-interrogé à deux reprises. Je me propose d’examiner sa preuve, et en particulier son témoignage concernant les éléments suivants, qui constituent pour l’essentiel le fondement des allégations des ministres à son encontre, à savoir: (i) faux documents; (ii) sa participation au djihad, (iii) ses liens avec les Afghans arabes, (iv) son présumé soutien à Oussama ben Laden et (v) son présumé comportement clandestin. Ce faisant, j’évaluerai le témoignage du demandeur par rapport à la preuve des ministres.

i) faux documents

[107] Le demandeur dit qu’il n’est pas un faussaire ni un fournisseur de faux passeports. Il a témoigné que son rôle dans les faux documents se limitait à obtenir des documents pour faciliter ses propres déplacements et que, à une occasion, il a aidé Nabil Al Marabh à obtenir

a false Canadian passport. He argues that his efforts to obtain false passports for himself are consistent with his circumstances as a refugee claimant. He admits his wrongdoing and claims that he did not follow through with any other requests for false passports. He explains his contact with Thailand as being consistent with his status as a refugee claimant seeking a safe haven. He states that the fact he helped Al Marabh does not mean he is part of an international forgery ring and that, in any event, he did not make the passports, but only knew who to contact. He claims that there is no evidence that the people he helped, including Al Marabh, were in any way involved with nefarious activities and that none were charged with a criminal offence.

[108] The Ministers rely on the following public evidence with respect to the allegation that Mr. Almrei is involved in an international forgery ring with international connections that produces false documents:

1. Mr. Almrei knew individuals in Montréal who could obtain false documents.
2. He profited from procuring a passport for Mr. Al Marabh.
3. He had a reputation in the community for being able to obtain false passports.
4. He is not credible because he could not recall why Al Marabh wanted a false passport, nor who gave him the name of his Montréal contact.
5. He acknowledged that procurement of false passports is wrong and illegal.
6. He travelled to Thailand and befriended a human smuggler and continued to have contact with him after coming to Canada.

[109] The Ministers also rely on information adduced *in camera* in the absence of Mr. Almrei or his counsel. This information cannot be disclosed publicly, since it has been determined that its disclosure would be injurious to national security. However, as noted earlier

un faux passeport canadien. Il affirme que les moyens qu'il a pris pour obtenir de faux passeports pour lui-même s'accordent avec sa condition de revendicateur du statut de réfugié. Il reconnaît son méfait et affirme qu'il n'a donné suite à aucune autre demande de faux passeports. Il dit que son séjour en Thaïlande s'accorde avec son statut de revendicateur du statut de réfugié en quête d'un lieu sûr. Il dit que, s'il a aidé Al Marabh, cela ne veut pas dire qu'il fait partie d'un réseau international de faussaires et que, en tout état de cause, il ne fabriquait pas les passeports, mais savait seulement avec qui communiquer. Il affirme qu'il n'est pas établi que les gens qu'il a aidés, dont Al Marabh, étaient de quelque manière mêlés à de viles activités et qu'aucun d'entre eux n'a été accusé d'un délit.

[108] Les ministres s'appuient sur la preuve publique suivante en ce qui concerne l'affirmation selon laquelle le demandeur est impliqué dans un réseau international de faussaires aux ramifications internationales qui produit de faux documents:

1. le demandeur connaissait à Montréal des individus qui pouvaient obtenir de faux documents;
2. il a tiré profit du passeport qu'il a obtenu pour M. Al Marabh;
3. il avait dans le milieu la réputation de pouvoir obtenir de faux passeports;
4. il n'est pas crédible parce qu'il n'a pu se souvenir pourquoi Al Marabh voulait un faux passeport, ni ne se rappelait qui lui avait donné le nom de son agent de liaison à Montréal;
5. il a reconnu qu'il est mal et illégal d'obtenir de faux passeports;
6. il s'est rendu en Thaïlande, est venu en aide à un passeur de clandestins et est demeuré en rapport avec lui après son arrivée au Canada.

[109] Les ministres se fondent aussi sur des renseignements produits à huis clos, en l'absence du demandeur ou de son avocate. Ces renseignements ne peuvent être divulgués, puisqu'il a été jugé que leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale.

in these reasons, public summaries have been approved and delivered to Mr. Almrei to reasonably inform him of the allegations against him by this secret evidence.

[110] I have carefully canvassed the secret evidence as to its relevance, its reliability and the presence or absence of corroboration. Having done so, I conclude that the assertions made by Mr. Almrei with respect to his limited involvement in the preparation and procurement of false documents are not credible. Based on all of the evidence, I find, on a balance of probabilities, that Mr. Almrei is involved in a forgery ring with international connections that produces false documents.

(ii) his participation in jihad

[111] Mr. Almrei testified that he went to Afghanistan because, like many young Arab men, he was encouraged to do so by the clergy in the mosques and Arab Governments, including the Government of Saudi Arabia, who offered financial incentives to young Arab men to participate in the “jihad”. Mr. Almrei testified that he was not trained as a fighter and was not associated with Usama bin Laden. He argues that only a small percentage of those who went to Afghanistan became “radicalized” and he was not one of them. He explained that he failed to disclose his travels to Afghanistan because he feared he would be found to be exaggerating his refugee claim and would be found to be not credible. Mr. Almrei’s evidence is that he went to Afghanistan as an Imam and was not involved in fighting. He admits that while in Afghanistan, he volunteered to go on two scouting missions under the command of Ibn Khattab and that he stayed at Khattab’s guest house. He argues that this does not mean he was involved in combat. Mr. Almrei affirmed his willingness to fight in a jihad but attested that this does not mean that he did or that he was trained to fight. In essence, Mr. Almrei states that there is no evidence of his involvement in violence or extremism and states that he simply does not fit the profile of a terrorist or an individual linked to Al-Qaida or other extremist organizations. Counsel argues that the evidence of Dr. El Fadl and Dr. El Helbawy supports this contention.

Cependant, comme il est indiqué précédemment dans les présents motifs, des résumés publics ont été approuvés et remis au demandeur pour qu’il soit suffisamment informé des allégations dirigées contre lui et contenues dans cette preuve secrète.

[110] J’ai scrupuleusement examiné la preuve secrète pour savoir si elle est utile, si elle est digne de foi et si elle est ou non confirmée. J’arrive à la conclusion que les affirmations du demandeur, qui dit qu’il n’a eu qu’un rôle restreint dans la préparation et l’obtention de faux documents, ne sont pas crédibles. Eu égard à l’ensemble de la preuve, je suis d’avis, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur est impliqué dans un réseau de faussaires qui a des ramifications internationales et qui produits de faux documents.

ii) la participation du demandeur au djihad

[111] Le demandeur a dit dans son témoignage qu’il s’était rendu en Afghanistan parce que, comme de nombreux jeunes Arabes, il a été encouragé à le faire par le clergé des mosquées et par les gouvernements arabes, notamment celui d’Arabie saoudite, qui offraient des stimulants financiers aux jeunes Arabes pour qu’ils participent au «djihad». Le demandeur a dit qu’il n’avait pas été entraîné comme combattant et qu’il n’était pas associé à Oussama ben Laden. Il affirme que seul un faible pourcentage de ceux qui sont allés en Afghanistan sont devenus «radicalisés» et qu’il n’était pas l’un d’eux. Il a expliqué que, s’il n’a pas fait état de ses voyages en Afghanistan, c’est parce qu’il craignait qu’on ne dise qu’il exagérerait sa revendication du statut de réfugié et qu’on refuse de le croire. Le demandeur dit qu’il s’est rendu en Afghanistan en tant qu’imam et qu’il n’est pas intervenu dans les combats. Il admet que, lorsqu’il se trouvait en Afghanistan, il s’est proposé pour participer à deux missions de reconnaissance sous le commandement d’Ibn Khattab et qu’il avait séjourné dans la maison de Khattab. Il affirme que cela ne veut pas dire qu’il a combattu. Le demandeur a confirmé son désir de combattre dans un djihad, mais, selon lui, cela ne signifie pas que c’est ce qu’il a fait ou qu’il a été entraîné pour combattre. Essentiellement, le demandeur dit que son rôle dans des actes violents ou extrémistes n’est pas établi et qu’il ne correspond tout simplement pas au profil d’un terroriste ou d’un individu lié à Al-Qaida ou autres organisations extrémistes. Son

[112] The Ministers allege that the evidence clearly establishes that Mr. Almrei was prepared to engage in combat and his involvement in jihad put him in a community of individuals who support Usama bin Laden. The Ministers further contend that Mr. Almrei's evidence with respect to his involvement in jihad is not credible because he failed to disclose his role as Imam to authorities in making his refugee claim, he funded his own travels to Afghanistan, and could not remember the names of other camps in Jalalabad.

[113] It is, however, on the strength of the secret evidence that I find Mr. Almrei not to be credible with respect to his alleged involvement in jihad. I have carefully canvassed the secret evidence on this issue, as to its relevance, its reliability and the presence or absence of corroboration. Having done so, I conclude, on a balance of probabilities, based on all of the evidence, that the assertions made by Mr. Almrei with respect to his involvement in jihad are not credible. I accept the Ministers' assertions with respect to Mr. Almrei's involvement in jihad.

(iii) Arab-Afghan connections

1. Ibn Khattab

[114] Ibn Khattab was an associate of Usama bin Laden, trained in the use of long-range weapons and was alleged to have been responsible for bombings in Russia in 1999 which resulted in the deaths of hundreds of civilians. Mr. Almrei admitted that he served under Khattab's command in Afghanistan and stayed at his guest house. While in Afghanistan, Mr. Almrei allegedly went on two scouting missions with Khattab.

[115] Mr. Almrei's evidence is that the allegations of Khattab's acts of violence postdate his contacts with him. Mr. Almrei submits that he did not maintain contact with Khattab after coming to Canada, and had not supported him financially. Mr. Almrei further states that there is no evidence that Usama bin Laden and Khattab were working together.

avocate soutient que les témoignages du docteur El Fadl et du docteur El Helbawy appuient cette prétention.

[112] Selon les ministres, la preuve établit clairement que le demandeur était prêt à s'engager dans les combats, et son rôle dans le djihad montre qu'il fait partie d'un groupe d'individus qui soutiennent Oussama ben Laden. Les ministres affirment aussi que la preuve produite par le demandeur à propos de son rôle dans le djihad n'est pas crédible parce qu'il n'a pas révélé aux autorités son rôle d'imam lorsqu'il a revendiqué le statut de réfugié, parce qu'il a financé ses propres voyages en Afghanistan et parce qu'il n'a pu se rappeler les noms d'autres camps situés à Jalalabad.

[113] C'est toutefois le contenu de la preuve secrète qui me conduit à dire que le demandeur n'est pas crédible à propos de son rôle présumé dans le djihad. J'ai scrupuleusement examiné la preuve secrète concernant cet aspect, pour voir si elle est utile, si elle est digne de foi et si elle est ou non confirmée. J'arrive à la conclusion, selon la prépondérance des probabilités, et eu égard à l'ensemble de la preuve, que les affirmations du demandeur relatives à son rôle dans le djihad ne sont pas crédibles. J'accepte les affirmations des ministres concernant le rôle du demandeur dans le djihad.

iii) liens du demandeur avec les Afghans arabes

1. Ibn Khattab

[114] Ibn Khattab était un associé d'Oussama ben Laden, formé au maniement des armes de longue portée, et c'est à lui qu'ont été imputés les attentats à la bombe survenus en Russie en 1999, qui ont entraîné la mort de centaines de civils. Le demandeur a reconnu qu'il avait servi sous les ordres de Khattab en Afghanistan et qu'il avait séjourné chez lui. Alors qu'il était en Afghanistan, le demandeur aurait participé à deux missions de reconnaissance avec Khattab.

[115] Le demandeur dit que les présumées actions violentes de Khattab sont postérieures à ses rapports avec lui. Il affirme qu'il n'a pas poursuivi sa relation avec Khattab après son arrivée au Canada et qu'il ne l'a pas soutenu financièrement. Il affirme aussi qu'il n'est pas établi qu'Oussama ben Laden et Khattab travaillaient ensemble.

2. Nabil Al Marabh

[116] Al Marabh was allegedly involved in jihad, obtained a false Canadian passport and was detained for contravening immigration laws. The Ministers contend that Mr. Almrei's testimony regarding the nature of his association with Al Marabh is not credible. They argue that while Mr. Almrei maintains that Al Marabh was not a close friend, he nevertheless helped him obtain a false Canadian passport, provided Al Marabh's uncle, Ahmed Shehab, with a loan for Al Marabh's Citizenship and Immigration release bond, and visited Al Marabh while he was in detention. The Ministers also contend that it is implausible that Mr. Almrei would not recognize Al Marabh at their first meeting in Canada, at the print shop in Toronto, given that they stayed in the same guest house and had known each other in Afghanistan.

[117] Mr. Almrei's evidence is that Al Marabh is not a close friend and that the help he gave Al Marabh must be understood in the proper cultural context. Both were Syrian nationals, and therefore from a small community in Canada. Mr. Almrei argues that it should not be viewed as implausible that such individuals visit one another in jail and help with a release bond. With respect to the false passport he provided to Al Marabh, Mr. Almrei argues that this does not mean he was a close friend or that he would obtain a passport for a terrorist if released from detention. Finally, Mr. Almrei contends that there is no evidence of terrorism charges laid against Al Marabh, and even if he was a terrorist, this doesn't mean that Mr. Almrei knew that or helped him because of it.

3. Hoshem Al Taha

[118] Mr. Almrei denies knowing Al Taha even though, while in Saudi Arabia, he included Al Taha's name in his visa application. Mr. Almrei testified that the name was provided to him by a friend who assisted him with the application, and that Mr. Almrei phoned Al Taha from his cell phone in the Canadian embassy at Riyadh and obtained his address to include on the application. Mr. Almrei argues that there is nothing

2. Nabil Al Marabh

[116] Al Marabh a semble-t-il participé au djihad, il a obtenu un faux passeport canadien et il a été détenu pour avoir enfreint les lois sur l'immigration. Les ministres affirment que le témoignage du demandeur concernant la nature de ses liens avec Al Marabh n'est pas crédible. Ils soutiennent que, contrairement à ce qu'affirme le demandeur, qui dit qu'Al Marabh n'était pas un ami intime, le demandeur l'a néanmoins aidé à obtenir un faux passeport canadien, il a consenti à l'oncle d'Al Marabh, Ahmed Shehab, un prêt devant servir de garantie pour la mise en liberté d'Al Marabh par Citoyenneté et Immigration, et il a visité Al Marabh quand celui-ci était en détention. Les ministres disent aussi qu'il est invraisemblable que le demandeur n'ait pas reconnu Al Marabh lors de leur première rencontre au Canada, à l'imprimerie de Toronto, puisqu'ils avaient séjourné dans la même pension et s'étaient connus en Afghanistan.

[117] Le demandeur dit qu'Al Marabh n'est pas un ami intime et que l'aide qu'il lui a apportée doit être comprise dans le contexte culturel qui lui est propre. Tous deux étaient des Syriens, et donc membres d'une petite communauté au Canada. Le demandeur soutient qu'il est fautif de considérer comme invraisemblable que, dans ces conditions, l'un d'eux visite l'autre en prison et s'offre à déposer un cautionnement pour sa mise en liberté. S'agissant du faux passeport qu'il a procuré à Al Marabh, le demandeur soutient que cela ne veut pas dire qu'il était un ami intime ou qu'il obtiendrait un passeport pour un terroriste s'il était mis en liberté. Finalement, le demandeur prétend qu'il n'est pas établi que des accusations de terrorisme ont été déposées contre Al Marabh, ajoutant que, Al Marabh fût-il un terroriste, cela ne veut pas dire que le demandeur le savait ou qu'il l'avait aidé pour cette raison.

3. Hoshem Al Taha

[118] Le demandeur affirme ne pas connaître Al Taha, même si, alors qu'il se trouvait en Arabie saoudite, il avait indiqué le nom d'Al Taha dans sa demande de visa. Le demandeur a témoigné que le nom lui avait été donné par un ami qui l'avait aidé à remplir la demande et qu'il (le demandeur) avait téléphoné à Al Taha depuis son téléphone cellulaire à l'ambassade du Canada à Riyad afin d'obtenir son adresse pour l'indiquer dans la

implausible about the fact that Al Taha, a person he did not know, would let him use his name for the purpose of obtaining a visa, particularly when someone from the same “Arab” community is trying to flee to safety. Further, Mr. Almrei argues that there is nothing in the public record to suggest that Al Taha is a terrorist.

[119] The Ministers argue that Mr. Almrei’s testimony regarding Hoshem Al Taha is not credible. They do not believe that, although Mr. Almrei and his friend who assisted him in preparing his visa application were not friends of Al Taha, they were able to contact and speak with him.

4. Ahmed Al Kaysee

[120] Mr. Almrei testified that Al Kaysee was a good friend who picked him up at the airport upon his arrival in Canada. Mr. Almrei acknowledged that Al Kaysee was in Afghanistan but argues that there is no evidence on the public record that Al Kaysee has been charged or detained in connection with terrorism.

[121] Secret evidence was led with respect to Ibn Khattab, Nabil Al Marabh, Hoshem Al Taha and Ahmed Al Kaysee and their alleged connections and/or associations with Mr. Almrei. I have carefully canvassed the secret evidence as to its relevance, its reliability and the presence or absence of corroboration. Having considered all of the evidence, I conclude, on a balance of probabilities, that the assertions made by Mr. Almrei with respect to his relationship with Ibn Khattab and Nabil Al Marabh are not credible. I further conclude, on a balance of probabilities, that Mr. Almrei’s testimony with respect to his relationship and association with Al Taha and Al Kaysee is implausible.

(iv) support for Usama bin Laden

[122] Mr. Almrei testified that he did not support Usama bin Laden’s violent philosophies nor the events of September 11, 2001. Mr. Almrei testified that he did not believe that bin Laden was responsible for the events of September 11, 2001, but he argues that he should not

demande. Le demandeur affirme qu’il n’y a rien d’in vraisemblable dans le fait qu’Al Taha, une personne qu’il ne connaissait pas, le laisse utiliser son nom aux fins d’obtenir un visa, à plus forte raison quand quelqu’un de la même communauté «arabe» cherche à fuir vers un lieu sûr. Le demandeur soutient aussi que le dossier public ne donne nullement à penser qu’Al Taha est un terroriste.

[119] Les ministres soutiennent que le témoignage du demandeur concernant Hoshem Al Taha n’est pas crédible. Ils ne croient pas que, alors que le demandeur et l’ami qui l’a aidé à préparer sa demande de visa n’étaient pas des amis d’Al Taha, ils aient pu le contacter et lui parler.

4. Ahmed Al Kaysee

[120] Le demandeur a témoigné qu’Al Kaysee était un bon ami à lui qui était allé le chercher à l’aéroport à son arrivée au Canada. Le demandeur a reconnu qu’Al Kaysee avait été en Afghanistan, mais il soutient que le dossier public ne laisse nulle part entendre qu’Al Kaysee a été accusé ou détenu en rapport avec le terrorisme.

[121] Une preuve secrète a été produite en ce qui concerne Ibn Khattab, Nabil Al Marabh, Hoshem Al Taha et Ahmed Al Kaysee et en ce qui concerne leurs prétendus liens et/ou contacts avec le demandeur. J’ai scrupuleusement examiné la preuve secrète pour savoir si elle est utile, si elle est digne de foi et si elle est ou non confirmée. Après examen de l’ensemble de la preuve, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que les affirmations du demandeur concernant sa relation avec Ibn Khattab et Nabil Al Marabh ne sont pas crédibles. Je conclus également, selon la prépondérance des probabilités, que le témoignage du demandeur concernant sa relation et son association avec Al Taha et Al Kaysee n’est pas vraisemblable.

iv) soutien à Oussama ben Laden

[122] Le demandeur a témoigné qu’il ne souscrivait pas aux appels d’Oussama ben Laden à la violence ni aux événements du 11 septembre 2001. Il a aussi dit dans son témoignage qu’il ne croyait pas que ben Laden fût responsable des événements du 11 septembre 2001, mais

be found to be a danger to national security because of this belief. Mr. Almrei states that there is no public evidence that he supports the extremist ideals espoused by Usama bin Laden.

[123] The Ministers contend that Mr. Almrei is not credible with respect to his evidence on his lack of support of bin Laden. Firstly, the Ministers argue that a designated judge has conclusively determined that Almrei supports extremist ideals espoused by Usama bin Laden. Secondly, a book of images of Bin Laden, of the jihad and weapons taken from Mr. Almrei's computer support their contention. Mr. Almrei argues that the computer images seized from his computer are not conclusive of anything except that he was interested in the news and events in that part of the world. The evidence of Matthew Behrens, who accessed Mr. Almrei's computer, establishes that Mr. Almrei accessed many more sites on the internet than those adduced in evidence by the Ministers. Many of these sites were not related to terrorism, jihad or Usama bin Laden.

[124] Secret evidence was adduced with respect to Mr. Almrei's support for Usama bin Laden. I have carefully canvassed the secret evidence as to its relevance, its reliability and the presence or absence of corroboration. Having done so, and on the basis of all of the evidence, I conclude, on a balance of probabilities, that the assertions made by Mr. Almrei with respect to his support for Usama bin Laden not to be credible. I further conclude, on a balance of probabilities, based on the public and secret evidence, that Mr. Almrei supports the extremist ideals espoused by Usama bin Laden.

