



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 2, Part 2

2005, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2005] 2 F.C.R., 269-502

Renvoi [2005] 2 R.C.F., 269-502

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, 2005.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone 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, 2005.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'histoire 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-19
Appeals Noted	I
Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co. (F.C.A.)	290

Patents—Appeal from Motion Judge’s finding extent of Eli Lilly and Company’s (Lilly U.S.) control over Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) irrelevant to determining whether Lilly U.S. “first person” for purpose of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8—“First person” person who files for, has been issued, notice of compliance—Apotex commencing action against Lilly U.S., Lilly Canada for damages/profits under Regulations, s. 8—Lilly U.S. bringing motion for summary judgment on basis not “first person”—Motions Judge erred—No authority advanced for proposition common law concepts (e.g. agency) never relevant to interpretation of legislation—Possible Lilly U.S.’ degree of control over Lilly Canada sufficient to make it “first person”—In light of Interpretation Act presumption singular includes plural, possible both Lilly U.S., Lilly Canada “first person”—Legal question (whether parent company “first person”) sufficiently difficult to require trial—Appeal allowed.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêviste 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-25
Appels notés	I
Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co. (C.A.F.)	290

Brevets—Appel de la décision de la juge des requêtes portant que l’étendue du contrôle exercé par Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) sur Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) n’est pas pertinente aux fins de décider si Lilly U.S. est la «première personne» pour l’application de l’art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—La «première personne» est celle qui dépose une demande d’avis de conformité ou qui a obtenu un tel avis—Apotex a intenté contre Lilly U.S. et Lilly Canada une action en recouvrement de dommages-intérêts et/ou de profits sous le régime de l’art. 8 du Règlement—Lilly U.S. a présenté une requête en jugement sommaire au motif qu’elle n’est pas la «première personne»—La juge des requêtes a commis une erreur—Aucune jurisprudence n’étayait la proposition selon laquelle les concepts de common law (par ex. celui du mandat) ne sont jamais pertinents pour l’interprétation de la législation—Il est possible que Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada dans une mesure suffisante pour faire d’elle la «première personne»—Comme la Loi d’interprétation dispose que le pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité, il est possible que Lilly U.S. et Lilly Canada soient toutes deux «la première personne»—La question de droit (de savoir si la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Cecilia v. Canada (Solicitor General) (F.C.) 482

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Failed refugee claimant told to leave Canada on specified date—Judicial review to quash direction, seeking declaration removal order unenforceable—Issue: when did conditional departure order issued under former Immigration Act become enforceable deportation order under IRPA?—Late notification of negative pre-removal risk assessment (PRRA) depriving applicant of chance to depart voluntarily, thereby avoiding IRPA, s. 52 sanction—Transitional provisions when IRPA came into force—Construction of statutes—Old, new provisions to be harmoniously interpreted—Whether statutory stay—Solicitor General's position on stay issue conflicted with Parliamentary intent—New PRRA regime created new class deserving protection beyond that of Convention—Those at risk of death, torture not expelled until PRRA application considered—Applicant had legitimate expectation would have option of voluntary departure—Court unable to declare removal unenforceable—Application allowed in part—Matter referred to different officer for new departure direction.

Charkaoui (Re) (F.C.A.) 299

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision dismissing application to have Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 33, 77 to 85 declared unconstitutional—Appellant suspected member of terrorist organization—Arrested, detained under IRPA, s. 82—Respondent Ministers referring security certificate to Federal Court, attesting appellant inadmissible on security grounds under IRPA, ss. 33, 34, 77—Ministers asking designated judge to determine whether certificate reasonable—Permanent resident status revocable on grounds of inadmissibility under IRPA, ss. 33 to 46—“Reasonable grounds” standard requiring more than suspicions, subjective belief on part of person relying on them—Must be real, serious possibility injurious facts alluded to in ss. 34 to 37 would

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

société mère peut être considérée comme la «première personne») est assez difficile pour exiger un procès—Appel accueilli.

Cecilia c. Canada (Solliciteur général) (C.F.) 482

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Personne qui s'est vue refuser le statut de réfugiée et qui s'est fait dire de quitter le Canada à une date précise—Contrôle judiciaire visant l'annulation de la directive et une déclaration que la mesure de renvoi est non exécutoire—Question en litige: quand, sous la LIPR, la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle émise en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration était-elle devenue une mesure d'expulsion exécutoire?—L'avis tardif d'une décision négative relativement à l'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) a privé la demanderesse de l'opportunité de quitter volontairement le Canada et ainsi éviter la sanction prévue à l'art. 52 de la LIPR—Il y avait des dispositions transitoires lorsque la LIPR est entrée en vigueur—Interprétation des lois—Les anciennes et les nouvelles dispositions doivent être interprétées harmonieusement—Question de savoir s'il y a un sursis statuaire—La position du solliciteur général sur la question du sursis allait carrément à l'encontre de l'esprit du législateur—Le nouveau régime ERAR a créé une nouvelle classe de personnes qui méritent la protection au-delà de celle accordée par la Convention—Ceux qui sont exposés soit à une menace à leur vie ou soit au risque d'être soumis à la torture ne sont pas expulsés tant que la demande d'ERAR n'a pas été examinée—La demanderesse avait une expectative légitime qu'elle aurait le choix de partir volontairement—La Cour n'était pas en mesure de déclarer non exécutoire la mesure de renvoi—Demande accueillie en partie—L'affaire est renvoyée devant un autre agent pour l'émission d'une nouvelle directive d'interdiction de séjour.

Charkaoui (Re) (C.A.F.) 299

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande d'inconstitutionnalité des art. 33 et 77 à 85 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—L'appelant est soupçonné d'être membre d'une organisation terroriste—Il a été arrêté et détenu en vertu de l'art. 82 de la LIPR—Les ministres intimes ont déposé un certificat de sécurité à la Cour fédérale, attestant que l'appelant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité en vertu des art. 33, 34 et 77 de la LIPR—Les ministres ont demandé au juge désigné de trancher le caractère raisonnable du certificat—Le statut de résident permanent est révocable pour raisons d'interdiction de territoire en vertu des art. 33 à 46 de la LIPR—La norme des «motifs raisonnables» requiert plus que des soupçons et plus qu'une croyance subjective de la part

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

occur—Detention of permanent resident awaiting determination of reasonableness of security certificate no certificate not unjustified measure where proof of danger to national security.

Federal Court Jurisdiction—Whether designated Judge has jurisdiction to examine constitutional questions raised in judicial examination under IRPA, ss. 76 to 85—Case law under former Immigration Act reviewed—IRPA, ss. 3(3)(d), 78(c) not altering jurisdiction of designated judge, not attributive of new jurisdiction—“Designated judge” not second-rank judge invested with fewer powers than non-designated judge—General expertise as judge enhanced, not diminished, by specialization as designated judge—Parliament intending Court, at highest level, would hear, determine questions related to national security—Decision on constitutional validity of IRPA related to jurisdiction of Court, not reasonableness of certificate—Separate, divisible judicial act, therefore appealable—Court also having jurisdiction to hear constitutional challenges of statutory provisions in context of judicial review proceeding—Designated Judge had jurisdiction to determine constitutional questions put before him, did not commit reviewable error by doing so in context of motion.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Appellant arguing IRPA, ss. 77, 78 contravene rights under Charter with respect to fair trial before independent, impartial tribunal—Cumulative impact of many factors considered—Procedure by which designated judge reviews reasonableness of security certificate not contravening Charter, s. 7—Individual right to liberty, security of person can only be exercised within institutional framework, social order that commands respect, respected—Notions of “reasonable grounds”, “danger to the security of Canada” not vague, overly broad—Provisions relating to preventive detention of appellant while awaiting determination on reasonableness of security certificate meeting requirements of Charter, Canadian Bill of Rights.