(v) clandestine behaviour

[125] The Ministers allege that Mr. Almrei has a preoccupation with security and uses clandestine methodology to disguise his actions from law enforcement and intelligence officials. Mr. Almrei argues that his cautious behaviour can be explained. He contends that particular circumstances justify his behaviour: he is under an ongoing investigation by CSIS;

il affirme que lui-même ne devrait pas de ce seul fait être considéré comme un danger pour la sécurité nationale. Le demandeur affirme qu'il n'est pas établi, dans la preuve publique, qu'il soutient les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden.

[123] Les ministres affirment que le demandeur n'est pas crédible lorsqu'il dit qu'il n'appuie pas ben Laden. D'abord, ils soutiennent qu'un juge désigné est arrivé à la conclusion définitive que le demandeur soutient les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden. Deuxièmement, leur affirmation est, disent-ils, confirmée par un recueil d'images qui se trouvaient dans l'ordinateur du demandeur, images où l'on peut voir ben Laden, le djihad et certaines armes. Le demandeur soutient que les images qui ont été saisies dans son ordinateur ne prouvent rien, si ce n'est qu'il s'intéressait aux nouvelles et aux événements propres à cette partie du monde. Selon le témoignage de Matthew Behrens, qui a accédé à l'ordinateur du demandeur, le demandeur avait sollicité sur l'Internet beaucoup d'autres sites que ceux qui ont été produits comme preuve par les ministres. Nombre de ces sites étaient sans rapport avec le terrorisme, le djihad ou Oussama ben Laden.

[124] Une preuve secrète a été produite concernant le soutien du demandeur à Oussama ben Laden. J'ai scrupuleusement examiné la preuve secrète pour voir si elle est utile, si elle est digne de foi et si elle est ou non confirmée. Après examen, et compte tenu de l'ensemble de la preuve, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que les affirmations du demandeur concernant l'absence d'un soutien de sa part à Oussama ben Laden ne sont pas crédibles. Je conclus également, selon la prépondérance des probabilités, et eu égard à la fois à la preuve publique et à la preuve secrète, que le demandeur soutient les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden.

v) comportement clandestin

[125] Selon les ministres, le demandeur tient à se montrer discret et emploie des méthodes clandestines pour dissimuler ses actes aux responsables de l'application des lois et aux responsables du renseignement. Le demandeur soutient que sa prudence peut s'expliquer. Il affirme que des circonstances particulières justifient son comportement: il est l'objet d'une enquête du SCRS; la

there is mistrust of the Service in the Muslim community; and since September 11, 2001, Muslims are perceived to be targeted. Mr. Almrei argues that all of these factors explain and justify his behaviour.

[126] Secret evidence was adduced with respect to Mr. Almrei's clandestine behaviour. I have carefully canvassed the secret evidence as to its relevance, its reliability and the presence or absence of corroboration. Having done so, and on the basis of all of the evidence, I conclude, on a balance of probabilities, that the assertions made by Mr. Almrei with respect to his "clandestine behaviour" to be unfounded and not credible. I further conclude, on a balance of probabilities, based on the public and secret evidence, that Mr. Almrei used clandestine methodologies.

[127] I have considered the totality of Mr. Almrei's counsel's submissions carefully. I am satisfied that there is abundant evidence before the Court in the public summaries and the confidential security intelligence reports which grounds an objectively reasonable belief that Mr. Almrei's release would pose a danger to national security. The evidence adduced by Mr. Almrei is insufficient to neutralize the evidence which gives rise to the objectively reasonable belief that Mr. Almrei's release would pose a danger.

[128] I have also considered whether there are conditions of release capable of addressing that threat. Counsel for Mr. Almrei requests that I consider releasing Mr. Almrei on terms and conditions similar to those imposed by the Court in *Suresh*. The suggested terms are:

1. Persons such as Diana Ralph, Matthew Behrens and Aly Hindy deposit with the respondent Minister amounts to be fixed by the Court, which sums shall remain with the respondent for the Government of Canada until such time as the Government of Canada removes the applicant from Canada, at which time the money, with interest, shall be returned to the person or persons who have deposited the said monies.

communauté musulmane se méfie du SCRS; et depuis le 11 septembre 2001, les Musulmans semblent pris pour cible. Le demandeur soutient que tous ces facteurs expliquent et justifient son comportement.

[126] Une preuve secrète a été produite concernant le comportement clandestin du demandeur. J'ai scrupuleusement examiné la preuve secrète pour savoir si elle est utile, si elle est digne de foi et si elle est ou non confirmée. Cela étant fait, et eu égard à l'ensemble de la preuve, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que les affirmations du demandeur concernant son «comportement clandestin» ne sont ni fondées ni crédibles. Je conclus également, selon la prépondérance des probabilités, et eu égard à la preuve publique comme à la preuve secrète, que le demandeur emploie des méthodes clandestines.

[127] J'ai examiné avec attention l'ensemble des observations de l'avocate du demandeur. Selon moi, la Cour a devant elle, dans les résumés publics et dans les rapports secrets en matière de sécurité, une preuve abondante qui permet de croire objectivement que la mise en liberté du demandeur constituerait un danger pour la sécurité nationale. La preuve produite par le demandeur ne suffit pas à neutraliser la preuve qui permet de croire objectivement que la mise en liberté du demandeur constituerait un danger.

[128] Je me suis également demandé si des conditions de mise en liberté seraient susceptibles de contrebalancer cette menace. L'avocate du demandeur voudrait que je mette en liberté son client en imposant des conditions semblables à celles qu'avait imposées la Cour dans l'arrêt *Suresh*. Les conditions proposées sont les suivantes:

1. Des personnes telles que Diana Ralph, Matthew Behrens et Aly Hindy déposent auprès du ministre défendeur des sommes que fixera la Cour, sommes qui resteront entre les mains du défendeur, au nom du gouvernement du Canada, jusqu'à ce que le gouvernement du Canada renvoie le demandeur du Canada, et les sommes en question, avec les intérêts, seront alors retournées à la personne ou aux personnes qui les auront déposées.

2. Mr. Almrei, while out of detention, shall report once per week to the Immigration Reporting Centre at 6900 Airport Road, or whenever and wherever directed by an immigration official on a day and at a time as determined by a representative of the respondent.
 3. Mr. Almrei shall reside at the residence of Diana Ralph . . . Toronto.
 4. In the event that Ms. Ralph should, for whatever reason, change her address, Mr. Almrei must advise the CIC in advance and obtain the respondent's permission to change his residence.
 5. Mr. Almrei, during the time of his release, shall keep the peace and be of good behaviour.
 6. Mr. Almrei shall remain within 50 kilometres of the Toronto city limits and cannot go outside this area without permission of the CIC.
 7. Mr. Almrei shall not have direct or indirect contact with any persons whom he knows or suspects to be or have been involved with any extremist Islamic organization.
 8. Mr. Almrei shall not be involved directly or indirectly in any activities, including protests, demonstrations, or rallies related to the support of Islamic extremism.
 9. Mr. Almrei shall surrender to Canadian Immigration authorities his passport and all other travel documents while out of detention (if he has any such documents).
 10. Mr. Almrei agrees in writing to abide by these terms and conditions while out of detention, then he is to be released from detention.
2. Le demandeur, une fois mis en liberté, se présentera une fois par semaine au Centre d'immigration, 6900 chemin de l'Aéroport, ou à tout moment et à tout endroit que lui indiquera un fonctionnaire de l'immigration, au jour et à l'heure que précisera un représentant du défendeur.
 3. Le demandeur séjournera au domicile de Diana Ralph, [. . .] à Toronto.
 4. Pour le cas où M^{me} Ralph, quelle qu'en soit la raison, changerait d'adresse, le demandeur devra informer CIC au préalable et obtenir l'autorisation du défendeur de changer de domicile.
 5. Le demandeur, durant sa mise en liberté, ne troublera pas l'ordre public et devra bien se comporter.
 6. Le demandeur restera dans un rayon de 50 kilomètres des limites de la ville de Toronto et ne pourra sortir de cette région sans l'autorisation de CIC.
 7. Le demandeur n'aura aucun contact direct ou indirect avec des personnes qu'il sait avoir été mêlées à une organisation islamique extrémiste ni avec des personnes soupçonnées de l'être.
 8. Le demandeur ne participera, directement ou indirectement, à aucune activité liée au soutien de l'extrémisme islamique, notamment protestations, manifestations ou rassemblements.
 9. Le demandeur remettra aux autorités canadiennes de l'immigration son passeport et tous autres documents de voyage tant qu'il sera en liberté (s'il est en possession de tels documents).
 10. Le demandeur s'engage par écrit à se conformer aux conditions ci-dessus tant qu'il sera en liberté, après quoi il sera mis en liberté.

[129] I have found Mr. Almrei's testimony before this Court not to be credible. I have also made the following determinations with respect to Mr. Almrei: (1) that he used clandestine methodologies; (2) that he supports the extremist ideals expressed by Usama bin Laden; (3) that he is not credible with respect to his Arab-Afghan connections; (4) that he is not credible with respect to his

[129] J'ai trouvé que le témoignage du demandeur devant la Cour n'était pas crédible. Je suis également arrivé aux conclusions suivantes en ce qui le concerne: 1) il a recouru à des méthodes clandestines; 2) il soutient les idéaux extrémistes embrassés par Oussama ben Laden; 3) il n'est pas crédible en ce qui concerne ses liens avec les Afghans arabes; 4) il n'est pas crédible en

involvement in jihad; and (5) that he was involved in a forgery ring with international connections that produces false documents.

[130] I am satisfied that, should Mr. Almrei be released, there is a strong likelihood that he will resume his activities and become re-acquainted with his connections in the forgery ring and those Arab-Afghans connected to the Usama bin Laden network. Having regard to the nature of the threat posed, I have not been satisfied by Mr. Almrei that the proposed, or similar conditions, would be effective to ensure that his release would not pose a danger to national security or to the safety of any person.

[131] I have also weighed the evidence of the proposed sureties. Most of the sureties have not known Mr. Almrei for very long, and indeed all of them have only come to know him since his incarceration. I have no reason to doubt their honesty and integrity as law abiding citizens. Despite their best efforts and intentions, I have not been satisfied that the posting of cash sureties would address the danger that I believe would be posed by Mr. Almrei's release.

[132] It follows that Mr. Almrei has not met the onus upon him of satisfying the Court, on a balance of probabilities, that his release from detention will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

3. Is the continuation of Mr. Almrei's detention a breach of his rights under sections 7 and 12 of the Charter?

[133] Subsection 57(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], as amended, requires that, if the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament is in question before the Federal Court, the Act shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of each province. The applicant did not file notice of a constitutional question. Therefore, the

ce qui concerne son rôle dans le djihad; et 5) il a été mêlé à un réseau de faussaires ayant des liens internationaux qui produit de faux documents.

[130] Je suis d'avis que, si le demandeur devait être mis en liberté, il est tout à fait probable qu'il reprendra ses activités et rétablira le contact avec ses comparses du réseau de faussaires et avec les Afghans arabes liés au réseau d'Oussama ben Laden. Eu égard à la nature de la menace qu'il représente, je ne suis pas persuadé par le demandeur que les conditions proposées, ou des conditions similaires, garantiraient que sa mise en liberté ne posera aucun danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui.

[131] J'ai aussi examiné les témoignages des cautions proposées. La plupart d'entre elles ne connaissent pas le demandeur depuis très longtemps, et toutes n'ont d'ailleurs fait sa connaissance que depuis son incarceration. Je n'ai aucune raison de mettre en doute leur honnêteté et leur intégrité en tant que citoyens respectueux des lois. Malgré leur bonne volonté et leurs intentions louables, je n'ai pas été persuadé que le dépôt de cautionnements en espèces éliminerait le danger qu'entraînerait selon moi la mise en liberté du demandeur.

[132] Il s'ensuit que le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau de convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui.

3. Le maintien de la détention du demandeur équivaut-il à nier les droits qui sont reconnus au demandeur par les articles 7 et 12 de la Charte?

[133] Le paragraphe 57(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], et modifications, prévoit que les lois fédérales dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour fédérale ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins qu'un avis en ce sens n'ait été signifié au procureur général du Canada et à ceux des provinces. Le demandeur n'a pas déposé d'avis de question

applicant is not challenging the validity or applicability of any section of the Act. However, in his submissions on the reasonableness of his detention, the applicant contends that “he has been subjected to cruel and unusual treatment and that any further detention would be a breach of his rights under sections 7 and 12 of the *Charter of Rights and Freedoms*. Continued detention for twenty-seven months in solitary confinement is cruel and unusual treatment in the context of this case.” The applicant submits that justification for detention must be based on an objective standard, and that solitary confinement where not warranted on the facts can constitute cruel and unusual treatment or punishment. In this case, solitary confinement is allegedly not justified by any misconduct on the applicant’s part, but on the lack of proper arrangements for long term immigration detainees. Further, the applicant submits that he was not given the reason for his segregation during the first year of his detention.

[134] The applicant has been in solitary confinement since October 2001, a total of about 28 months. He was briefly released from solitary confinement in November 2002 pursuant to a successful *habeas corpus* application. I understand that his placement back in solitary confinement five days later was a direct result of altercations with other prisoners, and it was Mr. Almrei’s uncontradicted evidence that solitary confinement was required to ensure his personal safety within that institution.

[135] Sections 7 and 12 of the Charter provide:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[136] I accept that the jurisprudence relating to section 40.1 of the former Act remains relevant to provisions of the IRPA, as was determined by Justice Dawson in

constitutionnelle. Il ne conteste donc pas la validité ou l’applicabilité d’une disposition de la Loi. Toutefois, dans ses observations sur le caractère déraisonnable de sa détention, le demandeur affirme «qu’il a été soumis à des traitements cruels et inusités et que le maintien de sa détention reviendrait à nier les droits qui lui sont reconnus par les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une détention de vingt-sept mois en régime cellulaire est un traitement cruel et inusité dans le contexte de la présente affaire». Selon le demandeur, la justification de sa détention doit reposer sur une norme objective, et un régime cellulaire qui n’est pas justifié par les circonstances peut constituer un traitement cruel et inusité. En l’espèce, le régime cellulaire ne serait pas justifié par une quelconque inconduite de la part du demandeur, mais doit être imputé à l’absence de dispositions adéquates pour les détenus de longue durée de la filière immigration. Le demandeur affirme aussi qu’il n’a pas été informé de la raison pour laquelle il a été mis en isolement durant sa première année de détention.

[134] Le demandeur est en régime cellulaire depuis octobre 2001, soit un total d’environ 28 mois. Il a été brièvement retiré du régime cellulaire en novembre 2002, conformément à une demande d’*habeas corpus* qui a été accueillie. Je crois comprendre que son retour en régime cellulaire cinq jours plus tard était la conséquence directe d’altercations avec d’autres détenus, et, selon le témoignage non contredit du demandeur, le régime cellulaire était nécessaire pour garantir sa sécurité personnelle au sein de cet établissement.

[135] Les articles 7 et 12 de la Charte sont ainsi formulés:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[136] J’admets que la jurisprudence se rapportant à l’article 40.1 de l’ancienne Loi reste applicable aux dispositions de la LIPR, selon la décision rendue par la

Mahjoub. I find that Justice Marceau's discussion in *Ahani* (1996), excerpted at paragraph 92 of these reasons, and his conclusion on the constitutionality of section 40.1 of the former Act are therefore relevant and applicable to the issue at hand. In addition, I find that there are particular circumstances in this case that warrant a finding that the continued detention of the applicant is not contrary to section 7 or 12 of the Charter.

[137] The applicant's continued detention is permitted by legislation that has been found to be constitutionally valid. In *Ahani* (1996), the Court of Appeal upheld Madam Justice McGillis' finding that section 40.1 of the former Act did not violate the principles of fundamental justice (*Ahani* (1995)). In the recent decision of *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 299; [2004] F.C.J. No. 420 (QL), Justice MacKay referred to the Federal Court of Appeal's decision in *Ahani* (1996), and the decision of Justice Noël in *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419; [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), and concluded that subsections 82(2) and 84(2) comply with the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter, and that detention, under reasonable conditions, does not constitute cruel and unreasonable treatment or punishment prohibited by section 12 of the Charter. I am in general agreement with the reasoning advanced in these decisions.

[138] The IRPA provides for the continued detention of Mr. Almrei unless the designated judge orders his release pursuant to subsection 84(2). I find the following factors to be determinative of the third and final issue raised by the applicant. The applicant's detention is preventative, as opposed to punitive, in two respects. As discussed in *Ahani* (1996), the applicant is being detained not for punishment, but to provide "preventative protection to the Canadian public". In the particular circumstances of this case, solitary detention would not have been required, at least in the latter part of this detention, save for the need to protect the applicant within the institution. It was the applicant's own uncontradicted evidence that solitary detention was required for his own protection. Finally, the applicant, in

juge Dawson dans l'affaire *Mahjoub*. Je suis d'avis que les propos tenus par le juge Marceau dans l'arrêt *Ahani* (1996), qui sont reproduits au paragraphe 92 des présents motifs, ainsi que la conclusion du juge Marceau sur la constitutionnalité de l'article 40.1 de l'ancienne Loi, sont donc pertinents et sont ici applicables. Je suis aussi d'avis que la présente affaire contient des circonstances particulières qui permettent de dire que le maintien de la détention du demandeur n'est pas contraire aux articles 7 ou 12 de la Charte.

[137] Le maintien de la détention du demandeur est autorisé par une loi qui a été jugée valide sur le plan constitutionnel. Dans l'arrêt *Ahani* (1996), la Cour d'appel a confirmé la conclusion de M^{me} le juge McGillis selon laquelle l'article 40.1 de l'ancienne Loi ne contrevenait pas aux principes de justice fondamentale (décision *Ahani* (1995)). Dans un jugement récent, *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299; [2004] A.C.F. n° 420 (QL), le juge MacKay, se fondant sur l'arrêt *Ahani* (1996) de la Cour d'appel fédérale et sur la décision rendue par le juge Noël dans l'affaire *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419; [2003] A.C.F. n° 1816 (QL), concluait que les paragraphes 82(2) et 84(2) étaient conformes aux principes de justice fondamentale dont parle l'article 7 de la Charte, et qu'une détention dans des conditions raisonnables n'équivaut pas à des traitements ou peines cruels et inusités au sens de l'article 12 de la Charte. Je souscris pleinement au raisonnement suivi dans ces précédents.

[138] La LIPR autorise le maintien en détention du demandeur jusqu'à ce que le juge désigné ordonne sa mise en liberté selon le paragraphe 84(2). Je suis d'avis que les facteurs suivants disposent du troisième et dernier argument soulevé par le demandeur. La détention du demandeur est une détention préventive, et non une détention punitive, et cela pour deux raisons. Comme il est indiqué dans l'arrêt *Ahani* (1996), le demandeur est détenu non à titre de sanction, mais à titre de «protection préventive du public canadien». Vu les circonstances particulières de la présente affaire, une détention en régime cellulaire n'aurait pas été nécessaire, du moins pour la deuxième partie de cette détention, n'eût été la nécessité de protéger le demandeur au sein de l'établissement. Dans son propre témoignage non

these circumstances, holds the key to his release. It is open to him at any time to put an end to his detention by agreeing to leave the country. Mr. Almrei has elected to challenge his removal, and he has every right to do so. However, as long as he remains in Canada, he is subject to the provisions of IRPA, including those that provide for his continuing detention.

[139] I have considered the specific conditions and duration of Mr. Almrei's solitary detention. In the circumstances, I find that he is being detained under reasonable conditions.

[140] At this time, I cannot find that Mr. Almrei's detention will be of indefinite duration. That will depend on the outcome of pending proceedings before this Court and the outcome of any intended proceedings that may be instigated by the applicant or the Ministers.

[141] Therefore, in the circumstances of this case, I do not find that Mr. Almrei's continued detention, under the conditions in which he is currently being detained, to be cruel and unusual treatment, or punishment. In consequence, his rights under sections 7 and 12 of the Charter are not violated.

Conclusion

[142] For the above reasons, I dismiss the motion for statutory release.

ORDER

THIS COURT ORDERS:

1. The application by Mr. Almrei for release from detention pursuant to subsection 84(2) of the IRPA is dismissed.

contredit, le demandeur a dit qu'un régime cellulaire était nécessaire pour assurer sa propre protection. Finalement, c'est le demandeur qui, dans ces conditions, tient la clé de sa mise en liberté. Il lui est loisible en tout temps de mettre un terme à sa détention en consentant à quitter le pays. Le demandeur a décidé de contester son renvoi, et il a le droit de le faire. Cependant, tant qu'il reste au Canada, il est soumis aux dispositions de la LIPR, notamment à celles qui prévoient le maintien de sa détention.

[139] J'ai examiné les conditions particulières et la durée de la détention du demandeur en régime cellulaire. Eu égard aux circonstances, je suis d'avis qu'il est détenu dans des conditions raisonnables.

[140] Pour l'heure, il m'est impossible de dire que la détention du demandeur sera d'une durée indéfinie. Cela dépendra du résultat des procédures introduites devant la Cour et du résultat des futures procédures qui pourraient être introduites par le demandeur ou par les ministres.