Judges and Courts—Jurisdiction of designated Judge, appropriate procedure under IRPA, ss. 76 to 85—Under former Immigration Act, delegated judge assigned two specific mandates: to examine reasonableness of certificate, to order

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de celui qui les invoque—Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse que les fait préjudiciables prévus aux art. 34 à 37 se produisent—La détention d'un résident permanent en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas une mesure injustifiée lorsqu'il y a preuve d'un danger pour la sécurité nationale.

Compétence de la Cour fédérale—Question de savoir si le juge désigné a compétence pour examiner les questions constitutionnelles soulevées dans un examen judiciaire en vertu des art. 76 à 85 de la LIPR—La jurisprudence rendue sous l'ancienne Loi sur l'immigration a été examinée—Les art. 3(3)d) et 78c) ne modifient pas la compétence du juge désigné et n'attribuent aucune compétence nouvelle—Le «juge désigné» n'est pas un juge de second rang investi de moins de pouvoirs qu'un juge non désigné—L'expertise générale en tant que juge est rehaussée plutôt que diminuée par la spécialisation en tant que juge désigné—Le Parlement a voulu que ce soit la Cour, à son plus haut niveau hiérarchique, qui soit saisie de questions reliées à la sécurité nationale—Une décision concernant la constitutionnalité de la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat—Il s'agit d'un acte judiciaire distinct et divisible et donc susceptible d'appel—La Cour a compétence, aussi, pour entendre les contestations constitutionnelles de dispositions législatives dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire—Le juge désigné avait compétence pour trancher les questions constitutionnelles qui lui étaient soumises et il n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en le faisant dans le cadre d'une requête.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L'appelant a fait valoir que les art. 77 et 78 de la LIPR portaient atteinte aux droits garantis par la Charte quant au droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial—L'impact cumulatif de nombreux facteurs a été considéré—La procédure par laquelle un juge désigné examine le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte—Le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre institutionnel ou d'un ordre social qui commande le respect et que l'on respecte—Les notions de «motifs raisonnables» et de «danger pour la sécurité du Canada» ne sont pas des notions imprécises et de portée excessive—Les dispositions relatives à la détention préventive de l'appelant, en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité, rencontrent les exigences de la Charte et de la Déclaration canadienne des droits.

Juges et tribunaux—La compétence du juge désigné et la procédure appropriée en vertu des art. 76 à 85 de la LIPR—Sous l'ancienne Loi sur l'immigration, le juge délégué se voyait confier deux mandats spécifiques: celui d'examiner

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

release—IRPA, s. 80 giving designated judge third mandate: to determine whether Minister's decision on application for protection, filed under s. 112(1), "lawfully" made—Limiting judge's role to verifying reasonableness of security certificate not new—Process of judicial review of decisions by government, federal agencies limited to verifying legality of decisions, not compromising independence, impartiality of court—Designated judge having pro-active role in ensuring fairness—Designated judge, not Ministers, determining need to withhold information from party named in certificate—Thus, role of judiciary as interpreter of law, defender of Constitution, unchanged—Judicial independence from government influence, other sources, including public opinion, constitutional right of every individual in Canada—Strict duty on counsel to advance all information in its possession, both favourable, unfavourable.

Harkat (Re) (F.C.) 416

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible persons—Hearing into reasonableness of security certificate issued under Act, s. 77(1)—Motion for appointment of *amicus curiae*—Applicant's argument: case at bar more complicated than *Ahani v. Canada* in which predecessor legislation held to satisfy fundamental justice principles—Summary given under Act, s. 78(h) gave inadequate disclosure—Regime established by Act, ss. 77, 78, 80, role of designated judge, explained—Appointment of *amicus curiae* unnecessary for exercise of Court's jurisdiction under Act—All information sought by applicant's counsel had been provided to Court—Designated judge reviews Ministers' evidence "with intense scrutiny"—*Amicus curiae* not needed for fundamental justice—Parliament intended evidence to be seen by designated judge only—Granting motion would cause delay when case, supposed to be dealt with expeditiously, has already dragged on too long.