[141] Par conséquent, eu égard aux circonstances de la présente affaire, je ne crois pas que le maintien du demandeur en détention, dans les conditions auxquelles il est actuellement détenu, équivaut à des traitements ou peines cruels et inusités. En conséquence, les droits que lui confèrent les articles 7 et 12 de la Charte ne lui sont pas déniés.

Conclusion

[142] Pour les motifs susmentionnés, je rejette la demande de mise en liberté présentée par le demandeur.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE:

1. La demande de mise en liberté présentée par le demandeur en application du paragraphe 84(2) de la LIPR est rejetée.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Access to Information Act (Act), s. 44 review application by Canada Post Corporation (CPC)—Whether document proposed for release but with severances (partial exemption) based on Act, s. 20(1)(b), in control of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) government institution listed under Schedule I of Act or whether such document in control of office (Office of Minister responsible for Canada Post Corporation) said by CPC to be government institution not listed under Schedule I of Act and therefore not subject to access by requestor—At time request made, Minister of PWGSC also Minister responsible for CPC—Sub-issue whether Corporate Implementation Group (CIG), then branch in PWGSC, part of Office of Minister responsible for CPC—Whether, taken together, Minister responsible for CPC coupled with CIG make up office coming within definition of “government institution” for purposes of Act—After considering evidence, CPC failed to establish existence of Office of Minister responsible for CPC—First, CPC could not point to any legislation or regulation creating or establishing such office—All institutions listed in Schedule I created by either legislation or regulation—Second, in context of Public Service of Canada, fundamental principle Ministers need to be supported by responsible officials in carrying out statutory functions and duties—Appointments of officials, personnel in CIG approved in PWGSC by Treasury Board whose staff relations within departmental structure of PWGSC—Office of Minister responsible for Canada Post could only exist as government institution for purposes of Act if applicable infrastructure of position authorization and appointment in those positions complied with—Third, Act needs machinery to operate—Access to Information and Privacy office at PWGSC identified CIG as appropriate branch within PWGSC holding requested document—CPC’s argument ignoring existing institutional structure for processing access requests—Fourth, CPC’s argument misconstruing Minister of PWGSC’s duties as portfolio manager of six Crown Corporations and how portfolio management interacts with Act—Ministers’ relationship with those agencies vary from one to another—Fifth, CPC’s

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

argument inappropriately attempts to bifurcate Minister’s functions as head of department and portfolio management for Agencies and Crown Corporations—Office of Minister for CPC not government institution—Control normally means possession—CPC failed to establish necessity for Access Coordinator to issue reasons for decision to disclose—CPC’s application for review dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20(1)(b), 44.

CANADA POST CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-2117-00, 2004 FC 1, Lemieux J., order dated 6/1/04, 27 pp.)

BANKRUPTCY

Motion by plaintiff for order compelling Frank Bodell, Scott Makin, Exploration Plastics Ltd., Victory Plastics Ltd. and ATK Blow Moulding Inc. (respondents) to pay into Court \$350,000 and for order Trustee in Bankruptcy for defendant, Anchortek Inc. (Anchortek), immediately provide copy of all of Anchortek’s financial documents and business records in its possession—In 2001, Federal Court finding defendants liable for patent infringement—Reference ordered as to damages—Quantum of Almecon’s damages undetermined but lost profits estimated at \$350,000—Anchortek making assignment in bankruptcy—Bankruptcy and Insolvency Act (BIA), s. 69.3 states “on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor’s property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy, until the trustee has been discharged”—Motion failed for three reasons—First, as result of assignment in bankruptcy of Anchortek, automatic and wide-ranging stay with respect to any proceedings which may be commenced or continued against company—By pursuing motion, plaintiff clearly circumventing mandatory provisions of BIA, and attempting to conduct its own parallel enforcement proceedings—BIA sets out complete statutory scheme for asserting claims against bankrupt or against property allegedly

BANKRUPTCY—Concluded

held in trust by bankrupt and imposes stay of proceedings for recovery of any claim provable in bankruptcy—In case at bar, remedies sought against AnchorTek or its property must be determined in Bankruptcy Court in Alberta, deriving exclusive authority from BIA—Second, plaintiff not establishing any property being held in trust by or on behalf of AnchorTek—No evidence illegal profits set aside as specific fund—Party claiming interest in trust property must establish trust exists under general principles of law—Claimant must establish: (1) certainty of intent; (2) certainty of subject-matter; and (3) certainty of object—Here, plaintiff failed to establish certainty of subject-matter—Accordingly, no “trust” within meaning of common law or BIA—Third, relief sought by plaintiff on this motion unavailable under Federal Court Rules, 1998, rr. 377 and 378—To come within ambit of Rules, plaintiff must identify specific property sought to be preserved—Here, “property to be preserved” illegal profits—Yet those profits not existing as identifiable fund—Motion dismissed—Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2) s. 69.3 (as enacted *idem*, s. 36)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 377, 378.

ALMECON INDUSTRIES LTD. v. ANCHORTEK LTD.
(T-992-92, 2004 FC 172, Lafrenière P., order dated 2/2/04, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Judicial review of Convention Refugee Determination Division’s (CRDD) dismissal of application for Convention refugee status—Applicants family of five—Parents excluded from definition of refugee by Art. 1F(b) of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Convention)—Each member of Lai family denied refugee status because fear claimed not persecution on ground specified in definition—Applicants citizens of People’s Republic of China who arrived in Canada in August 1999 and claimed refugee status in June 2000, 10 months after arrival—Principal applicant claimed refugee status on basis of fear of persecution because of membership in particular social group, i.e. successful Chinese businessmen—Other applicants feared persecution as members of his family—Minister alleging serious grounds to believe parents committed serious non-political crimes in China, including bribery, smuggling, fraud, tax evasion—Disputing nexus between feared persecution, grounds claimed—Applicants say wrongly accused, would not receive fair trial in China—Say CRDD should not have admitted some documentary evidence as obtained by torture or cruel, inhuman treatment—On submissions concerning admissibility

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

of documents, particularly those emanating from government of China and from those under its jurisdiction as well as document of applicants to which Minister had objected, CRDD concluded materials admissible; issue what weight evidence merits—Conclusion consistent with lawful discretion of CRDD to consider, determine what evidence admissible in any case—Evidence obtained by torture or other means precluded by International Convention, ought not to be relied upon by CRDD considering refugee application—CRDD did consider evidence objected to by applicants, but only after concluding no credible evidence interrogation statements in issue resulted from torture or from degrading treatment of persons under investigation in China—As general ruling, determination about admissibility of statements, court records and exhibits in this case clearly within capacity and statutory authority of CRDD—As to onus of proof to support exclusion, references in CRDD’s decision to “balance of probabilities” referring to finding of credible evidence rather than to onus of proof of parties—In relation to exclusion, CRDD clearly acknowledged onus of proof on Minister to establish serious reasons to find applicants should be excluded—In relation to inclusion, CRDD clearly recognized onus of proof on claimants to establish credible evidence of reasonable fear of persecution for Convention reason—CRDD’s reference to balance of probabilities referring to particular evidence issues before it, not to its ultimate decisions, not indicating error on its part in applying onus of proof to be met by parties—As to adequacy of notice and of findings, applicants urging notice of basis of exclusion, at least specifics of alleged criminal activities, vague, and therefore uncertain about allegations against them—Notice of intention of Minister to intervene in hearing of applicants’ refugee claim met essential requirement of indicating basis of intervention, in relation to Convention, Art. 1F(b), and further applicants advised by notice adult applicants considered excluded in relation to commission of serious non-political crimes of smuggling, fraud, tax evasion, and bribery—Notice clearly met requirements of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)—Applicants also arguing CRDD erred in law in determining alleged crimes committed by applicants non-political crimes—CRDD not erring in determination not to accept applicants’ submissions crimes alleged political—Ample evidence before CRDD supporting conclusion applicants’ portrayal of subservience of criminal law process to political leadership in China, key element of applicants’ claim, not established—Finding reasonable and no basis for Court to intervene in relation to CRDD’s conclusions crimes alleged non-political—Further, CRDD found crimes alleged “serious crimes” within Convention, Art. 1F(b)—CRDD’s finding concerning “serious crimes” made with reference to comparisons of Canadian criminal and customs laws with criminal laws of China, penalties assigned under both legal systems including possible execution in China in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

serious cases, and numerous allegations of offences raised as result of investigations of principal applicant's companies—Findings activities alleged "serious crimes" also made in light of case law, including other decisions of CRDD—Such determinations reasonable—As to CRDD's conclusions on exclusion, no serious errors of fact warranting Court's intervention—Decisions reached on ultimate determinations of exclusion reasonable in light of evidence before CRDD—As to CRDD's findings on inclusion, CRDD found no reasonable risk of persecution if applicants returned to China, in sense of Convention, or in particular because of possible imposition of death penalty, or of torture, cruel or degrading treatment or punishment—Rather, applicants' fears concerned prosecution under criminal laws of general application in China—As to possible penalty of execution, or of torture or degrading treatment, in regard to threat of execution, Minister adduced diplomatic note from Chinese government undertaking not to sentence principal applicant to death—Applicants disputing CRDD's interpretation of note as holding out similar assurances for both parents and submitting CRDD ought to have considered and referred to earlier misleading tactics of Chinese investigators who came to Canada, claiming visas as visiting businessmen when sole purpose to meet principal applicant, persuade him to return to China—CRDD's interpretation of note reasonable, and conclusion on trust to be accorded to note made in light of its knowledge of evidence as whole, including clumsy efforts of Chinese investigators to come unknown to Canada and seek to deal with Mr. Lai here, whether or not evidence specifically related as factor considered in reaching conclusion—CRDD, on evidence before it, including diplomatic note, reasonably found no evidence supporting conclusion applicants would face torture or degrading treatment upon return to China—CRDD found no basis for claims of both parents to fear persecution for reasons of political opinion because it found they had none and claimed none—Claim of Mr. Lai to fear persecution because of membership in particular social group, successful businessman in China, not established, as evidence before CRDD showed business and businessmen encouraged in China and not focus of any persecutory action—Claim of eldest child to fear persecution arose because two members of mother's family in China had been convicted and imprisoned for crime of harbouring or abetting fugitive from justice in China (mother) to whom, at daughter's request, had sent money—No evidence showing he would be treated similarly; and if he were, that would be subject to another law of general application in China—That would not be matter of persecution but merely of prosecution—CRDD's findings none of claims of members of family within definition of Convention refugee reasonably supported by evidence—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27—United Nations Convention Relating

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

SING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3194-02, 2004 FC 179, MacKay J., order dated 3/2/04, 29 pp.)

Judicial review of Board's decision applicant not Convention refugee or person in need of protection—Applicant, Muslim, teacher in Turkish Public School—Lost position because refused to remove her Hejab (head scarf) while teaching—Applicant seeking refuge in Canada—Submitting Board not considering case law submitted in support of proposition Turkish law violated religious freedom and economic consequence constituted persecution—If case law not distinguishable, then Board erred—Cases cited distinguishable—Unlike *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.), here Turkish government not harassing or punishing applicant because of adherence to particular interpretation of Islam—Turkey attempting to maintain secular nature in area of world in which wearing of religious dress carries with it considerable political connotations—*Fosu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 182 (F.C.T.D.) dealt with well-founded fear of persecution of Jehovah Witnesses in Ghana which had prohibited their religious services—*Fosu* holding freedom of religion including freedom to practice religion in public—Here, applicant able to publicly practice and wear head scarf—*Namitabar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 42 (T.D.) and *Fathi-Rad v. Canada (Secretary of State)* (1994), 77 F.T.R. 41 (F.C.T.D.), distinguishable because dictated manner in which Iranian women must dress to comply with religious belief of theocratic governing regime and provided punishment for violation of law—Wrong to say right of Iranian women not to wear Chador anywhere and right of Turkish women to wear head scarf everywhere manifestation of same fundamental right—Application dismissed.

KAYA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5565-03, 2004 FC 45, Harrington J., order dated 14/1/04, 7 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's (Board) decision dismissing applicants' claims to be Convention refugees—Whether Board erred in assessment of availability of state protection—In case at bar, case unto itself, Board erred in stating as general principle not important whether agents of persecution police or private individuals—In light of Chairperson's Gender Related Guidelines, Board had obligation to assess whether fact police agents of persecution important in light of specific country conditions—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

Decision did not address evidence members of *Organismo Investigación Judicial* (Costa Rican police) not effectively investigated or punished when allegations of abuse—According to evidence, police and Civil Guard, at instigation of male applicant's father, arrested and beat male applicant's brother-in-law—Where directly relevant evidence contradicts findings of Board, must be identified and addressed by Board—Whether Board ignored evidence of similarly situated persons—Best evidence individual faces serious chance of persecution usually treatment afforded similarly situated persons in country of origin—Evidence person similarly situated persecuted important evidence that cannot be ignored—As applicants submitted evidence of family of male applicant's sister to argue this nuclear family similarly situated, incumbent on Board to address evidence—Whether Board ignored evidence of psychological report—Board found adequate state protection—Since Board did not see possibility applicants would be persecuted, cannot say Board erred in not assessing psychological report in its reasons—Conclusion of Board made without regard to specific evidence of case—Decision limited to particular context, specific fact pattern—On face of it, and it alone, judicial review allowed.

GUERRERO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5874-03, 2004 FC 104, Shore J., order dated 23/1/04, 9 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Tax Court's decision adding 25 hours of insurable employment to 519 hours determined by M.N.R. to be total hours of insurable employment engaged in by applicant between September 2, 1997 and June 26, 1998—Tax Court applied Employment Insurance Regulations, s. 9.1: where paid on hourly basis, insurable employment number of hours actually worked—In order to qualify for benefits, applicant had to have at least 630 hours of insurable employment—Applicant contending, based on pay stubs, he had more than 630 hours and Tax Court Judge erred in conclusion—At hearing before Tax Court, respondent noted Minister had neglected to credit applicant with additional 25 hours of insurable employment—Tax Court Judge agreed and varied Minister's decision accordingly—Total of insurable hours became 544—Applicant still seeking credit for stand-by time—Evidence showing applicant paid for work actually done as crossing guard, and that he was given vacation pay credit and allowance for travelling—No evidence employer agreed to and in fact paid applicant in form of travelling allowance for standing by—No evidence vacation pay and travelling allowance counted by applicant's employer as time "actually worked"—Rather, they were percentages of regular pay for work actually performed and not as compensation for additional work performed by applicant—Application

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

dismissed—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 9.1 (as am. by SOR/97-31, s. 3).

BANWAIT V. M.N.R. (A-151-03, 2004 FCA 11, Stone J.A., judgment dated 14/1/04, 5 pp.)

Judicial review of Umpire's decision honorarium received by applicant for serving as Indian band councillor remuneration from employment needing to be deducted from employment insurance benefits—Umpire addressed whether applicant's position constituted employment—Definition of "employment" found in Employment Insurance Regulations, s. 35(1)(c), referring to tenure of "office", as defined in Canada Pension Plan (CPP), s. 2(1)—Umpire finding fact applicant elected sufficient to bring her within CPP, s. 2(1)—Applicant submitted position as band councillor did not "entitle" her to \$500 per month—Umpire concluded word "entitling" in CPP, s. 2(1) only requires expectation payments will be made and received—Here, given consistency of amounts and regularity of payment, honorarium expected to be paid by Band and received by councillors—Open to Umpire to so conclude based on evidence—Whether taking honorarium into account contrary to Indian Act (IA), s. 89(1)—Accepted amounts received situated on reserve—Read in context, words of IA, s. 89(1) protect property of Indian situated on reserve from being taken away—By contrast, deduction of earnings under Employment Insurance Act has effect of reducing benefits payable under insurance scheme—Benefits reduced, not payments from Band taken away—Purpose of s. 89(1) protection of property of Indian on reserve so not eroded by ability of creditors to seize—Application dismissed—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 35(1)(c) "employment"—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 2(1) "office"—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 89(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12)—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

DOBLEJ V. CANADA (EMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION) (A-274-03, 2004 FCA 19, Rothstein J.A., judgment dated 21/1/04, 8 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Medical expense tax credit—Respondent suffering from myalgic encephalomyelitis, chronic fatigue and immune dysfunction syndrome, multiple chemical sensitivity, and fibromyalgia—To treat those conditions, her physicians prescribed vitamins, herbs, organic and natural foods, and bottled water—In 1999, respondent spent \$6,555 for those substances, and claimed medical expense tax credit for those expenditures—Claim dismissed, but she appealed successfully to Tax Court—Crown now seeking judicial review—Claim for

INCOME TAX—Concluded

medical expense tax credit based on Income Tax Act, s. 118.2(2)(n)—Meaning of phrase “as recorded by pharmacist” —Tax Court Judge erred in concluding words “as recorded by pharmacist” in s. 118.2(2)(n) could be ignored—Recording requirement in s. 118.2(2)(n) intended to ensure tax relief not available for cost of medications purchased off shelf—Laws throughout Canada governing practice of pharmacy—Generally, they prohibit pharmacist from dispensing certain medications without medical prescription, and they describe records pharmacist required to keep for medications dispensed by prescription—Where medication prescribed by physician but purchased at pharmacy off shelf, sales slip or invoice from pharmacist not sufficient “recording” to meet statutory requirement—Must be record kept by pharmacist in capacity as pharmacist—Necessarily excludes substances purchased off shelf—Patient purchasing prescription medications from physician may not be entitled to medical expense tax credit because no recording by pharmacist—Tax Court Judge interpreted s. 118.2(2)(n) as though application of closing words, “as recorded by pharmacist”, may vary depending on severity of patient’s condition, so if condition sufficiently severe, words may disappear altogether—In effect, Tax Court Judge added extra-statutory condition to s. 118.2(2)(n)—Therefore, Crown’s judicial review allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 118.2(n).

CANADA V. RAY (A-593-02, 2004 FCA 1, Sharlow J.A., judgment dated 5/1/04, 9 pp.)

PRACTICE

Appeal of Tax Court’s judgment (2003 DTC 314) dismissing appeal from assessment of income tax for 1990 taxation year—Taxpayer submitting tax withheld by employer, contrary to T4 which indicated no amount withheld on account of income tax—Tax Court finding no tax withheld—Parliament has not given Tax Court authority to determine whether tax withheld at source—Appellant cannot be faulted for proceeding as she did—Contradictory decisions of Tax Court on this point—Appellant pointed out in *Suermondt v. Canada*, 2001 DTC 5389 (F.C.A.), this Court implicitly accepted Tax Court had jurisdiction in such cases—However, in later *Neuhaus v. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 177 (F.C.A.), this Court indicated question of jurisdiction not raised in *Suermondt*, *supra*—Since Tax Court lacked jurisdiction, only possible remedy to allow appeal.

BOUCHER V. CANADA (A-166-03, 2004 FCA 47, Sharlow J.A., judgment dated 29/1/04, 5 pp.)

MARITIME LAW

Appellant licensed under Coasting Trade Act to operate foreign vessel *M.V. Bjorn* in Canadian waters from February

MARITIME LAW—Continued

9 to March 9, 1998—Respondent invoiced appellant under 1997-98 Marine Services Fee Schedule: Fees to be paid for Marine Navigation Services Provided by the Canadian Coast Guard, s. 10 for marine navigation services provided—Appellant refused to pay on ground fees fixed under s. 10 discriminated on basis of ship’s nationality—Respondent commenced legal proceedings against appellant to recover outstanding amount—Respondent’s action allowed in full—Appellant then appealed decision but Rouleau J. dismissed appeal ([2003] 1 F.C. 168) concluding appellant not disadvantaged for operating foreign ship because no evidence supporting appellant’s contention fees payable by *M.V. Bjorn* those set out in Fee Schedule, s. 8(3)—Specifically, appellant’s failure to prove *M.V. Bjorn* bulk carrier fatal to contention s. 8(3) section under which fees for respondent’s marine navigation services ought to have been claimed—Appellant has burden of proving marine navigation services rendered ought to have been invoiced in accordance with Fee Schedule, s. 8(3)—Appellant had to prove *M.V. Bjorn* bulk carrier and that aggregates loaded thereon between February 9 and March 9, 1998—Appellant made no attempt, prior to Rouleau J. having reserved decision following hearing of April 10, 2002, to adduce evidence in respect of *M.V. Bjorn* and nature of cargo carried on ship while in Canadian waters—Appellant submitting coasting licence part of record and showing *M.V. Bjorn* bulk carrier carrying aggregates in Canadian waters between February 9 and March 9, 1998—Appellant put forward two submissions supporting propositions—First, licence part of record because licence admitted in paragraph 1 of amended statement of defence allegations made by respondent in paragraph 5 of statement of claim—Submission not convincing because at paragraph 5 of statement of claim, respondent simply alleged *M.V. Bjorn* foreign ship which entered Canada on temporary basis pursuant to licence—Secondly, respondent deemed to have admitted truth of facts by not denying paragraph 10 of amended statement of defence—Submission flies in face of Federal Court Rules, 1998, r. 184(1), which states in unequivocal terms that unless admitted, allegation of fact in pleading deemed to have been denied—Rouleau J. made no error in concluding no evidence *M.V. Bjorn* bulk carrier and as result, fees charged to appellant properly subjected to Fee Schedule, s. 10—Appeal dismissed—Coasting Trade Act, S.C. 1992, c. 31—1997-98 Marine Services Fee Schedule: Fees to be Paid for Marine Navigation Services Provided by the Canadian Coast Guard, ss. 8(3), 10—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 184(1).