Judges and Courts—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist designated judge at hearing into reasonableness of security certificate under Immigration and Refugee Protection Act—Role of designated judge under statutory scheme—Has

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

le caractère raisonnable de l'attestation et celui d'ordonner la mise en liberté—L'art. 80 de la LIPR confie au juge désigné un troisième mandat, celui de décider de la «légalité» de la décision du ministre relativement à la demande de protection qui aurait été déposée en vertu de l'art. 112(1)—Le fait de limiter le rôle du juge à la vérification du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas nouveau—Le processus de révision judiciaire des décisions gouvernementales ou de celles des organismes fédéraux qui se limite à une vérification de la légalité de ces décisions ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité du tribunal—Le juge désigné joue un rôle pro-actif pour assurer l'équité—Il revient au juge désigné et non pas aux ministres de trancher quant à la nécessité de ne pas divulguer des renseignements à la personne visée par le certificat—Par conséquent, le rôle de la magistrature comme interprète du droit et défenseur de la Constitution demeure inchangé—L'indépendance judiciaire de l'influence du gouvernement ainsi que de l'influence d'autres sources, notamment l'opinion publique, est un droit constitutionnel de toute personne au Canada—L'avocat a l'obligation stricte de fournir tous les renseignements qui sont en sa possession, favorables et défavorables.

Harkat (Re) (C.F.) 416

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité délivré en vertu de l'art. 77(1) de la Loi—Requête en nomination d'un intervenant bénévole («*amicus curiae*»)—Argument du demandeur: les circonstances de la présente affaire étaient plus complexes que celles de l'affaire *Ahani c. Canada*, où la Cour avait estimé que les dispositions antérieures correspondantes respectaient les principes de justice naturelle—Le résumé remis conformément à l'art. 78(h) de la Loi n'était pas une communication suffisante—Explication du régime établi par les art. 77, 78 et 80 de la Loi et du rôle du juge désigné—La nomination d'un intervenant bénévole était inutile pour l'exercice de la compétence conférée à la Cour par la Loi—Tous les renseignements demandés par l'avocat du demandeur avaient été communiqués à la Cour—Le juge désigné examine «avec minutie» les faits invoqués par les ministres—Un intervenant bénévole n'est pas nécessaire pour assurer la justice fondamentale—Le législateur voulait que la preuve soit vue uniquement par le juge désigné—Faire droit à la requête entraînerait un retard alors que l'affaire, qui censément doit être traitée avec célérité, s'éternise sans qu'on en voie la fin.

Juges et tribunaux—Requête en nomination d'un intervenant bénévole pour qu'il aide le juge désigné durant l'audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité délivré en vertu de la Loi sur l'immigration et la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to balance opposing interests: protect national security intelligence while providing person concerned reasonable disclosure of grounds for certificate—Has access to all information on which Ministers' decision based—Though Federal Court "superior court of record", not superior court within meaning of expression as applied to provincial superior courts—Only powers are those conferred by Parliament—Parliament intended designated judge only to see evidence—No appeal from decision of designated judge—Conference speech by Hugessen J. considered—Origin of designated judge concept discussed.

Federal Court Jurisdiction—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist Court in immigration security certificate matter—Court assumed, without deciding, has jurisdiction to appoint *amicus curiae*—Federal Court not one of general, inherent jurisdiction though, under Federal Courts Act, s. 3 superior court of record—Designation as "superior court" in itself conferred no jurisdiction—Not superior court as expression applies to provincial superior courts—Power conferred by implication only if necessary for exercise of express jurisdiction—*Amicus curiae* not required to discharge duties under relevant provisions of Immigration and Refugee Protection Act.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist designated judge at security certificate reasonableness hearing—Argument: required to provide fundamental justice, guaranteed by Charter, s. 7—Argued that Court having jurisdiction at common law and under Charter, s. 24(1)—Ministers' argument: applicant putting in question certain sections of Immigration and Refugee Protection Act while failing to give Attorneys General notice of constitutional question, rejected as applicant's position Act, fairly interpreted, permits remedy—In circumstances, unnecessary to decide whether Court has jurisdiction to appoint *amicus curiae*—Court rejecting argument case at bar much more complicated than *Ahani v. Canada* in which Court held predecessor legislation met fundamental justice principles.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