CANADA V. MID-ATLANTIC MINERALS INC. (A-380-02, 2004 FCA 28, Nadon J.A., judgment dated 15/1/04, 12 pp.)

MARITIME LAW—Continued

TORTS

Bulk carrier *Lantau Peak* put in at Vancouver for repair of hull frames detached on voyage from Japan and to take on coal for voyage to Japan—But vessel subjected to inspection by government safety inspectors who ordered her detention as hull frames wasted by corrosion beyond limit of 17% of original thickness—Ship repaired under protest to lesser standard—Allowed to sail in ballast to China for extensive hull repairs under terms of release from detention—Action claiming damages for negligence due to detention, delay in releasing ship—Defence: inspectors acted under statutory authority (Canada Shipping Act) so no claim in negligence lies—If that defence invalid, no bar to determination of liability under maritime tort law—Conclusion: defence unavailable, as detention not authorized by Canada Shipping Act (ACT)—Inspectors, supervisors negligent and defendants liable in tort—Ship detained as “Port State Control” measure, regime of maintaining safety standards between maritime nations—Two such agreements: Paris Memorandum of Understanding (MOU) (Atlantic); Tokyo Memorandum of Understanding (Pacific)—Canada party to both—“Freedom of the seas” concept explained—Flag state has absolute command over ship—Flag state supremacy doctrine remains dominant theme in international law of sea—Recent rise of coastal state jurisdiction, states extending control to 200-mile limit—Sovereignty exercise is subject to right of innocent passage by foreign vessels—Both traditional, new positions recognized by U.N. Convention on the Law of the Sea 1982—Port State Control not universally accepted, arises from agreement (MOU) between limited number of states—Two MOUs not intended to abrogate right of flag state to deal with own ships—Evidence proves nothing haphazard about vessel’s maintenance—All repairs directed by surveyors carried out—Prior to her arrival at Vancouver, no authority considered vessel unsafe—Ship’s owners took position requirement to repair to wastage standard unreasonable—Malaysia requested release—Class NK corrosion standard for hull frames was 25%—Agreed to do some repairs at Vancouver but wanting to do remainder at Shanghai as cheaper there—Terms of release—Defendants changed standard from 17% to requirement frames corroded beyond 33% had to be repaired before release, on condition frames corroded beyond 25% be repaired in China—Captain felt had no choice but to agree—Plaintiffs’ representations re: repair to Class NK standards fell on deaf ears—Actual seaworthiness of vessel not here at issue—Report on that prepared by New York naval architects C.R. Cushing & Co.—Admissibility of report—Defendants argue report not relevant to quality of decision-making—Report held relevant, admissible as proof professional analysis of hull condition data can yield well-supported opinion re: seaworthiness at given time—But expert’s actual opinion irrelevant as played no part in impugned decision-making—Court did find relevant expert naval architects’ statement never heard of 17% hull frame

MARITIME LAW—Continued

corrosion standard—Ultrasound survey conducted after repairs in China—Inadmissible for purpose for which tendered—But relevant as to quantum of damages—Under what authority did government inspectors detain, maintain detention of vessel?—Defendants relied on Canada Shipping Act, s. 310—International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (SOLAS)—While Canada contracted to Convention, not made part of domestic law by legislation—But SOLAS relevant, detention purportedly based on “Structural Deficiencies: SOLAS, ch. 1, Reg. 11”—Tokyo MOU, considered—Domestic safety regime—Canada Shipping Act’s objectives to protect health, promote safety—Provides for Steamship Inspection Service, appointment of inspectors, creation of inspection board—Empowers inspector to board, detain ships—May detain if any provision of Act not complied with, detention warranted in circumstances—Non-Canadian Ships Safety Order has significant impact on defence herein—Coasting Trade Act, administered by Canadian Transportation Agency—Definitions of “coasting trade” in s. 2 relevant—Question whether Act, Part V applicable to non-Canadian ship carrying on trade in Canadian waters—To be read to find harmony, not conflict: *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994, at p. 176—Act, Order to be read with SOLAS to find harmony: majority opinion in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (as to application of international conventions)—Act, Order to be read with understanding of reality of international marine trading to find harmony—Lawyer Swanson’s argument all-encompassing, quoted at length as providing correct interpretation of relationship between Act, Order—If reasons for detention pursuant to non-binding SOLAS provisions through voluntary recognition of international convention obligations, why can’t detention itself be on basis of same recognition?—Possible to view MOU as “enforcement” mechanism—Malaysian authorities did not question Canadian jurisdiction to detain vessel under MOU Port State Control program—Has been high degree of cooperation in enforcing Port State Control measures—While grounds for detention were SOLAS breach, everyone acted as if detention itself was under Act, s. 310—Relationship between Act, Order not considered—Detention order signed on Canada Shipping Act form—Plaintiffs’ only concern had been to procure ship’s release by whatever means, including appeal to Chairman—Financial aspect of detention was plaintiffs’ dominating interest—As matter of law, vessel’s detention could not be under s. 310—MOU, with reliance on SOLAS, was authority—As to whether action in negligence lies herein, reference made to Crown Liability and Proceedings Act, s. 3—Inspectors servants of Crown—Defendants’ arguments based on statutory authority of s. 310 rejected—MOU cannot be considered “legal authority” for detention—Plaintiffs’ action under maritime common law—Under SOLAS Regulations, all possible efforts to be made to avoid ship’s undue detention, delay; where unduly delayed, she is entitled to compensation

MARITIME LAW—Continued

for damage suffered (s. 19(f))—By becoming Authority to MOU, Canada agreed to respect this standard of care—Yet Authority cannot be sued directly under MOU—Test for negligence that set out by S.C.C. in 2003 case *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263: plaintiff must demonstrate: (1) duty of care; (2) duty breached; (3) damages resulted therefrom—Inspectors, other officials knew vessel would lose income due to detention, repairs more expensive here than in China—Damages reasonably foreseeable—As to proximity, not unfair, unjust to impose on defendants duty of care—Detention of *Lantau Peak* operational, not policy, decision—Action in negligence does lie herein—Three aspects of negligence allegation: (1) reasons for detention; (2) delay in vessel's release; (3) release terms—As to standard of care, see: *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201—Clear grounds for conducting more detailed inspection arise where cursory inspection reveals serious hull, structural deterioration, deficiencies—Ship to be detained only if unsafe or presents unreasonable threat of harm to marine environment—Inspector must have substantial reason to detain ship—Must be some verifiable evidence detention necessary—Department of Transport's "Bulk Carrier Inspection Regime", adopted in early 1990s, also established standard against which conduct of detention to be judged—Directive: if, after cursory inspection, inspector concerned serious hull or structural deficiencies exist, ship's owners, classification society should be asked to decide repairs needed to rectify deficiencies—Court's opinion: if inspector cannot accept decision, must have good grounds based on solid evidence lest detention considered undue—Port State Control highly regulated process operating in complex environment of powerful forces: flag states, ship owners, Classification Societies, Port State Control Authorities—Imposition of 17% standard was arbitrary, unverifiable, unsupervised, uncontrolled, unsupportable—Reasonable, prudent Port State Control inspector would not have imposed 17% wastage standard—Imposition constituted breach of duty of care owed plaintiffs, negligence on Warna's part—Warna's lack of accuracy in reporting constituted negligence—Implicit from Manual decision-making must be subject to quality control—Authority should put in place process for supervision of inspectors' decisions, especially in case of hotly contested detention decision—Supervisor (Mr. Nelson) owed duty of care to: be aware of inspectors' detention criteria; ask appropriate questions to ensure proper inspection conducted, grounds for detention exist; encourage use of expert advice in decision-making process, insist where detention strongly contested; review reports to ensure accuracy—Nelson failed to properly supervise Warna—Failed to detect errors in Briefing Note—Nelson was ignorant of Warna's practice of imposing own unique, arbitrary 17% corrosion standard—Nelson's conduct was negligent—Defendants owed plaintiffs duty of expeditious decision-making—Defendants put on notice detention considered undue, would have serious economic consequences—No excuse for delay of three months

MARITIME LAW—Concluded

to move from detention decision to next step in process—Evidence of manifest indecision at Ottawa regarding what to do about second-level decision—Internal expert opinion recommended release on terms—Malaysian authorities did all possible to secure vessel's release—Decision-making impaired by fear release without repairs at Vancouver would undermine Port State Control regime—Defendants' undue delay, mismanagement breached standard of care owed to plaintiffs and was negligent—Decision-making was anything but transparent—Breach of good faith—Terms of release—No realistic basis for extremely stringent terms of towing option—Terms imposed were based on one very bad incident number of years ago—Port State Control process so strong under both Paris, Tokyo MOUs, no chance *Lantau Peak* could evade Port State Control obligations—No reason to demand \$1 million bond—Terms of release were unreasonable, imprudent as terms originally imposed, in breach of duty of care—Negligent conduct on Streeter's part—Importance of Class NK standard for corrosion—At time, was only non-arbitrary, verifiable hull frame corrosion standard—All ships covered by Classification standards and safety certificates are issued according thereto—Defendants neither set standard nor accepted Class requirements so can't object to determination of damages according to Class NK standard—Issue as to level of repairs that should have been done at Vancouver, given cost differential for repairs in China—Damages—To be assessed from date of first Class NK opinion *Lantau Peak* fit to sail to Shanghai for repairs—Given cost differential, was reasonable to hope decision set aside upon appeal to Streeter—Cost of particular repairs at Vancouver, in China considered—Other expenses due to detention—Total damages award: \$4,344,859—Pre-judgment interest for period of 6.49 years at average prime business rate of 5.76%—Costs awarded to plaintiffs—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 310—Paris Memorandum of Understanding on Port State Control—United Nations Convention on the Law of the Sea, December 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 3—International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974—Non-Canadian Ships Safety Order, C.R.C., c. 1452, s. 3(c)—Coasting Trade Act, S.C. 1992, c. 31, s. 2(1) "coasting trade" (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 108)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 22), 3 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36)—Tokyo Memorandum of Understanding on Port State Control.

BERHAD V. CANADA (T-609-99, 2004 FC 501, Campbell J., judgment dated 5/4/04, 191 pp.)

PAROLE

Appeal from Trial Division's decision setting aside National Parole Board (Board) revocation of respondent's pardon on basis he knowingly concealed summary conviction offence under Income Tax Act (ITA) when applying for pardon—Board stated because form of pardon

PAROLE—Concluded

application clear in instructing applicants to list all criminal convictions, respondent must have knowingly concealed ITA conviction—Appellant arguing when Board said non-disclosure “a deliberate decision” this amounted to “knowing concealment”—Argument misses point—Evidence demonstrated deliberate decision of respondent not to include ITA offence—However, not meaning appellant knowingly made false statement—Evidence was that he believed not obliged to list information—Respondent attached list of convictions received from Royal Canadian Mounted Police to his application for pardon, rather than personally filling in space in form provided with details of convictions—In attaching information adverse to himself, which not obliged to provide, such as other offences with which charged but not convicted, respondent indicated intention not to conceal—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

TANNER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-175-03, 2004 FCA 7, Sexton J.A., judgment dated 12/1/04, 3 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of Health (respondent) from granting to Apotex Inc. (Apotex) Notice of Compliance (NOC) for tablets of azithromycin until after expiration of Pfizer Canada Inc.’s (Pfizer) patent for crystalline azithromycin dihydrate (dihydrate) (‘876 patent)—Whether allegation of non-infringement contained in Notice of Allegation (NOA) justified—In examining issue, five questions addressed—First, whether burden of proof shifts to Apotex to show non-infringement once Pfizer requested samples of material produced by Apotex in clinical trials—In proceeding under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(2), party who has carriage of litigation has burden of proving on balance of probabilities NOA not justified—Further, facts contained in NOA and detailed statement presumed to be true—Clear Pfizer bears legal burden and “cannot expect to be able to make [its] case out of mouth of respondent”—In *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328 (F.C.T.D.), affd (1995), 64 C.P.R. (3d) 450 (F.C.A.), Strayer J.A. held generic respondent or second person does have evidential burden in NOC proceedings—Clear Apotex has evidential burden to “put into play” issue of non-infringement by issuing NOA and detailed statement to Pfizer and respondent—However, these documents, if determined adequate, will satisfy evidential burden on a respondent—Thus, if NOA and detailed statement not deficient, Apotex will have discharged evidential burden—Strayer J.A.’s comments not permitting applicant to expand evidential burden on respondent at its whim—Further, nonsensical to

PATENTS—Continued

allow one party to state what vexes it, thereby putting issue into play, and then determine other party has burden of providing evidence in support of such vexation—Legal burden rests with Pfizer as does evidential burden with respect to samples requested—Second, whether Apotex’s failure to provide requested samples giving rise to common law presumption of infringement—If information “manifestly beyond the power of” party to “discover and prove in evidence”, and it pleads, in originating notice of motion, nature of information within exclusive knowledge of generic, it may be able to rely on presumption—However, it must additionally demonstrate information required not in its possession and peculiarly within knowledge of other party—Case at bar not infringement action—Because of purpose of proceeding and applicable standard of proof, samples not falling within meaning of “required information”—Given disclosure of abbreviated new drug submission (ANDS), not manifestly beyond power of Pfizer to determine whether Apotex’s product will contain dihydrate—Common law presumption not available to Pfizer—Third, whether production of samples necessary—Pfizer relied on *AB Hassle v. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 173 (F.C.T.D.) to contend insufficient facts provided in respondent’s NOA justifying allegation of non-infringement of ‘876 patent—*AB Hassle* distinguished—Before commencing this proceeding, Pfizer sought production of “samples of bulk azithromycin used in Apotex’s azithromycin tablets, together with samples of such tablets”—O’Keefe J. ordered Apotex to produce requested samples only if Apotex provided such samples to Minister in NOC submissions—Pfizer submitting Court should rely on order of O’Keefe J. as support for position Apotex samples necessary to provide evidentiary foundation for Court to determine whether NOA justified—As only limited evidence before O’Keefe J. inappropriate to be bound by reasons of order or even to give it more than passing reference—As to samples as “best evidence”, mere fact sample materials relevant insufficient to order their production or to form basis of successful application by Pfizer—Fourth, whether NOA and detailed statement adequate—In assessing adequacy of NOA, must keep in mind: (1) bald assertion of non-infringement insufficient; (2) permissible for second person to withhold certain information regarding formulation until subsequent to confidentiality order being in place; and (3) NOA adequate if further disclosure elaborates on basis for which allegation of non-infringement made such that sufficient evidence upon which to evaluate allegation—Pfizer submitted Apotex’s NOA fatally flawed—Here, Apotex clearly stated “making, constructing, using or selling by us of tablets containing the medicine azithromycin in strengths of 250 mg for oral administration” will not infringe applicant’s ‘876 patent—Sufficient information contained in NOA and detailed statement upon which Pfizer could evaluate allegation—NOA not fatally flawed—Fifth, whether non-infringement

PATENTS—Continued

allegation in NOA justified—Only claim at issue claim 1 of '876 patent and that its essential element “crystalline azithromycin dihydrate”—Pfizer seeking prohibition order on grounds Apotex will produce dihydrate either as byproduct or as final product and even if final product free of dihydrate, it will nevertheless convert into dihydrate upon storage and scaling up of production—As to manufacturing, Pfizer failed to show Apotex would infringe patent by producing dihydrate either as byproduct or final product—As to storage and scaling up, Pfizer submitted upon storage and scaling up, conversion of IPA monohydrate will occur, thus infringing '876 patent—Pfizer failed to prove conversion upon scaling up production will occur on balance of probabilities—Evidence not establishing, on balance of probabilities, Apotex's allegation of non-infringement not justified—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(2).

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-2282-01, 2003 FC 1428, Snider J., order dated 21/1/04, 35 pp.)

PRACTICE

Judicial review of Patent Appeal Board (Board) decision respondent (Sakno) authorized correspondent under Patent Rules, r. 2 for purpose of prosecution, maintenance of patent application no. 2331099 ('099 application)—Dispute as to ownership of patent—Petition accompanying patent application appointed Dennison Associates (Dennison) as patent agent—On September 10, 2001, respondent identified as sole inventor in patent petition, withdrawing by letter Dennison's authority to act on his behalf—Dennison not advising Patent Office, but instead taking steps to add applicants as co-inventors and to have David French (respondent's choice as sole agent) removed as associate agent—Patent Office advised Dennison on September 27, 2001 no longer patent agent of record for respondent—Since no common patent agent of record for both respondent, applicants, Patent Review Board determining respondent as first named inventor “authorized correspondent” pursuant to Patent Rules, r. 2—Judicial review of application not filed until March 2002—Whether appointment of Dennison as patent agent validly revoked—Whether application time-barred under Federal Court Act, s. 18.1(2)—Applicants, having decided to leave revocation decision unchallenged to further their advancement of their inventorship interests cannot now challenge decision because resulted in consequences they did not foresee when adopting their subterfuge—In so far as application attacks revocation decision communicated to Dennison on September 27, 2001, it is time-barred—As applicants' argument based upon reviewable error “in making the Decision, the Commissioner has improperly had regard to purported revocation”, sufficient in itself to dispose of application—In event conclusion wrong,

PATENTS—Continued

merits also dealt with—Board holding “in order to revoke a patent agent, it is sufficient for one of several applicants to sign the revocation”—Decision based upon Patent Rules, r. 20(3): appointment of patent agent may be revoked by submitting notice of revocation signed by applicant or agent to Commissioner—Applicants submitted all applicants had to sign revocation—Relying on Interpretation Act, s. 33(2)—Applicants advancing similar argument with respect to Patent Rules, r. 6(2) i.e. communication must be from all applicants—Board holding notice to appoint agent must be signed by all applicants, but sufficient for one of several applicants to sign revocation—In absence of binding authority on point, rules of statutory interpretation suggest must seek intent of Parliament by reading words of provision in context and according to grammatical and ordinary sense, harmoniously with scheme and object of statute—In relation to Patent Act provisions under consideration, interpretation adopted by Board only one making scheme of Act workable—No inconsistency in Board's interpretation of Patent Rules, rr. 20(2) and 20(3)—Board's interpretation correct because, in case of multiple applicants, valid appointment as patent agent requires authority from all of applicants—If one applicant subsequently withdraws authority (as happened here) then patent agent no longer enjoys authority of all applicants and notification of this fact to Patent Office by any one of applicants sufficient to effect revocation—To require notification by all applicants impractical and would lead to undesirable consequences—Applicants alleged revocation of Dennison as patent agent invalid as only purported revocation came from respondent—At time of revocation decision in September, 2001, or at any time subsequent to this, no notice of appointment signed by all applicants appointing Dennison as patent agent in accordance with Patent Rules, r. 20(2)—This is why Board correct to conclude in decision “there is no common patent agent of record appointed by all three applicants”—Bearing in mind subterfuge used to achieve their status as co-inventors on record, something incongruous about applicants seeking to assert rules circumvented in order to gain position allowing them to make such assertion—Applicant's interpretation of r. 20(3) leading to absurd result—Parties able to persuade Patent Office to accept them as co-inventors on basis of incorrect understanding (eg. Dennison agent for respondent) could then insist their own agent, who ceased to represent one of applicants (eg. respondent) cannot be removed without their consent—Finally, applicants saying Board erred by having regard to deficient and ineffective revocation—Applicants submitted Commissioner improperly having regard to communication to Patent Office by David French who was not applicant under '099 application, patent agent, associate patent agent—Patent Rules, r. 20(3) allowing revocation after submission to Commissioner of “a notice of revocation signed by the applicant or that patent agent”—Patent Act and Patent Rules prescribe no particular form notice should take—Fact

PATENTS—Concluded

notice of respondent forwarded on his behalf to Patent Office by Mr. French irrelevant—Respondent signed notice and perfectly obvious from notice and Mr. French's letter who Mr. French is and in what capacity forwarding notice—Acceptance of notice under Patent Rules, r. 6(2) consistent with Patent Office's position under r. 20(3), that one applicant can revoke appointment—Judicial review dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4—Patent Rules, SOR/96-423, rr. 2 "authorized correspondent", 6(2), 20—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2).

DIDONE V. SAKNO (T-406-02, 2003 FC 1530, Russell J., order dated 31/12/03, 33 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Action involving loss of substantial yacht carried as deck cargo—Motion by Singapore defendant for additional security for costs in amount of \$100,000—Motion for security for costs involves consideration of general reasonableness of what sought as security—Another consideration balance between reasonable security and prejudice—Prothonotary not subscribing to stricter approach by which question and disallow all but most firm items in calculating security for costs—Also not subscribing to British Columbia case law, bearing upon retention of out-of-town counsel, within British Columbia, with result travel costs of such counsel apparently disallowed as taxable disbursements—This might be justified in provincial litigation, but not applicable to Federal Court which has much broader geographic scope of operation—Thus security for reasonable travel costs proper—Fact this successful application might encourage other parties to seek security not reason to deny increased security—Floodgates theory not applicable—Security for costs fixed at \$95,000, payable in two segments—Motion allowed in part.

GOODMAN YACHTS LLC V. GERTRUDE OLDENDORFF (THE) (T-283-00, 2004 FC 40, Hargrave P., order dated 13/1/04, 6 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 399(2), seeking variance of consent order—Plaintiff seeking to be excused from actually listing certain documents in supplemental affidavit of documents mentioned in consent order—R. 399 exceptional rule—Judgments must be respected and cannot lightly be set aside—Plaintiff not meeting conditions established by r. 399—Plaintiff must show in some way

PRACTICE—Continued

consent to order vitiated by fraud, mistake, grounds upon which contract can be set aside—No showing of that sort made, attempted—Plaintiff merely withdrawing part of claim—To come within rule, new matter must be shown to be something changing result—In case of consent order, that means, both parties would not have given consent—Improper to set aside part only of bargain plaintiff does not now like and leave rest in place—Further, argument documents ordered to be listed no longer relevant not accepted—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399.

VOLKSWAGEN CANADA INC. V. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, 2004 FC 202, Hugessen J., order dated 6/2/04, 5 pp.)

PARTIES*Intervention*

Motion to set aside in part Prothonotary's order dismissing Merck Frosst's (MF) motion for leave to be added as party respondent or, in alternative, leave to intervene in within application—Prothonotary holding third parties such as MF not "directly" affected by review, approval of general drug submission or ANDS by Minister—MF submitted Prothonotary erred in law in concluding MF not meeting criteria for intervener status—More precisely, MF alleged Prothonotary confused test for intervention with test for granting party status—Test for intervention set out in Federal Court Rules, 1998, r. 109(2)(b)—Fundamental question to be determined whether participation of proposed intervener will assist Court in determining factual or legal issue related to proceedings—MF wishes to provide perspective on potential Food and Drug Regulations, s. 8 damages issues—Fact decision by Minister in favour of Apotex may eventually permit Apotex to initiate, under Regulations, s. 8 damages claim against MF not meaning damages become aspect of factual or legal issues that will be addressed by Minister in proceedings initiated by Apotex—If this were the case, s. 8 damages would be issue in many such proceedings where Minister called upon to review and consider abbreviated new drug submissions made by generic manufacturers—"Affected by the outcome" not same as showing how "participation will assist the determination of a factual or legal issue related to the proceedings", fundamental consideration under r. 109—Prothonotary followed appropriate approach in analysing request for intervener status—Decision not based upon wrong principle or misapprehension of facts—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109(2)(b)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.

APOTEX INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-78-03, 2004 FC 43, Russell J., order dated 14/1/04, 14 pp.)

PRACTICE—Concluded

REFERENCES

Reference to quantify damages as result of patent infringement specially managed—Whether scheduling order should include express language requiring defendants to list and produce all documents in their possession or control regarding acquisition, manufacture, use, sale or other disposal of product containing zidovudine from date of first manufacture to present—Documents requested by plaintiffs *prima facie* relevant to issues on reference and ought therefore be listed and produced—Defendants have no basis for refusing to produce requested documents, having been conclusively found to have infringed plaintiffs' patent—Dealing piecemeal with every procedural issue and deferring rulings not conducive to proper case management—Relevance primary consideration regarding production of documents—Federal Court Rules, 1998, r. 156 requires reference be conducted in simplest, least expensive and most expeditious manner—Essential decision as to scope of production of documents be made as soon as practicable—Pursuant to r. 157, referee may order production of any documents or other material relevant to matter in issue—As case manager of reference, prothonotary has same authority—Litigant obliged to list every relevant document in its possession, even those documents which do not have to be produced—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 156, 157.

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD.
(T-3197-90, T-2624-91, T-2983-93, 2004 FC 220,
Lafrenière P., order dated 11/2/04, 9 pp.)

PUBLIC SERVICE

SELECTION PROCESS

Merit Principle

Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's (Board) decision allowing appeals brought by unsuccessful candidates against proposed appointments to positions with Human Resources Development Canada at Ottawa—Two members of Selection Board providing references for five candidates—References central element of selection process and in structured form responsive to "reference check guide" developed by members of Selection Board with formalized related marking scheme, also developed by members of Selection Board—Supervisors disqualified from providing references—Those members providing references not participating in marking thereof—Board stating: "the two selection board members placed themselves in a conflict of interest; the same one they took steps to avoid by insisting that candidates who were supervisors not provide a references [*sic*] for other candidates"—Error in law—Selection Board members not putting themselves in "conflict of interest" situation—Rather actions

PUBLIC SERVICE—Concluded

sufficient to raise reasonable apprehension unfair advantage or disadvantage in competition may have been conferred on or against participants for whom Selection Board members provided references—Board's characterization of situation as "conflict of interest" completely inapt reference—Not open to Court to rewrite Board's decision—Therefore, Board committed error in expressing itself as it did—Judicial review allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BORMAIS (T-718-03,
2004 FC 217, Gibson J., order dated 30/1/04, 12 pp.)

RCMP

Defendant seeking summary judgment dismissing action launched by Public Service Alliance of Canada (PSAC)—Subject-matter of PSAC's action concerning one municipal employee engaged by each of towns of Humboldt, Saskatchewan and Antigonish, Nova Scotia, seconded by employer to provide support services to Royal Canadian Mounted Police (RCMP) which provides municipal police service to those towns pursuant to municipal policing agreements (agreements)—PSAC's action test case since 200 such agreements existing across Canada—Central issue scope of Royal Canadian Mounted Police Act (Act), s. 10—Whether Act, s. 10 requires all support staff necessary for carrying out of functions and duties of RCMP, including provision by Force of municipal policing services pursuant to agreements, to be federal public servants—S. 10 providing civilian employees necessary for carrying out functions, duties of Force shall be appointed under Public Service Employment Act—Issue as to scope of words "that are necessary for carrying out functions and duties of the Force" as found in Act, s. 10—Whether functions and duties of Force limited to those which RCMP carries out as police force for Canada (federal police force) or whether those functions and duties encompass those which RCMP discharges as provincial police force or municipal police force pursuant to agreements entered into under Act, s. 20—Principles of statutory interpretation—Presumption Parliament intended to remain within constitutional limits—Constitutional principles underpinning federal Crown's motion for summary judgment—First, provincial legislative power over administration of justice extends to administration of criminal justice, including provision of police services—Second, each province has power to establish police force—Third, provincial police force has power to police not only provincial penal laws but also federal Criminal Code—Fourth, municipal police forces constituted under provincial laws—Fifth, eight provinces not establishing provincial forces but "rent" federal police force, RCMP under agreements where RCMP provides police services to province—Services provided include enforcement of Criminal Code, provincial statutes, municipal by-laws—Sixth, some municipalities in eight renting provinces have

RCMP—Continued

own police forces, established under provincial laws—Most municipalities in those provinces have also rented RCMP so RCMP enforces Criminal Code, provincial statutes, municipal by-laws—Seventh, fact policing agreements authorized on federal side by Act and on provincial side by provision in provincial Police Act meaning in performing police services RCMP authorized by provincial, federal statute law—Eighth, RCMP, when performing provincial police services and municipal police services under contract subject to direction of provincial Attorney General—Cases on limits of provincial legislative authority of RCMP reviewed—Summary judgment provisions contained in Federal Court Rules, 1998, rr. 213-218—Crown’s motion for summary judgment not raising any material factual issues for trial—From constitutional perspective, both federal and provincial authorities have legislative authority to establish police force operating in their distinct spheres of legislative jurisdiction, which essentially

RCMP—Concluded

consists of police officers and members performing policing duties as such—RCMP’s obligation to be supported by employees appointed under Public Service Employment Act limited to supporting officers, members of Force in relation to duties it performs as Canada’s federal police force—Interpretation accords with text of Act, s. 10 when interpreted in context of Act as whole and in accord with constitutional principles underpinning exercise of policing federally, provincially and municipally—Summary judgment granted—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 10 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 5), 20—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213-218.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA
(T-2091-00, 2004 FC 13, Lemieux J., judgment dated 8/1/04, 29 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant 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/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Recours en révision exercé en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) par la Société canadienne des postes (la SCP)—La communication partielle d'un document fondée sur l'art. 20(1)b) de la Loi relevait-elle de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (Travaux publics), une institution fédérale mentionnée à l'annexe I de la Loi, ou relevait-elle d'un bureau – le Bureau du ministre responsable de la Société canadienne des postes, qui, selon la SCP, est une institution fédérale qui n'est pas mentionnée à l'annexe I de la Loi, ce qui a pour conséquence que le document en question n'a pas à être communiqué à la personne qui en fait la demande—Au moment où la demande a été faite, la ministre de Travaux publics était également la ministre responsable de la SCP—Une question accessoire est soulevée en l'espèce, à savoir si le Groupe de la mise en œuvre des initiatives ministérielles (GMIM), alors une division de Travaux publics, faisait partie du Bureau du ministre responsable de la Société canadienne des postes—Considérés ensemble, le ministre responsable de la SCP conjugué avec le GMIM constituent-ils, aux fins de la Loi, un bureau au sens de la définition d'«institution fédérale»?—Après avoir examiné la preuve la SCP n'a pas établi l'existence d'un Bureau du ministre responsable de la SCP—Premièrement, la SCP n'a souligné aucune loi ou règlement qui créait ou établissait un tel bureau—L'ensemble des institutions énumérées à l'annexe I ont été créées ou établies par une loi ou un règlement—Deuxièmement, dans le contexte de l'administration publique fédérale, il existe un principe fondamental selon lequel les ministres doivent être secondés par des fonctionnaires responsables de l'exercice des fonctions et des tâches qui leur sont attribuées par la loi—Les fonctionnaires et le personnel du GMIM ont été nommés à leurs postes par la Commission de la fonction publique et ces postes ont été approuvés au ministère des Travaux publics par le Conseil du Trésor et dont les relations de travail relèvent de la structure du ministère des Travaux publics—Le Bureau du ministre responsable de Postes Canada ne peut exister en tant qu'institution fédérale aux fins de la Loi que si l'on s'est conformé à l'infrastructure applicable quant à l'autorisation de postes et à la nomination dans ces postes—Troisièmement, la

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

Loi a besoin d'un mécanisme pour fonctionner—Le Bureau de l'Accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Travaux publics a indiqué que le GMIM était la section compétente à Travaux publics qui détenait le document demandé—L'argument de la SCP ne tient pas compte de la structure existante de l'organisme concernant le traitement des demandes de communication—Quatrièmement, l'argument de la SCP fait une mauvaise interprétation des fonctions du ministre des Travaux publics comme gestionnaire de portefeuille de six sociétés d'État et de la manière selon laquelle la gestion de son portefeuille interagit avec la Loi—La relation que les ministres entretiennent avec ces organismes variera d'un organisme à l'autre—Cinquièmement, l'argument de la SCP tente de séparer les fonctions du ministre comme responsable de son ministère et la gestion de son portefeuille pour les organismes et les sociétés d'État—Le Bureau du ministre responsable de la SCP ne constitue pas une institution fédérale—Le contrôle implique habituellement la possession—La SCP n'a pas établi que le coordonnateur de l'accès à l'information devait fournir des motifs quant à la décision de communiquer—Demande de révision présentée par la SCP rejetée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)b), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-2117-00, 2004 CF 1, juge Lemieux, ordonnance en date du 6-1-04, 27 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt qui ajoutait 25 heures d'emploi assurable aux 519 heures qui avaient été calculées par le M.R.N. comme étant le nombre total d'heures d'emploi assurable effectuées par le demandeur entre le 2 septembre 1997 et le 26 juin 1998—La Cour de l'impôt a appliqué l'art. 9.1 du Règlement sur l'assurance-emploi: lorsque la rémunération d'une personne est versée sur une base horaire, la personne est considérée comme ayant exercé un emploi assurable pendant le nombre

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

d'heures qu'elle a effectivement travaillées—Pour avoir droit à des prestations, le demandeur devait avoir effectué au moins 630 heures d'emploi assurable—Il prétend que d'après ses talons de chèque de paie, il a accumulé plus que ce minimum et que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur ne parvenant pas à cette conclusion—Au cours de l'audience qui s'est tenue devant la Cour de l'impôt, celle-ci a été informée que le ministre avait négligé d'accorder au demandeur 25 autres heures d'emploi assurable—Le juge de la Cour de l'impôt étant d'accord, la décision du ministre fut modifiée et le nombre total d'heures assurables est passé à 544—Le demandeur demande toujours qu'on lui crédite ses heures d'attente—La preuve démontre que le demandeur était rémunéré pour le travail qu'il accomplissait réellement en tant que brigadier scolaire, qu'il a reçu des crédits de paie de vacance et une allocation pour ses déplacements—Et il n'y a pas de preuve indiquant que l'employeur a accepté de le rémunérer et qu'en fait il a été rémunéré sous la forme d'une allocation de déplacement pour son temps d'attente—Il n'y a pas non plus de preuve que la paie de vacance et l'allocation de déplacement ont été comptabilisées par l'employeur comme des heures «effectivement travaillées»—En fait, il s'agit plutôt d'un pourcentage de son salaire normal pour le travail réellement accompli et non pas d'un dédommagement pour des heures additionnelles effectuées par le demandeur—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 9.1 (mod. par DORS/97-31, art. 3).

BANWAIT C. M.R.N. (A-151-03, 2004 CAF 11, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 14-1-04, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'une juge-arbitre que les honoraires que touchait la demanderesse à titre de conseillère de bande étaient une rémunération tirée d'un emploi dont le montant devait être déduit de ses prestations d'assurance-emploi—La juge-arbitre s'est d'abord penchée sur la question de savoir si le rôle de la demanderesse était un emploi—À l'art. 35(1)c) du Règlement sur l'assurance-emploi, la notion d'«emploi» est définie comme étant l'occupation d'une fonction ou charge au sens de l'art. 2(1) du Régime de pensions du Canada (RPC)—La juge-arbitre a conclu que la demanderesse avait été élue et que cela était suffisant pour qu'elle soit visée par l'art. 2(1) du RPC—La demanderesse a fait valoir que son poste de conseillère de bande ne lui donnait pas «droit» à la somme de 500 \$ qu'elle touchait tous les mois—La juge-arbitre a conclu que l'expression «donnant droit» de l'art. 2(1) du RPC exigeait uniquement qu'il y ait une attente selon laquelle les paiements seraient faits et reçus—La juge-arbitre a conclu qu'il s'agissait de montants égaux versés régulièrement que la bande s'attendait à payer et que les conseillers s'attendaient à recevoir—La juge arbitre pouvait tirer cette conclusion compte tenu de la preuve—L'art. 89(1) de la Loi sur les Indiens interdit-il de tenir compte des

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

honoraires?—Les montants que la demanderesse a touchés sont situés sur une réserve—Lus dans leur contexte, les termes de l'art. 89(1) protègent les biens d'un Indien situés sur une réserve contre leur saisie—Par contre, la déduction de la rémunération en vertu de la Loi sur l'assurance emploi a pour effet de réduire le montant des prestations versées en vertu d'un régime d'assurance—Ce sont les prestations qui diminuent et non les paiements de la Bande qui sont saisis—L'art. 89(1) a pour objet de protéger les biens d'un Indien situés sur une réserve de manière à ce que ces biens ne soient pas saisis par des créanciers—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 35(1)c) «emploi»—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2(1) «fonction»—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 89(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 12)—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

DOBLEJ C. CANADA (COMMISSION DE L'ASSURANCE-EMPLOI) (A-274-03, 2004 CAF 19, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 21-1-04, 8 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé (le défendeur) de délivrer à Apotex Inc. (Apotex) un avis de conformité pour des comprimés d'azithromycine avant l'expiration du brevet que détient Pfizer (Pfizer) sur l'azithromycine dihydrate cristalline (dihydrate) (le brevet '876)—L'allégation de non-contrefaçon figurant dans l'avis d'allégation est-elle fondée?—Pour analyser cette question, il faut examiner cinq points—Premièrement, après que Pfizer eut indiqué qu'elle avait besoin pour sa preuve des échantillons du produit en vrac que Apotex avait obtenus lors de ses essais cliniques, le fardeau de la preuve a-t-il été transféré à Apotex qui doit démontrer que son produit ne contrefera pas le brevet '876?—Dans une poursuite fondée sur l'art. 6(2) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), la partie qui doit poursuivre la procédure a la charge de démontrer, suivant la prépondérance de la preuve, qu'un avis d'allégation n'est pas fondé—De plus, les faits exposés dans l'avis d'allégation et dans l'énoncé détaillé sont présumés vrais—Il est clair que le fardeau ultime dans la présente instance incombe à Pfizer qui «ne saurait compter sur les déclarations de [la défenderesse] pour prouver ses propres prétentions»—Dans la décision *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par (1995), 64 C.P.R. (3d) 450 (C.A.F.), le juge Strayer, J.C.A., a statué que le fabricant de médicaments génériques intimé ou seconde personne a effectivement un fardeau de présentation dans une

BREVETS—Suite

instance concernant un avis de conformité—Il est clair qu'il incombe à Apotex, en vertu du fardeau de présentation, de «soulever» la question de la non-contrefaçon en remettant un avis d'allégation et un énoncé détaillé à Pfizer et au ministre—S'ils sont jugés suffisants, ces documents satisferont au fardeau de présentation qui incombe à un défendeur—Ainsi, s'il est décidé que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ne sont pas insuffisants, Apotex se sera acquittée du fardeau de présentation lui incombant—Les observations du juge Strayer, J.C.A., n'autorisent pas un demandeur à élargir à sa guise le fardeau de présentation incombant au défendeur—De plus, il serait illogique de permettre à une partie d'indiquer ce par quoi elle est lésée, soulever ainsi une question, et de décider ensuite qu'il incombe à l'autre partie de fournir des éléments de preuve au sujet de cette lésion—Le fardeau ultime tout comme le fardeau de présentation incombent à Pfizer en ce qui a trait aux échantillons demandés—Deuxièmement, le refus d'Apotex de fournir les échantillons demandés fait-il jouer la présomption de contrefaçon de la *common law*?—Si les renseignements «échappent manifestement à la compétence» d'une partie «qui ne saurait ni en obtenir communication ni les produire» et qu'elle plaide, dans son avis de requête introductive d'instance, la nature des renseignements qui relèvent de la connaissance exclusive du fabricant de médicaments génériques, elle pourrait être en mesure de s'appuyer sur la présomption—Cependant, elle doit en outre démontrer que les renseignements demandés ne se trouvent pas en sa possession et qu'ils relèvent tout particulièrement de la connaissance de l'autre partie—La présente instance n'est pas une action en contrefaçon—À cause de l'objet de la présente instance et de la norme de preuve applicable, les échantillons, à la lumière des faits de la présente affaire, ne font pas partie des «renseignements demandés»—Vu la divulgation de la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN), la décision de savoir, suivant la prépondérance de la preuve, si le produit d'Apotex contiendra du dihydrate n'échappe pas manifestement à la compétence de Pfizer—Pfizer ne peut donc pas invoquer la présomption de *common law*—La troisième question est celle de savoir si la production des échantillons est nécessaire—Pfizer s'appuyait sur le jugement *AB Hassle c. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 173 (C.F. 1^{re} inst.) pour soutenir que les faits énoncés dans l'avis d'allégation de la défenderesse sont insuffisants pour fonder son allégation de non-contrefaçon du brevet '876—Distinction faite d'avec le jugement *AB Hassle*—Avant d'introduire la présente instance, Pfizer a demandé, par voie d'une requête interlocutoire, la production «des échantillons de l'azithromycine en vrac utilisés [par Apotex] dans ses comprimés d'azithromycine, ainsi que des échantillons de ces comprimés»—Le juge O'Keefe a ordonné à Apotex de fournir les échantillons demandés seulement si elle avait fourni de tels échantillons au ministre dans le cadre de sa demande d'avis de

BREVETS—Suite

conformité—Pfizer soutenait que la Cour devait considérer que l'ordonnance du juge O'Keefe corroborait sa thèse voulant que les échantillons d'Apotex étaient nécessaires pour fournir à la Cour le fondement probatoire lui permettant de déterminer si l'avis d'allégation était fondé—Comme le juge O'Keefe ne disposait que d'un nombre limité d'éléments de preuve, il ne conviendrait pas que la Cour se sente liée par les motifs de son ordonnance ni même qu'elle s'attarde sur ceux-ci—Quant à la question de savoir si les échantillons constituent «la meilleure preuve», le simple fait que les échantillons soient pertinents est suffisant pour ordonner leur production ou justifier qu'il soit fait droit à la demande de Pfizer—Quatrièmement, l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé étaient-ils suffisants?—Pour évaluer le caractère suffisant de l'avis d'allégation, on peut se servir des indications suivantes: 1) une simple affirmation de non-contrefaçon ne suffit pas; 2) il est loisible à la seconde personne de retenir certains renseignements concernant sa formulation tant qu'une ordonnance de confidentialité n'est pas prononcée; 3) l'avis d'allégation sera suffisant si d'autres détails sont donnés pour expliquer les raisons pour lesquelles l'allégation de non-contrefaçon constituait une preuve suffisante pour permettre d'apprécier l'allégation—Pfizer affirmait que l'avis d'allégation d'Apotex présentait un vice fatal—Mais en l'espèce, Apotex a dit clairement que «l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par [elle] des comprimés contenant le médicament azithromycine en posologie de 250 mg pour administration par voie orale» ne contreferaient pas le brevet '876 de la demanderesse—L'avis d'allégation et l'énoncé détaillé contenaient des renseignements suffisants grâce auxquels Pfizer pouvait évaluer les allégations—L'avis d'allégation ne présentait pas de vice fatal—Cinquièmement, l'avis d'allégation est-il fondé?—La seule revendication en cause en l'espèce est la revendication 1 du brevet '876 et son élément essentiel est le «dihydrate d'azithromycine sous forme de cristaux»—Pfizer cherche à obtenir une ordonnance d'interdiction car, selon elle, Apotex produira le dihydrate soit comme sous-produit soit comme produit final et que, même si son produit final est exempt du dihydrate, il se convertira quand même en dihydrate pendant l'entreposage et la production à plus grande échelle—En ce qui concerne la production, Pfizer n'a pas démontré que Apotex contrefera son brevet en produisant du dihydrate soit comme sous-produit soit comme produit final—Quant à l'entreposage et la production à plus grande échelle, Pfizer soutenait que l'IPA monohydraté se convertirait en dihydrate pendant l'entreposage et la production à plus grande échelle, ce qui contreferaient le brevet '876—Pfizer n'a pas démontré suivant la prépondérance de la preuve que la production à plus grande échelle entraînerait la conversion—Les éléments de preuve n'établissent pas, suivant la prépondérance de la preuve, que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex est non

BREVETS—Suite

fondée—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(2).

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-2282-01, 2003 CF 1428, juge Snider, ordonnance en date du 21-1-04, 35 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission d'appel des brevets (la Commission) a conclu que le défendeur (Sakno) était le correspondant autorisé au sens de la règle 2 des Règles sur les brevets aux fins de la poursuite et du maintien de la demande de brevet n° 2331099 (la demande '099)—Litige portant sur la propriété d'un brevet—La pétition jointe à la demande désignait Dennison Associates (Dennison) comme agent de brevets—Le 10 septembre 2001, le défendeur, qui était désigné dans la pétition jointe à la demande de brevet comme étant le seul inventeur, a écrit à Dennison pour révoquer le mandat qu'il lui avait accordé et qui l'autorisait à agir en son nom—Dennison n'en a pas informé le Bureau des brevets mais a pris une série de mesures pour ajouter le nom des demandeurs comme coinventeurs et pour révoquer David French (le mandataire exclusif du défendeur) comme coagent des brevets—Le 27 septembre 2001, le Bureau des brevets a prévenu Dennison qu'il n'était plus l'agent de brevets inscrit auprès du défendeur—Comme il n'y avait pas d'agent commun inscrit au dossier qui agissait pour le défendeur et les demandeurs, la Commission d'appel des brevets a conclu que le défendeur était le «correspondant autorisé» au sens de la règle 2 des Règles sur les brevets—La demande de contrôle judiciaire n'a été introduite qu'en mars 2002—La désignation de Dennison à titre d'agent des brevets a-t-elle été valablement révoquée—La demande est-elle prescrite par application de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Ayant décidé de ne pas contester la décision de révocation pour servir leur cause, les demandeurs ne peuvent maintenant contester aussi tardivement cette décision parce qu'elle a entraîné des conséquences qu'ils n'avaient pas prévues lorsqu'ils ont recouru à leur subterfuge—Dans la mesure où la demande vise à contester la décision de révocation communiquée à Dennison le 27 septembre 2001, cette demande est prescrite—Comme la thèse des demandeurs repose sur l'existence d'une erreur ouvrant droit à l'intervention judiciaire, en l'occurrence que [TRADUCTION] «en prenant cette décision, le commissaire a tenu compte à tort d'une prétendue révocation», cela suffit en soi pour trancher la demande—Pour le cas où elle aurait tort sur ce point, la Cour se prononce aussi sur le fond de la cause—La Commission a affirmé que [TRADUCTION] «pour révoquer la nomination d'un agent de brevets, la signature d'un des demandeurs suffit»—La décision repose sur la règle 20(3) des Règles sur les brevets: la nomination d'un agent de

BREVETS—Suite

brevets peut être révoquée par un avis de révocation remis au commissaire et signé par l'agent ou le demandeur—Suivant les demandeurs, la signature de tous les demandeurs était requise—Les demandeurs se fondent sur l'art. 33(2) de la Loi d'interprétation—Les demandeurs font valoir un argument semblable en ce qui concerne la règle 6(2) des Règles sur les brevets en soutenant que, lorsqu'il y a pluralité de demandeurs, la communication doit provenir de tous les demandeurs—La Commission a estimé que, lorsqu'il s'agit de nommer un agent, tous les demandeurs doivent signer l'avis de nomination, mais que pour révoquer la nomination d'un agent de brevets, la signature d'un seul des demandeurs suffit—En l'absence de décisions faisant autorité en la matière, il y a lieu d'appliquer le principe d'interprétation des lois suivant lequel il faut déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi—Pour ce qui est des dispositions de la Loi sur les brevets à l'examen, l'interprétation retenue par la Commission est la seule qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi—Il n'y a pas de contradiction entre l'interprétation que la Commission a donnée des règles 20(2) et 20(3) des Règles sur les brevets—L'interprétation de la Commission est juste et ce, parce qu'en cas de pluralité de demandeurs, il faut que tous aient donné leur autorisation pour que l'agent de brevets soit valablement mandaté—Si l'un des demandeurs retire par la suite son autorisation (comme en l'espèce), l'agent de brevets n'est plus mandaté par tous les demandeurs et l'avis envoyé au Bureau des brevets par l'un des demandeurs à cet effet suffit pour réaliser la révocation—Exiger que tous les demandeurs envoient cet avis serait peu pratique et entraînerait des conséquences peu souhaitables—Les demandeurs soutiennent que la révocation de Dennison en tant qu'agent de brevets était invalide parce que la seule présumée révocation était le fait du défendeur—Au moment de la décision de révocation de septembre 2001, et d'ailleurs à toute date ultérieure, il n'existe pas d'avis de nomination signé par tous les demandeurs et ayant pour effet de constituer Dennison agent de brevets conformément à la règle 20(2) des Règles sur les brevets—C'est pourquoi c'est à juste titre que la Commission a conclu dans sa décision que [TRADUCTION] «il n'y a pas d'agent de brevets unique inscrit au dossier qui aurait été désigné par les trois demandeurs»—Si l'on tient compte du subterfuge auquel ils ont recouru pour être reconnus comme coinventeurs inscrits au dossier, il est plutôt incongru de voir les demandeurs chercher à invoquer des dispositions qu'ils ont contournées pour acquérir un statut qui leur permet de formuler un tel argument—L'interprétation que le demandeur fait de la règle 20(3) conduirait à un résultat absurde—Ceux qui réussissent à convaincre le Bureau des brevets de les considérer comme coinventeurs en invoquant des raisons inexactes (par ex. que Dennison était l'agent du défendeur) pourraient ensuite insister pour dire que le mandat de leur propre agent qui a

BREVETS—Fin

cessé de représenter l'un d'entre eux (par ex. le défendeur) ne peut être révoqué sans leur consentement—Finalement, les demandeurs affirment que la Commission a commis une erreur en tenant compte d'une prétendue révocation qui était irrégulière et inefficace—Les demandeurs soutiennent que le commissaire a tenu compte à tort d'une communication adressée au Bureau des brevets par David French, qui n'était ni le demandeur, ni l'agent des brevets ni le coagent en ce qui concerne la demande '099—La règle 20(3) des Règles sur les brevets prévoit que la nomination d'un agent de brevets peut être révoquée après avoir été remis au commissaire par «un avis de révocation signé par l'agent ou le demandeur»—La Loi sur les brevets et les Règles sur les brevets n'imposent aucune formalité particulière en ce qui concerne l'avis—Le fait que l'avis du défendeur ait été transmis pour son compte au Bureau des brevets par M. French est sans intérêt—Le défendeur a signé l'avis et l'identité de M. French et à quel titre il envoyait cet avis ressort à l'évidence du rapprochement de l'avis lui-même et de la lettre de M. French—L'acceptation de l'avis aux termes de la règle 6(2) des Règles sur les brevets s'accorde avec la thèse défendue par le Bureau des brevets relativement à la règle 20(3), c'est-à-dire qu'un demandeur peut à lui seul révoquer une nomination—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4—Règles sur les brevets, DORS/96-423, règles 2, «correspondant autorisé», 6(2)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 33(2).

DIDONE C. SAKNO (T-406-02, 2003 CF 1530, juge Russell, ordonnance en date du 31-12-03, 33 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**STATUT AU CANADA***Refugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire du rejet par la section du statut de réfugié (SSR) d'une demande de statut de réfugié au sens de la Convention—Les demandeurs constituent une famille de cinq personnes—Les parents sont exclus de la définition de réfugié en vertu de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention)—Tous les membres de la famille Lai ont été exclus du statut de réfugié, puisque leur crainte ne portait pas sur la persécution pour un motif prévu dans la définition—Les demandeurs sont des citoyens de la République populaire de Chine, qui sont arrivés au Canada en août 1999 et qui ont revendiqué le statut de réfugié 10 mois après leur arrivée, soit en juin 2000—Le demandeur principal revendique le statut de réfugié au motif d'une crainte de persécution du fait de son statut de membre d'un groupe social, les hommes d'affaires chinois qui ont réussi—Les autres demandeurs craignent d'être persécutés en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tant que membres de sa famille—Le ministre soutient qu'il a des raisons sérieuses de penser que les parents ont commis des crimes graves de droit commun en Chine, y compris la corruption, la contrebande, la fraude et l'évasion fiscale—Il déclare qu'il n'y a pas de lien entre la persécution qu'ils disent craindre et les motifs qu'ils donnent pour fonder leur crainte—Les demandeurs prétendent avoir été accusés à tort, et qu'ils n'auront pas droit à un procès équitable en Chine—Ils soutiennent que la SSR n'aurait pas du admettre en preuve les rapports et documents obtenus par la torture ou par un traitement cruel et inhumain—S'agissant des prétentions au sujet de l'admissibilité des documents, notamment ceux en provenance du gouvernement chinois ou de personnes sous sa compétence, ainsi qu'au sujet d'un document des demandeurs qui faisait l'objet d'objections du ministre, la SSR a conclu qu'ils étaient recevables, la question étant de savoir quel poids devait leur être attribué—Cette conclusion est cohérente avec le pouvoir discrétionnaire que la loi accorde à la SSR de décider quels éléments de preuve sont admissibles—Une preuve obtenue par la torture, ou par d'autres moyens interdits par la Convention internationale, ne doit pas être retenue par la SSR lorsqu'elle examine une revendication de statut de réfugié—La SSR a tenu compte de la preuve à laquelle les demandeurs s'objectent, mais uniquement après être arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de preuve crédible que les déclarations en cause portant sur les interrogatoires avaient été obtenues par l'utilisation de la torture ou de traitements dégradants appliqués aux personnes faisant l'objet de l'enquête en Chine—Comme conclusion générale, la décision en l'espèce portant sur l'admissibilité de déclarations, dossiers du tribunal et pièces diverses, était clairement de la compétence de la SSR telle que prévue dans la législation—S'agissant du fardeau de la preuve à l'appui de l'exclusion, la référence dans la décision de la SSR à la «prépondérance des probabilités» se rapporte à une conclusion au sujet de la crédibilité de la preuve et non du fardeau imposé aux parties—S'agissant de l'exclusion, la SSR a clairement reconnu que le fardeau de la preuve incombait au ministre d'établir qu'il y avait des raisons sérieuses d'exclure les demandeurs—S'agissant de l'inclusion, la SSR a clairement reconnu que le fardeau de la preuve incombait aux demandeurs d'établir l'existence d'une preuve crédible de crainte raisonnable de persécution pour un motif énoncé dans la Convention—Les références de la SSR à la prépondérance des probabilités par rapport à des questions précises de preuve qui lui étaient soumises, et non à ses décisions finales, n'indiquent pas qu'elle aurait commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve à satisfaire par les parties—S'agissant du caractère adéquat de l'avis et des conclusions, les demandeurs soutiennent que l'avis d'exclusion, à tout le moins le détail des prétendues activités criminelles, était vague et qu'ils ne savaient donc pas tout à fait ce qu'on leur reprochait—L'avis de l'intention du ministre d'intervenir à l'audition de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

revendication des demandeurs pour obtenir le statut de réfugié répond au critère essentiel qui veut qu'on indique sur quoi il fonde son intervention au vu de l'art. 1Fb), de plus, l'avis les informe que les demandeurs adultes sont des personnes exclues pour avoir commis les crimes graves de droit commun que sont la contrebande, la fraude, l'évasion fiscale et la corruption—L'avis satisfait clairement aux exigences de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)—Les demandeurs soutiennent que le tribunal a commis une erreur de droit en concluant que les crimes prétendus des demandeurs étaient des crimes de droit commun—La SSR n'a pas commis une erreur lorsqu'elle a refusé d'accepter les allégations des demandeurs que les crimes étaient politiques—La SSR disposait d'une preuve abondante à l'appui de sa conclusion que les demandeurs n'avaient pas démontré que le processus judiciaire en matière criminelle était inféodé à la direction politique de la Chine, un élément essentiel de leurs arguments—Conclusion raisonnable, donc aucun fondement justifiant une intervention dans les conclusions de la SSR que les prétendus crimes sont des crimes de droit commun—De plus, la SSR a conclu que les prétendus crimes sont des «crimes graves» au sens de l'art. 1Fb) de la Convention—Les conclusions de la SSR au sujet des «crimes graves» sont tirées dans le cadre d'une comparaison entre les lois criminelles et de douanes du Canada et les lois criminelles en Chine, des pénalités qui peuvent être imposées en vertu des deux régimes, y compris la possibilité de l'exécution capitale en Chine dans des cas graves, et des multiples allégations de délits qui ressortent des enquêtes portant sur les sociétés du demandeur principal—Les conclusions que ces activités sont des «crimes graves» ont aussi été tirées au vu de la jurisprudence, y compris d'autres décisions de la SSR—Ces conclusions sont raisonnables—S'agissant des conclusions de la SSR sur l'exclusion, il n'y a pas d'erreurs sérieuses de fait qui justifieraient l'intervention de la Cour—Les décisions portant sur la conclusion finale au sujet de l'exclusion sont raisonnables au vu de la preuve présentée à la SSR—S'agissant des conclusions de la SSR sur l'inclusion, la SSR conclut que les demandeurs ne feront pas face à un risque raisonnable de persécution (au sens donné à ces termes dans la Convention) s'ils retournent en Chine, notamment par suite de la condamnation possible à la peine de mort, à la torture ou à une peine ou un traitement cruel ou dégradant—En fait, leurs craintes portent sur les poursuites en vertu du droit criminel d'application générale en Chine—S'agissant de la possibilité d'une exécution capitale, de la torture ou d'un traitement dégradant, le ministre a déposé une note diplomatique du gouvernement chinois s'engageant à ne pas condamner le demandeur principal à la peine de mort—Les demandeurs s'objectent à l'interprétation de la SSR qui veut que la note accorde les mêmes assurances pour les deux parents et ils allèguent que la SSR aurait dû tenir compte et faire état de tactiques trompeuses antérieures

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

adoptées par les enquêteurs chinois venus au Canada en vertu de visas d'hommes d'affaires, alors que leur seul objectif était de rencontrer le demandeur et d'essayer d'obtenir qu'il retourne en Chine—L'interprétation que la SSR donne à la note est raisonnable et sa conclusion quant à sa fiabilité a été tirée au vu de sa connaissance de la preuve en son entier, y compris des efforts malencontreux des enquêteurs chinois venus au Canada incognito pour essayer de traiter avec M. Lai, que cette preuve soit avancée spécifiquement ou non comme un facteur examiné pour arriver à cette conclusion—La SSR, au vu de la preuve qui lui était soumise, qui comprend la note diplomatique, a agi de façon raisonnable en concluant à l'absence d'une preuve appuyant la prétention que les demandeurs seraient soumis à la torture ou à un traitement dégradant à leur retour en Chine—La SSR a conclu que la prétention des deux parents qu'ils craignaient d'être persécutés pour des opinions politiques n'avait pas de fondement, parce qu'il a conclu que les demandeurs n'avaient pas d'opinions politiques et qu'ils n'en avaient pas fait état—L'argument de M. Lai qu'il craint d'être persécuté parce qu'il est membre d'un groupe social, savoir les hommes d'affaires chinois qui ont réussi, n'a pas été démontré, la preuve présentée au SSR étant que les hommes d'affaires sont encouragés en Chine et qu'ils ne font pas l'objet d'une quelconque persécution—L'argument de l'aîné des enfants qu'il craint d'être persécuté tient à ce que deux membres de la famille de sa mère en Chine ont été trouvés coupables du crime d'avoir recueilli ou aidé une fugitive des autorités de justice en Chine (la mère) parce qu'à la demande de sa fille ils lui avaient envoyé des sommes d'argent—Rien dans la preuve ne démontre qu'il serait traité de cette façon et, s'il l'était, ce serait en vertu d'une loi d'application générale en Chine—Il ne s'agirait alors pas de persécution, mais bien de poursuites—Les conclusions de la SSR qu'aucune des prétentions des membres de la famille les place dans le cadre de la définition de réfugié au sens de la Convention sont tout à fait raisonnables au vu de la preuve—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).

SING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3194-02, 2004 CF 179, juge MacKay, ordonnance en date du 3-2-04, 29 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission selon laquelle la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger—La demanderesse, une Musulmane, enseignait dans une école publique turque—Elle avait perdu son poste parce qu'elle refusait d'enlever son hijab (un genre de foulard) lorsqu'elle enseignait—La demanderesse a demandé l'asile au Canada—La demanderesse

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dit que la Commission ne s'est pas expressément référée aux précédents qu'elle lui avait signalés et qui selon elle permettent d'affirmer que la loi turque violait la liberté de religion et que les conséquences économiques qui en résultaient pour elle équivalaient à de la persécution—Si les précédents invoqués sont assimilables à la présente affaire, alors la Commission a commis une erreur de droit—Les précédents invoqués ne sont pas assimilables à la présente affaire—Contrairement aux circonstances de l'affaire *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.), le gouvernement turc ne harcèle pas ici la demanderesse ni ne la punit parce qu'elle s'en tient à sa propre interprétation du Coran—La Turquie s'efforce de préserver son caractère laïc dans une région du monde où le port de signes religieux revêt une signification politique considérable—L'affaire *Fosu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.), concernait la crainte fondée de persécution que ressentait des Témoins de Jéhovah au Ghana, un pays qui avait interdit la pratique de ce culte—La Cour fédérale avait jugé dans cette affaire que la liberté de religion comprend la liberté de pratiquer cette religion en public—Ici, la demanderesse avait le droit de pratiquer sa religion en public et de porter son hijab en public—L'affaire *Namitabar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 42 (1^{re} inst.) et l'affaire *Fathi-Rad c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 77 F.T.R. 41 (C.F. 1^{re} inst.) ne sont pas assimilables à la présente espèce parce que le code vestimentaire en vigueur en Iran dictait la manière dont les femmes iraniennes devaient se vêtir pour être en accord avec les oukases religieux du régime théocratique en place, et parce qu'il punissait les récalcitrantes—Il serait erroné d'affirmer que le droit des Iraniennes de ne porter nulle part le tchador et le droit des Turques de porter le hijab n'importe où constitue le même droit fondamental—Demande rejetée.

KAYA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5565-03, 2004 CF 45, juge Harrington, ordonnance en date du 14-1-04, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) de refuser de reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention aux demandeurs—La Commission a-t-elle commis une erreur dans son évaluation de la possibilité d'obtenir la protection de l'État?—Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a posé comme principe général qu'il était sans importance que les agents de persécution aient été des policiers ou des particuliers—À la lumière des Directives du président concernant la persécution fondée sur le sexe, la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Commission avait l'obligation de déterminer si le fait que les agents de persécution étaient des policiers était important compte tenu des conditions particulières du pays—Il n'a pas été question, dans la décision, de la preuve selon laquelle des membres de l'*Organismo Investigación Judicial* (la police costaricaine) ne font pas l'objet d'une enquête ou d'une sanction lorsque des actes de violence sont allégués—Selon la preuve, la police et la garde civile ont arrêté et battu le beau-frère du demandeur à l'instigation du père de ce dernier—Lorsque des éléments de preuve ont un rapport direct avec ses conclusions et qu'ils les contredisent, la Commission doit les faire ressortir et les examiner—La Commission a-t-elle omis de tenir compte de la preuve relative à des personnes se trouvant dans la même situation que les demandeurs?—La meilleure preuve qu'une personne risque sérieusement d'être persécutée réside généralement dans le traitement accordé à des personnes placées dans une situation semblable dans le pays d'origine—La preuve qu'une personne se trouvant dans une situation semblable a été persécutée est importante et doit être prise en compte—Les demandeurs ayant produit une preuve concernant la famille de la sœur du demandeur pour démontrer que cette famille nucléaire se trouvait dans une situation semblable qu'eux, la Commission devait l'examiner—La Commission a-t-elle omis de tenir compte du rapport psychologique?—La Commission a considéré que la protection offerte par l'État était suffisante—Comme elle ne pensait pas que les demandeurs couraient le risque d'être persécutés, on ne peut pas dire qu'elle a commis une erreur en n'évaluant pas le rapport psychologique dans ses motifs—La Commission a pris sa décision sans tenir compte de la preuve particulière qui lui a été présentée—La décision ne s'applique qu'aux faits particuliers de l'affaire—Ce n'est qu'en raison de ces faits que la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

GUERRERO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5874-03, 2004 CF 104, juge Shore, ordonnance en date du 23-1-04, 9 p.)

DROIT MARITIME

L'appelante a obtenu un permis de cabotage, en conformité avec la Loi sur le cabotage, lui permettant d'exploiter le navire étranger, *M.V. Bjorn*, dans les eaux canadiennes, du 9 février au 9 mars 1998—L'intimée, en se fondant sur l'art. 10 du Barème des droits 1997-98: prix des services à la navigation maritime fournis par la Garde côtière canadienne, a présenté une facture à l'appelante pour des services à la navigation maritime rendus—L'appelante a refusé de payer au motif que les droits fixés en vertu de l'art. 10 établissaient une distinction fondée sur la nationalité du navire—L'intimée a donc intenté une poursuite contre l'appelante pour recouvrer le montant impayé—On a fait droit à l'intégralité de la

DROIT MARITIME—Suite

demande de l'intimée—L'appelante a interjeté appel de la décision et le juge Rouleau a rejeté l'appel ([2003] 1 C.F. 168) et a décidé que l'appelante n'avait pas été défavorisée parce qu'il n'y avait aucune preuve qui étayait l'allégation de l'appelante selon laquelle les droits payables par le *M.V. Bjorn* étaient ceux qui étaient prévus à l'art. 8(3) du Barème—Plus précisément, l'appelante n'ayant pas été en mesure d'établir que le *M.V. Bjorn* était un transporteur de vrac, cela faisait échec à son allégation selon laquelle le prix des services à la navigation maritime rendus par l'intimée devait être fixé en conformité avec l'art. 8(3)—L'appelante avait le fardeau d'établir que la facture relative aux services à la navigation maritime rendus devait être établie en conformité avec l'art. 8(3) du Barème—L'appelante devait établir que le *M.V. Bjorn* était un transporteur de vrac sur lequel des marchandises groupées avaient été chargés entre le 9 février et le 9 mars 1998—L'appelante n'a pas tenté de produire une preuve relative au *M.V. Bjorn* et à la nature de la cargaison du navire pendant qu'il naviguait en eaux canadiennes avant que le juge Rouleau n'ait réservé sa décision après l'audition de l'affaire le 10 avril 2002—L'appelante prétend que le permis de cabotage fait partie du dossier et qu'il révèle que le *M.V. Bjorn* était un transporteur de vrac chargé de marchandises groupées qui naviguait dans les eaux canadiennes entre le 9 février et le 9 mars 1998—À l'appui de sa proposition, l'appelante soumet deux arguments—Premièrement, elle allègue que le permis fait partie du dossier puisqu'elle a admis, au paragraphe 1 de sa défense modifiée, les allégations de l'intimée du paragraphe 5 de sa déclaration—La proposition n'est pas convaincante car au paragraphe 5 de la déclaration, l'intimée allègue tout simplement que le *M.V. Bjorn* était un navire non canadien qui naviguait dans les eaux canadiennes en vertu d'un permis d'entrée temporaire—Deuxièmement, l'appelante prétend qu'en ne contestant pas le paragraphe 10 de la défense modifiée, l'intimée est réputée avoir admis la véracité de ces faits—Cet argument ne tient pas la route puisqu'il contredit l'art. 184(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), qui énonce en termes non équivoques qu'à moins d'avoir été admise, une allégation de fait dans un acte de procédure est réputée avoir été niée—Le juge Rouleau n'a commis aucune erreur lorsqu'il a dit qu'il n'y avait aucune preuve que le *M.V. Bjorn* était un transporteur de vrac et que, par conséquent, les droits exigés de l'appelante avaient été régulièrement fixés en vertu de l'art. 10 du Barème—Appel rejeté—Loi sur le cabotage, L.C. 1992, ch. 31—Barème des droits 1997-98: prix des services à la navigation maritime fournis par la Garde côtière canadienne, art. 8(3), 10—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 184(1).

CANADA C. MID-ATLANTIC MINERALS INC. (A-380-02, 2004 CAF 28, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 15-1-04, 12 p.)

DROIT MARITIME—Suite

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Le vraquier *Lantau Peak* fait escale à Vancouver pour réparer des membrures de la coque qui se sont détachées au cours de son voyage entre le Japon et le Canada et pour y charger du charbon destiné au Japon—Navire inspecté par les inspecteurs de sécurité du gouvernement qui ordonnent l'immobilisation du navire, pour le motif que les membrures de la coque sont détériorées par la corrosion à plus de 17 p. 100 de l'épaisseur initiale—Navire réparé, sous toutes réserves, selon une norme moins stricte—Navire autorisé à appareiller pour la Chine, pour un voyage sur lest, en vue d'y faire réparer la coque conformément aux conditions de la libération du navire—Action en responsabilité délictuelle fondée sur l'immobilisation et le retard mis à libérer le navire—Défense: les inspecteurs ont agi en vertu d'un pouvoir légal (Loi sur la marine marchande du Canada) de sorte qu'aucune action en responsabilité ne peut être intentée—Si cette défense n'est pas valide, il n'existe aucun obstacle à une action en responsabilité délictuelle fondée sur le droit maritime—Conclusion: le moyen de défense n'est pas recevable, l'immobilisation du navire n'étant pas autorisée par la Loi sur la marine marchande du Canada (Loi)—Les inspecteurs et les superviseurs ont été négligents et la responsabilité civile délictuelle des défendeurs a été engagée—Le navire a été immobilisé à titre de mesure de «contrôle des navires par l'État du port», régime visant à faire respecter des normes de sécurité entre nations maritimes— Deux ententes à ce sujet: mémorandum d'entente de Paris (Atlantique); mémorandum d'entente de Tokyo (Pacifique)—Le Canada est partie aux deux ententes—Explication de la notion de «liberté de navigation»—L'État du pavillon exerce un contrôle absolu sur le navire—Le principe de la suprématie de l'État du pavillon demeure un principe fondamental du droit maritime international—Apparition récente de la compétence de l'État côtier, qui amène les États à exercer un contrôle jusqu'à la limite des 200 milles—L'exercice de cette souveraineté est assujéti au droit de passage inoffensif des navires étrangers—La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, (1982) reconnaît aussi bien les principes traditionnels que les nouveaux principes—Le contrôle des navires par l'État du port n'est pas une règle universellement acceptée; elle découle de mémorandums acceptés par un nombre d'États limités—Les deux mémorandums n'ont pas pour objet de supprimer le droit de l'État du pavillon de réglementer ses propres navires—Les preuves indiquent que le navire était entretenu régulièrement—Toutes les réparations demandées par les experts ont été effectuées—Avant son arrivée à Vancouver, aucune administration n'avait déclaré que le navire n'était pas apte à naviguer—Les propriétaires du navire soutiennent qu'il n'était pas raisonnable d'exiger des réparations fondées sur cette norme de détérioration—La Malaisie a demandé la libération du navire—La norme de

DROIT MARITIME—Suite

corrosion pour les membrures de coque établie par la société de classification NK était de 25 p. 100—Les propriétaires acceptent d'effectuer certaines réparations à Vancouver mais souhaitent effectuer le reste à Shanghai parce qu'elles y coûtent moins cher—Conditions de la libération du navire—Les défendeurs ont substitué à la norme de 17 p. 100 des conditions exigeant que les membrures atteintes de corrosion au-delà de 33 p. 100 soient réparées avant la libération du navire et que les membrures touchées par la corrosion au-delà de 25 p. 100 soient réparées en Chine—Le capitaine a estimé qu'il était obligé d'accepter ces conditions—La suggestion des demanderesse d'effectuer les réparations selon les normes de la société NK n'a pas été prise en considération—La question de la navigabilité réelle du navire n'est pas en litige ici—Rapport à ce sujet préparé par les architectes navals de New York, C.R. Cushing & Co.—Admissibilité du rapport—Les défendeurs soutiennent que le rapport ne touche pas la qualité des décisions prises—Rapport jugé pertinent, admissible à titre de preuve qu'une analyse professionnelle des données relatives à l'état de la coque permet de formuler une opinion rationnelle au sujet de la navigabilité du navire à un moment donné—L'opinion de l'expert n'est toutefois pas pertinente, étant donné qu'elle n'a joué aucun rôle dans les décisions attaquées—La Cour juge pertinente la déclaration des experts en architecture navale selon laquelle ils n'avaient jamais entendu parler d'une norme de 17 p. 100 en matière de corrosion des membrures de la coque—Inspection aux ultrasons effectuée après les réparations en Chine—Inadmissible par rapport au but dans lequel elle est présentée—Pertinente quant au montant des dommages- intérêts—Sur quelle base légale les inspecteurs du gouvernement ont-ils immobilisé le navire, initialement et par la suite?—Les défendeurs invoquent l'art. 310 de la Loi sur la marine marchande du Canada—Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, (1974) (Convention SOLAS)—Le Canada a ratifié la Convention qui n'a toutefois pas été introduite dans le droit interne par voie législative—La Convention SOLAS est cependant pertinente, l'immobilisation était apparemment fondée sur des «anomalies structurelles: Convention SOLAS, ch. 1, règl. 11»—Mémorandum de Tokyo examiné—Régime national de sécurité—Les objets de la Loi sur la marine marchande du Canada sont de protéger la santé et de favoriser la sûreté—Prévoit un service d'inspection des navires à vapeur, la nomination d'inspecteurs, la création d'un bureau d'inspection—Autorise les inspecteurs à monter à bord des navires et à les immobiliser—Pouvoir d'immobiliser un navire lorsqu'une disposition de la Loi n'est pas respectée, immobilisation justifiée dans les circonstances—Le Décret sur la sécurité des navires non canadiens a un effet important sur la défense en l'espèce—La Loi sur le cabotage, est administrée par l'Office des transports du Canada—Les définitions de «cabotage» de l'art. 2 sont pertinentes—Question de savoir si la partie V de la Loi est

DROIT MARITIME—Suite

applicable aux navires non canadiens exerçant des activités commerciales dans les eaux canadiennes—Interprétation visant l'harmonie et non pas le conflit: *Driedger on The Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto: Butterworths, 1994, à la page 176—Il convient d'interpréter la Loi et le Décret avec la Convention SOLAS en vue d'harmoniser les effets de ces textes: opinion majoritaire dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (sur l'application des conventions internationales)—L'interprétation de la Loi et du Décret doit tenir compte des réalités du commerce maritime international et viser l'harmonie—La plaidoirie très complète de l'avocat Swanson citée abondamment parce qu'elle expose l'interprétation correcte du rapport existant entre la Loi et le Décret—Si les motifs de l'immobilisation du navire découlent des dispositions non contraignantes de la Convention SOLAS combinées à la reconnaissance volontaire des obligations conventionnelles internationales, pourquoi la détention elle-même ne peut-elle être fondée sur cette même reconnaissance?—Le mémorandum peut être considéré comme un mécanisme «d'exécution»—Les autorités malaisiennes n'ont pas contesté la compétence du Canada d'immobiliser un navire dans le cadre du programme de contrôle des navires par l'État du port prévu par le mémorandum—Collaboration étroite dans la mise en œuvre des mesures de contrôle des navires par l'État du port—L'immobilisation était fondée sur la violation de la Convention SOLAS, mais toutes les parties ont agi comme si cette mesure était fondée sur l'art. 310 de la Loi—Le rapport existant entre la Loi et le Décret n'a pas été examiné—Ordre de détention signé sur le formulaire de la Loi sur la marine marchande du Canada—La seule préoccupation des demanderesse était d'obtenir la libération du navire par tous les moyens possibles, notamment en interjetant appel devant le président—Les demanderesse s'intéressaient principalement à l'aspect financier de l'immobilisation du navire—Juridiquement, l'immobilisation du navire ne pouvait être fondée sur l'art. 310—Le pouvoir exercé découlait du mémorandum, combiné à la Convention SOLAS—Sur la question de savoir si l'action en négligence est recevable en l'espèce, l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif est cité—Les inspecteurs sont des préposés de la Couronne—Les arguments des défendeurs fondés sur le pouvoir légal de l'art. 310 sont rejetés—Le mémorandum ne peut être considéré comme étant «le pouvoir légal» sur lequel serait fondée l'immobilisation du navire—L'action des demanderesse est reconnue par la common law maritime—Aux termes des règles de la Convention SOLAS, il convient d'éviter, dans toute la mesure du possible, qu'un navire soit indûment retenu ou retardé; dans le cas où le navire est retardé indûment, son propriétaire a droit à réparation pour le préjudice subi (art. 19f)—En qualité d'autorité ayant accepté le mémorandum, le Canada a convenu de respecter cette norme de prudence—L'autorité ne peut toutefois être

DROIT MARITIME—Suite

poursuivie directement aux termes du mémorandum—Critère de la négligence exposé dans l'arrêt prononcé en 2003 par la C.S.C. dans l'affaire *Succession Odhavi c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263: le demandeur doit démontrer: 1) l'existence d'une obligation de diligence, 2) la violation de cette obligation, 3) le préjudice en découlant—Les inspecteurs et les autres fonctionnaires savaient que le navire subirait un manque à gagner s'il était immobilisé et que les réparations étaient plus coûteuses à Vancouver qu'en Chine—Le préjudice était raisonnablement prévisible—Quant à la proximité, il n'est pas inéquitable ni injuste d'imposer aux défendeurs une obligation de diligence—La détention du *Lantau Peak* n'était pas une décision politique mais une décision opérationnelle—L'action en responsabilité délictuelle est recevable en l'espèce—L'allégation de négligence est fondée sur trois éléments: 1) les motifs de la détention; 2) le retard mis à libérer le navire; 3) les conditions de la libération du navire—Pour ce qui est de la norme de diligence, voir: *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201—Il existe des motifs évidents d'effectuer une inspection approfondie lorsqu'une inspection rapide permet de constater de graves anomalies et une détérioration de la coque et de la structure—Le navire ne doit être immobilisé que lorsqu'il représente un risque grave pour la sécurité ou pour l'environnement marin—L'inspecteur doit avoir une raison substantielle pour immobiliser un navire—Il doit exister des preuves vérifiables montrant que l'immobilisation est nécessaire—Le «Régime d'inspection des vraquiers» adopté au début des années 1990 par le ministère des Transports établit également une norme en matière d'immobilisation d'un navire—Directive: si l'inspecteur constate après une inspection initiale qu'il existe des anomalies graves touchant la coque ou la structure, il convient de demander aux propriétaires et à la société de classification de décider quelles sont les réparations à effectuer pour rectifier les anomalies—Opinion de la Cour: l'inspecteur qui n'accepte pas cette décision doit avoir de bons motifs fondés sur des preuves solides pour immobiliser le navire; il risque dans le cas contraire que l'immobilisation soit déclarée injustifiée—Le contrôle des navires par l'État du port est un processus très réglementé qui opère dans un environnement complexe où s'affrontent des intérêts puissants: les États du pavillon, les propriétaires de navire, les sociétés de classification et les autorités de contrôle des navires de l'État du port—L'imposition d'une norme de 17 p. 100 était arbitraire, invérifiable, non surveillée, incontrôlée et injustifiable—Un inspecteur prudent et raisonnable chargé du contrôle des navires par l'État du port n'aurait pas imposé une norme de 17 p. 100 en matière de détérioration—L'imposition d'une telle norme constituait une violation de l'obligation de diligence qu'assumait Warnar envers les demanderesse ainsi que de la négligence—L'imprécision des rapports préparés par Warnar constitue de la négligence—Il découle implicitement du Manuel que les décisions doivent faire l'objet d'un

DROIT MARITIME—Suite

contrôle de qualité—L'autorité doit mettre en place un processus de supervision des décisions des inspecteurs, en particulier lorsque la décision d'immobiliser le navire est vivement contestée—Le superviseur (M. Nelson) avait l'obligation de diligence suivante: être au courant des critères utilisés par les inspecteurs en matière d'immobilisation des navires, poser des questions appropriées pour veiller à ce que les inspections soient correctement effectuées, et à ce que l'immobilisation d'un navire repose sur des motifs valables, encourager le recours à l'avis d'un expert dans le processus décisionnel et exiger un tel avis lorsque l'immobilisation est vivement contestée, réviser les rapports pour en vérifier l'exactitude—Nelson n'a pas surveillé correctement Warnar—Il n'a pas remarqué les erreurs que contenait la note d'information—Nelson n'était pas au courant de la pratique de Warnar consistant à imposer sa propre norme arbitraire de corrosion de 17 p. 100—La conduite de Nelson constitue de la négligence—Les défendeurs avaient envers les demanderesse l'obligation de prendre une décision rapidement—Les défendeurs avaient été informés du fait que l'immobilisation du navire était considérée comme injustifiée et qu'elle aurait de graves conséquences financières—Absence d'excuse pouvant justifier un délai de trois mois entre la décision d'immobiliser le navire et l'étape suivante du processus—Existence d'éléments qui établissent clairement que les responsables à Ottawa ont fait preuve d'indécision au sujet de la décision de second niveau—L'expert du ministère recommandait, dans son avis, la libération du navire à certaines conditions—Les autorités malaisiennes ont fait tout ce qui était possible pour obtenir la libération du navire—Processus décisionnel vicié par la crainte que la libération du navire avant que les réparations aient été effectuées à Vancouver compromette le régime de contrôle des navires par l'État du port—Le retard injustifié et la mauvaise gestion du dossier par les défendeurs constituent une violation de la norme de diligence qu'ils avaient envers les demanderesse et constituent de la négligence—Absence complète de transparence du processus décisionnel—Violation de l'obligation d'agir de bonne foi—Conditions de la libération du navire—Absence de base réaliste justifiant l'imposition de conditions extrêmement sévères pour la solution du remorquage—Les conditions imposées étaient fondées sur un cas très grave remontant à plusieurs années—Compte tenu de la grande efficacité du processus de contrôle des navires par l'État du port prévu par les mémorandums de Paris et de Tokyo, le *Lantau Peak* ne pouvait se soustraire à ses obligations dans ce domaine—Aucune raison d'exiger un cautionnement de 1 million de dollars—Les conditions imposées pour la libération du navire étaient déraisonnables, imprudentes, tout comme les conditions imposées initialement, en violation de l'obligation de diligence—Conduite négligente de la part de Streeter—Importance de la norme de la société NK en matière de corrosion—Était à

DROIT MARITIME—Fin

l'époque la seule norme non arbitraire et vérifiable en matière de corrosion des membrures de la coque—Tous les navires sont soumis aux normes des sociétés de classification et les certificats de sécurité sont délivrés conformément à ces normes—Les défendeurs n'ont pas fixé de norme, ni accepté les prescriptions de la société de classification; ils ne peuvent donc s'opposer à ce que les dommages soient appréciés en fonction de la norme de la société NK—Question de l'étendue des réparations qui auraient dû être effectuées à Vancouver, compte tenu de la différence de coûts par rapport aux réparations effectuées en Chine—Dommages-intérêts—Évaluation des dommages-intérêts à partir de la date du premier avis de la société NK indiquant que le *Lantau Peak* était apte à appareiller pour Shanghai pour y subir des réparations—Compte tenu des différences entre les coûts, il était raisonnable d'espérer que la décision serait annulée après l'appel interjeté devant Streeter—Prise en considération du coût des réparations effectuées à Vancouver et en Chine—Autres dépenses reliées à l'immobilisation du navire—Montant total des dommages-intérêts accordés: 4 344 859 \$—Intérêts avant jugement pour une période de 6,49 années au taux préférentiel moyen de 5,76 p. 100—Dépens adjugés aux demanderesse—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 310—Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle des navires par l'État du port—Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1833 U.N.T.S. 3—Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, (1974)—Décret sur la sécurité des navires non canadiens, C.R.C., ch. 1452, art. 3c)—Loi sur le cabotage, L.C. 1992, ch. 31, art. 2(1) «cabotage» (mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 108)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 22), 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36)—Mémorandum d'entente de Tokyo sur le contrôle des navires par l'État du port.

BERHAD C. CANADA (T-609-99, 2004 CF 501, juge Campbell, jugement en date du 5-4-04, 191 p.)

FAILLITE

Requête présentée par la demanderesse en vue de faire enjoindre à Frank Bodell, Scott Makin, Exploration Plastics Ltd., Victory Plastics Ltd. et ATK Blow Moulding Inc. (les défendeurs) de consigner à la Cour la somme de 350 000 \$ et de faire enjoindre au syndic de faillite de la défenderesse Anchortek Inc. (Anchortek) de produire sans délai une copie de tous les documents financiers et livres comptables d'Anchortek se trouvant en sa possession—En 2001, la Cour fédérale a déclaré les défendeurs coupables de contrefaçon de brevet—La Cour a ordonné la tenue d'un renvoi pour déterminer l'ampleur des dommages—Le montant de la réclamation l'Almecon n'a pas été déterminé, mais il est

FAILLITE—Fin

estimé à 350 000 \$ en profits—Anchortek procédant à la cession de ses biens en vertu de la Loi sur la faillite—L'art. 69.3 de la Loi sur la faillite prévoit que «à compter de la faillite d'un débiteur, les créanciers n'ont aucun recours contre le débiteur ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite, et ce jusqu'à la libération du syndic»—Rejet de la requête pour trois motifs—Premièrement, par suite de la cession de faillite d'Anchortek, toutes les instances qui peuvent être introduites ou poursuivies contre la société font l'objet d'une suspension automatique et radicale—En poursuivant la présente requête, Almecon cherche de toute évidence à éluder les dispositions impératives de la Loi sur la faillite et à exercer ses propres voies d'exécution parallèles—La Loi sur la faillite instaure un régime législatif complet qui établit la procédure à suivre pour présenter une réclamation contre le failli ou contre les biens que le failli détendrait en fiducie et prévoit la suspension de toute instance visant le recouvrement des réclamations prouvables en matière de faillite—C'est à la juridiction compétente en matière de faillite en Alberta qu'il appartient en l'espèce de statuer sur les mesures de réparation réclamées contre Anchortek ou contre ses biens, car la Loi sur la faillite accorde à cette juridiction compétence exclusive en la matière—Deuxièmement, la demanderesse n'a pas établi que des biens sont détenus en fiducie par Anchortek ou en son nom—Il n'y a rien dans la preuve qui permette de penser que les profits illégaux sont ou ont été retenus en tant que fonds spécifique—Celui qui revendique des droits sur des biens détenus en fiducie doit établir l'existence d'une fiducie selon les principes généraux du droit—Il doit démontrer que les trois éléments suivants sont réunis: a) certitude quant à l'intention; b) certitude quant aux biens assujettis à la fiducie; c) certitude quant aux bénéficiaires—En l'espèce, la demanderesse n'a pas réussi à établir l'existence de l'élément relatif à la certitude quant aux biens assujettis à la fiducie—Il n'y a donc pas de «fiducie» au sens de la *common law* ou de la Loi sur la faillite—Troisièmement, la demanderesse ne peut obtenir en vertu des règles 377 et 378 des Règles de la Cour fédérale (1998) les réparations qu'elle réclame—Pour tomber sous le coup des Règles, la demanderesse doit préciser les biens dont elle souhaite la conservation—En l'espèce, les «biens à conserver» sont les profits illégaux—Pourtant, ces profits n'existent pas sous la forme d'un fonds déterminé—Requête rejetée—Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 1 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2), 69.3 (édicte, *idem*, art. 36)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 377, 378.

ALMECON INDUSTRIES LTD. C. ANCHORTEK LTD. (T-992-92, 2004 CF 172, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 2-2-04, 10 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PROCÉDURE DE SÉLECTION

Principe du mérite

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le comité) a fait droit aux appels interjetés par deux candidates non retenues contre les nominations proposées à des postes au sein du ministère du Développement des ressources humaines à Ottawa—Deux des membres du jury de sélection ont agi à titre de répondants pour cinq candidats—Les références constituent un élément central du processus de sélection et s'inspirent d'une façon très structurée du Guide de vérification des références élaboré par des membres du jury de sélection ainsi que d'un barème de correction officiel connexe, lui aussi élaboré par des membres du jury de sélection—Il est interdit aux superviseurs des candidats au concours d'agir comme répondants—Les membres du jury de sélection qui ont servi de répondants n'ont pas participé à l'évaluation des références qu'ils avaient fournies—Le comité a déclaré ce qui suit: «ces deux membres du jury de sélection se sont placés dans une situation de conflit d'intérêts, celle-là même qu'ils avaient tâché d'éviter en insistant pour que les candidats qui étaient des superviseurs n'agissent pas à titre de répondants pour d'autres candidats»—Erreur de droit—Les membres du jury de sélection ne se sont pas placés en situation de «conflit d'intérêts»—Les agissements de certains membres du jury de sélection étaient suffisants en soi pour susciter une crainte raisonnable que les candidats pour lesquels ils avaient servi de répondants aient fait l'objet d'un avantage ou d'un désavantage indu—En qualifiant la situation de «conflit d'intérêts», le comité a caractérisé cette situation d'une façon tout à fait erronée—Il n'est pas loisible à la Cour de récrire la décision du comité d'appel—En s'exprimant comme il l'a fait, le comité d'appel a donc commis une erreur qui justifie l'intervention de la Cour—La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BORMAIS (T-718-03, 2004 CF 217, juge Gibson, ordonnance en date du 30-1-04, 12 p.)

GRC

La défenderesse sollicitait un jugement sommaire rejetant une action intentée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC)—L'action intentée par l'AFPC concernait un employé municipal embauché par chacune des villes de Humboldt (Saskatchewan) et d'Antigonish (Nouvelle-Écosse), lequel avait été détaché par son employeur pour fournir des services de soutien à la Gendarmerie royale du Canada (GRC), qui fournit un service municipal de police à ces villes conformément à des ententes portant sur les services municipaux de police (les ententes)—L'action intentée par

GRC—Suite

l'AFPC était une cause type étant donné qu'il existe au Canada 200 ententes de ce genre—La question cruciale se rapportait à la portée de l'art. 10 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (la Loi)—Question de savoir si l'art. 10 de la Loi exige que tous les membres du personnel de soutien nécessaire à l'exercice des attributions de la GRC, y compris la prestation par la Gendarmerie de services municipaux de police conformément aux ententes, soient des fonctionnaires fédéraux—L'art. 10 de la Loi prévoit que la nomination du personnel civil nécessaire à l'exercice des attributions de la Gendarmerie est régie par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Question de savoir quelle est la portée des mots «nécessaire à l'exercice des attributions de la Gendarmerie» tels qu'ils figurent à l'art. 10 de la Loi—Question de savoir si les attributions de la Gendarmerie sont limitées à celles que la GRC exerce en sa qualité de force de police pour le Canada (la force fédérale de police) ou si ces attributions englobent celles que la GRC exerce à titre de force provinciale de police ou de force municipale de police conformément aux ententes conclues en vertu de l'art. 20 de la Loi—Principes d'interprétation législative—Présomption selon laquelle le législateur voulait respecter les limites constitutionnelles—Principes constitutionnels sous-tendant la requête en jugement sommaire présentée par la Couronne fédérale—Premièrement, le pouvoir législatif provincial en matière d'administration de la justice s'étend à l'administration de la justice criminelle, ce qui inclut la prestation de services de la police—Deuxièmement, chaque province a le pouvoir d'établir une force de police—Troisièmement, la force provinciale de police a le pouvoir d'appliquer non seulement les lois pénales provinciales, mais aussi le Code criminel fédéral—Quatrièmement, les forces municipales de police sont constituées en vertu des lois provinciales—Cinquièmement, huit provinces n'ont pas établi de forces provinciales de police, mais «louent» la force fédérale de police en vertu d'ententes selon lesquelles la GRC fournit des services de police à la province—Les services assurés se rapportent à l'application du Code criminel, des lois provinciales et des règlements municipaux—Sixièmement, certaines municipalités dans les huit provinces qui louent les services de police ont leurs propres forces de police établies en vertu des lois provinciales—La plupart des municipalités de ces provinces ont également loué les services de la GRC pour appliquer le Code criminel, les lois provinciales et les règlements municipaux—Septièmement, les ententes sur les services de police sont autorisées du côté fédéral par la Loi et du côté provincial par une disposition de la Police Act provinciale, ce qui veut dire que le droit législatif fédéral et le droit législatif provincial autorisent la GRC à assurer les services de police—Huitièmement, la GRC, lorsqu'elle assure des services provinciaux de police et des services municipaux de police en vertu d'un contrat, est assujettie à la direction du procureur général provincial—Les arrêts portant sur les limites

GRC—Fin

du pouvoir législatif provincial relativement à la GRC ont été examinés—Dispositions relatives aux jugements sommaires figurant aux règles 213 à 218 des Règles de la Cour fédérale (1998)—La requête en jugement sommaire de la Couronne ne soulève pas de questions de fait litigieuses—Sur le plan constitutionnel, les autorités fédérales et les autorités provinciales ont le pouvoir législatif voulu pour établir une force de police dans leurs sphères distinctes de compétence législative, cette force étant essentiellement composée d'agents et de membres assurant des services de police en tant que tels—L'obligation de la GRC d'être appuyée par des employés nommés en vertu de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique est limitée au soutien des agents et membres de la Gendarmerie à l'égard des attributions qu'ils exercent en leur qualité de force fédérale de police pour le Canada—L'interprétation est conforme au texte de l'art. 10 de la Loi, s'il est interprété dans le contexte de la Loi dans son ensemble et conformément aux principes constitutionnels sous-tendant la prestation de services de police au niveau fédéral, provincial et municipal—Jugement sommaire accordé—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 10 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 5), 20—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213 à 218.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (T-2091-00, 2004 CF 13, juge Lemieux, jugement en date du 8-1-04, 31 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Crédit d'impôt pour frais médicaux—La défenderesse était atteinte d'une encéphalomyélite myalgique, d'un syndrome de fatigue chronique et de dysfonction immunitaire ainsi que de polysensibilité chimique et de fibromyalgie—Pour traiter ces affections, les médecins avaient prescrit des vitamines, des herbes, des aliments biologiques et naturels ainsi que de l'eau en bouteille—En 1999, la défenderesse avait dépensé 6 555 \$ pour acheter ces substances et avait demandé un crédit d'impôt pour frais médicaux à leur égard—La demande avait été refusée, mais la défenderesse avait eu gain de cause lors de l'appel devant la Cour de l'impôt—La Couronne demande maintenant le contrôle judiciaire—La demande de crédit d'impôt pour frais médicaux est fondée sur l'art. 118.2(2)n de la Loi de l'impôt sur le revenu—Sens des mots «enregistrés par un pharmacien»—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'on pouvait omettre de tenir compte des mots «enregistrés par un pharmacien» figurant à l'art. 118.2(2)n—L'exigence relative à l'enregistrement figurant à l'art. 118.2(2)n vise à assurer qu'un allègement

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

fiscal ne soit pas accordé pour le coût de médicaments achetés en vente libre—Il existe partout au Canada des lois régissant la pratique dans le domaine pharmaceutique—En général, ces lois interdisent au pharmacien de délivrer certains médicaments sans ordonnance médicale et décrivent les documents qu'un pharmacien doit rédiger pour les médicaments d'ordonnance—Dans le cas d'un médicament prescrit par un médecin, mais acheté dans une pharmacie en vente libre, le reçu de caisse ou la facture du pharmacien ne constitue pas un «enregistrement» suffisant pour satisfaire à l'exigence légale—Le pharmacien doit rédiger un document en sa qualité de pharmacien—Cela exclut nécessairement les substances achetées en vente libre—Un patient qui achète des médicaments d'ordonnance auprès d'un médecin n'a peut-être pas droit à un crédit d'impôt pour frais médicaux parce qu'il n'existerait aucun enregistrement effectué par un pharmacien—Le juge de la Cour de l'impôt a interprété l'art. 118.2(2)n comme si l'application des mots «enregistrés par un pharmacien» figurant à la fin de la disposition peut varier en fonction de la gravité de l'état du patient, de façon que si l'affection du patient est suffisamment grave, les mots peuvent tout simplement disparaître—En fait, le juge de la Cour de l'impôt a ajouté une condition non prévue à l'art. 118.2(2)n—Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire présentée par la Couronne a été accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 118.2(2)n).

CANADA C. RAY (A-593-02, 2004 CAF 1, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 5-1-04, 10 p.)

PRATIQUE

Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2003 DTC 314) qui rejetait l'appel interjeté à l'encontre d'une cotisation fiscale établie pour l'année d'imposition 1990—Le contribuable prétend que des montants ont été retenus par l'employeur au titre de l'impôt, alors que le feuillet T4A indiquait qu'aucun montant n'avait été retenu au titre de l'impôt sur le revenu—La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'aucun impôt n'avait été retenu—Le Parlement n'a pas investi la Cour canadienne de l'impôt du pouvoir de trancher un différend qui porte sur la question de savoir si l'impôt a été retenu à la source—On ne saurait reprocher à l'appelante d'avoir agi comme elle l'a fait—La Cour canadienne de l'impôt a rendu des décisions contradictoires précisément sur ce point—L'appelante a fait remarquer que, dans l'arrêt *Suermondt c. Canada*, 2001 DTC 5389 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale avait implicitement accepté que la Cour canadienne de l'impôt avait juridiction sur les causes comme celle-ci—Cependant, plus récemment, dans l'affaire *Neuhaus c. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 177 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale a fait valoir que la question de la juridiction

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

n'avait pas été soulevée dans l'arrêt *Suermondt*, précité— Comme la Cour canadienne de l'impôt n'a pas compétence, la seule réparation possible est d'accueillir le présent appel.

BOUCHER C. CANADA (A-166-03, 2004 CAF 47, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 29-1-04, 5 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Appel d'une décision de la Section de première instance infirmant une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) par laquelle celle-ci a révoqué le pardon de l'intimé au motif qu'il a sciemment omis d'indiquer une déclaration de culpabilité par procédure sommaire en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) dans sa demande de pardon—La Commission était d'avis que, du fait que le formulaire de demande de pardon indiquait clairement, dans ses instructions, l'obligation d'indiquer toutes les condamnations criminelles, l'intimé doit avoir sciemment omis d'indiquer sa déclaration de culpabilité aux termes de la LIR—L'appelant a fait valoir que la Commission avait dit que cette omission de déclarer sa condamnation était «une décision intentionnelle» qui équivalait à une «dissimulation délibérée»—Cet argument passe à côté de la question—La preuve indiquait que l'intimé avait délibérément choisi de ne pas inclure son infraction à la LIR—Toutefois, cela ne signifie pas qu'il a sciemment fait une fausse déclaration—La preuve indique qu'il croyait ne pas être tenu de donner cette information—L'intimé a joint la liste des condamnations qu'il avait reçues de la Gendarmerie royale du Canada à sa demande de pardon, plutôt que de les transcrire à la main dans l'espace réservé à cette fin sur le formulaire, et en indiquant également les détails de ces condamnations—En joignant des renseignements qui lui étaient défavorables, renseignements qu'il n'était pas obligé de fournir, comme toutes les autres infractions dont il a été accusées mais non reconnu coupable, l'intimé a indiqué son intention de ne cacher aucune information—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.

TANNER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-175-03, 2004 CAF 7, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 12-1-04, 4 p.)

PRATIQUE**FRAIS ET DÉPENS**

Action portant sur la perte d'un yacht important, transporté comme cargaison en pontée—Requête de la défenderesse de Singapour, visant l'obtention d'une somme additionnelle de 100 000 \$ à titre de cautionnement pour dépens—La décision sur une telle requête suppose un examen de l'aspect

PRATIQUE—Suite

raisonnable de ce qui est recherché en cautionnement—Il faut aussi établir un équilibre entre un cautionnement raisonnable et le préjudice—Le protonotaire n'adopte pas l'approche très stricte par laquelle on rejette dans le calcul du cautionnement pour dépens tous les articles sauf ceux qui sont très bien étayés—Il ne retient pas non plus la jurisprudence de la Colombie-Britannique qui porte sur l'obtention de services d'avocats de l'extérieur pour des affaires traitées en Colombie-Britannique, ce qui fait que les frais de voyage de ces avocats ne sont pas pris en compte dans les débours lors d'une taxation—Ceci peut être justifié dans un litige de nature provinciale, mais une telle formule n'est pas applicable en Cour fédérale, qui a une portée géographique beaucoup plus grande—Il est donc admissible d'obtenir un cautionnement pour des frais de voyage raisonnables—Le fait de dire que l'accueil de cette demande peut encourager d'autres parties à rechercher un cautionnement n'est pas une raison de la rejeter—La théorie de l'avalanche de poursuites n'est pas applicable ici—Le cautionnement pour dépens est fixé à 95 000 \$, payable en deux parts—Requête accueillie en partie.

GOODMAN YACHTS LLC C. GERTRUDE OLDENDORFF (LE) (T-283-00, 2004 CF 40, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-1-04, 6 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête présentée en vertu de la règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) demandant la modification d'une ordonnance sur consentement—La demanderesse demandait que la Cour lui permette d'exclure certains documents de l'affidavit de documents supplémentaire mentionné dans l'ordonnance de consentement—La règle 399 est une disposition d'exception—Les jugements doivent être respectés et ne sont guère susceptibles d'être annulés—La demanderesse ne remplit pas les conditions imposées par la règle 399—La demanderesse devait montrer que d'une façon ou d'une autre son consentement avait été vicié en raison de la fraude, de l'erreur, soit des motifs qui permettent l'annulation des contrats—Elle n'a rien prouvé de tel, et elle n'a rien allégué de tel non plus—Elle a seulement retiré certaines de ses prétentions—Pour que la disposition puisse s'appliquer, il faut prouver que les faits nouveaux auraient changé le résultat—Dans le cas d'une ordonnance de consentement, cela revient à dire que non seulement la partie requérante n'aurait pas donné son consentement, mais aussi que l'autre partie ne l'aurait pas donné non plus—Il serait inopportun que la Cour annule une partie seulement de «l'affaire», celle qui précisément ne fait plus l'affaire de la demanderesse, et laisse le reste en place—Finalement, l'argument que les documents qu'elle devait mentionner n'étaient plus pertinents n'a pas été

PRATIQUE—Suite

accepté—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399.

VOLKSWAGEN CANADA INC. C. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, 2004 CF 202, juge Hugessen, ordonnance en date du 6-2-04, 5 p.)

PARTIES*Intervention*

Requête en annulation partielle de l'ordonnance par laquelle la protonotaire a rejeté la requête présentée par Merck Frosst (MF) en vue d'être constituée partie ou, subsidiairement, d'être autorisée à intervenir dans la demande—La protonotaire a jugé que les tiers comme MF ne sont pas «directement» touchés par l'examen et l'approbation par le ministre d'une présentation de drogue générique ou d'une PADN—Selon MF, la protonotaire a commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne respectait pas les conditions pour se voir reconnaître le statut d'intervenante—Plus précisément, MF soutient que la protonotaire a confondu le critère applicable à l'intervention et le critère applicable en matière d'octroi de la qualité de partie—Le critère applicable à l'intervention est énoncé à la règle 109(2)b) des Règles de la Cour fédérale (1998)—La question fondamentale à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la participation de la personne qui désire intervenir aidera la Cour à prendre une décision sur une question de fait et de droit—MF souhaite donner son point de vue sur des questions éventuelles se rapportant aux dommages-intérêts prévus à l'art. 8 du Règlement sur les aliments et drogues—Même si une décision favorable à Apotex rendue par le ministre en vertu du Règlement pourra éventuellement permettre à celle-ci d'intenter contre MF une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 8, cela ne veut pas dire que les dommages-intérêts deviennent un élément des questions de fait et de droit qui seront examinées par le ministre dans l'instance engagée par Apotex—Si c'était le cas, la question des dommages-intérêts prévus à l'art. 8 serait en litige dans de nombreux cas où le ministre est appelé à examiner les présentations de drogue nouvelle faites par des fabricants génériques—«Touché par l'issue du litige» ne signifie pas la même chose que démontrer en quoi la «participation aidera à la prise d'une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l'instance», ce qui constitue l'élément essentiel de la règle 109—La protonotaire a correctement analysé la demande d'intervention—Règles de

PRATIQUE—Fin

la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 109(2)b)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

APOTEX INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-78-03, 2004 FC 43, juge Russell, ordonnance en date du 14-1-04, 14 p.)

RENOIS

Renvoi visant à établir le montant des dommages-intérêts découlant de la contrefaçon d'un brevet et faisant l'objet d'une directive en vue d'être considéré comme une instance à gestion spéciale—Question de savoir si l'ordonnance établissant l'échéancier doit obliger par des termes explicites les défenderesses à énumérer et à produire tous les documents se trouvant en leur possession ou sous leur contrôle qui ont trait à l'acquisition, à la fabrication, à l'utilisation, à la vente ou à tout autre mode d'aliénation d'un produit contenant de la zidovudine entre la date de la première fabrication et la date actuelle—Les documents réclamés par les demanderesses sont à première vue pertinents dans le cadre du renvoi et ils devraient par conséquent être énumérés et produits—Les défenderesses n'ont aucune raison de refuser de produire les documents réclamés, car il a été jugé définitivement qu'elles avaient contrefait le brevet des demanderesses—Examiner de façon parcellaire chaque question de procédure et remettre à plus tard sa décision ne favorise pas la bonne gestion de l'instance—La pertinence est le facteur le plus important en matière de production de documents—La règle 156 des Règles de la Cour fédérale (1998) exige que la procédure suivie pour le déroulement du renvoi soit la plus simple, la moins onéreuse et la plus expéditive possible—Il est essentiel qu'une décision soit prise dès que possible au sujet de la portée de la production des documents—Aux termes de la règle 157, l'arbitre peut ordonner la production de tout document ou élément matériel pertinent—En tant que gestionnaire du renvoi, le protonotaire possède le même pouvoir—Tout plaideur est tenu de faire état de chaque document pertinent se trouvant en sa possession, même de ceux qu'il n'est pas obligé de produire—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 156, 157.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, T-2624-91, T-2983-93, 2004 CF 220, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 11-2-04, 9 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>