protection des réfugiés—Rôle du juge désigné selon le régime législatif—Il doit équilibrer des intérêts rivaux: protéger les renseignements relatifs à la sécurité nationale tout en offrant à l'intéressé une communication raisonnable des motifs à l'origine du certificat—Il a accès à tous les renseignements sur lesquels repose la décision des ministres—La Cour fédérale est une «cour supérieure d'archives», mais elle n'est pas une cour supérieure au sens de l'expression telle qu'elle est appliquée aux cours supérieures provinciales—Elle n'a que les pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement—Le Parlement voulait que seul le juge désigné constate les faits—Il n'y a pas d'appel contre la décision du juge désigné—Examen d'un discours prononcé par le juge Hugessen lors d'une conférence—Discussion de l'origine de la notion de juge désigné.

Compétence de la Cour fédérale—Requête en nomination d'un intervenant bénévole pour qu'il aide la Cour dans une affaire relative à un certificat de sécurité en matière d'immigration—La Cour a présumé, sans se prononcer, qu'elle avait compétence pour nommer un intervenant bénévole—La Cour fédérale n'est pas une juridiction investie d'une compétence générale ou implicite, mais, selon l'art. 3 de la Loi sur les Cours fédérales, elle est une cour supérieure d'archives—La désignation de «cour supérieure» ne conférerait par elle-même aucune compétence—Elle n'est pas une cour supérieure au sens de l'expression telle qu'elle est appliquée aux cours supérieures des provinces—Un pouvoir peut être conféré implicitement uniquement s'il est nécessaire pour l'exercice d'une compétence expressément conférée—Un intervenant bénévole n'est pas nécessaire pour l'accomplissement de fonctions prévues par les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Requête en nomination d'un intervenant bénévole pour qu'il aide le juge désigné durant l'audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité—Argument: un intervenant bénévole est nécessaire pour assurer la justice fondamentale garantie par l'art. 7 de la Charte—On a fait valoir que la Cour avait compétence en common law et selon l'art. 24(1) de la Charte—L'argument des ministres selon lequel le demandeur mettait en doute certains articles de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés alors qu'il avait négligé de signifier aux procureurs généraux un avis de question constitutionnelle a été rejeté, car la position du demandeur était que la Loi, interprétée objectivement, autorisait le recours demandé—Eu égard aux circonstances, il est inutile de décider si la Cour a le pouvoir de nommer un intervenant bénévole—La Cour a rejeté l'argument selon lequel la présente affaire était beaucoup plus complexe que l'affaire *Ahani c. Canada*, où la Cour avait jugé que le texte législatif antérieur respectait les principes de justice fondamentale.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Henkel Canada Corp. v. Conros Corp. (F.C.) 469

Practice—Judgments and Orders—Summary judgment—Trade-marks infringement action—Federal Courts Rules, r. 216(3) (Court may grant summary judgment even though genuine issue if can determine facts necessary to decide questions of fact, law) in effect repealed by F.C.A. judgments in *MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*; *Trojan Technologies, Inc. v. Suntec Environmental Inc.*—Judgments contrary to Rules Committee's intention not to adopt restrictive Ontario rule—Not open to Court to reverse legislative choice—Opinion of F.C.A., that traditional trial only adequate fact-finding mechanism disagreed with, especially where expert witnesses involved—Motion denied as F.C. bound by F.C.A. case law.

Judges and Courts—Recent F.C.A. judgments in effect repealing Federal Court rule regarding granting of summary judgment—Judgments repudiating express wording of provision, intention of Rules Committee not to adopt restrictive Ontario rule of practice—Courts not free to reverse legislative choice—Even so, F.C. bound to follow F.C.A. decisions and to deny motion for summary judgment in trade-marks infringement case.

Trade-Marks—Infringement—Relief sought: permanent injunction, delivery up—Motion for summary judgment—Confusion—Opinion evidence of defendant's expert witness rejected as based on anecdotal, impressionistic foundations—Court would have granted application but prevented from so doing by recent F.C.A. decisions in effect repealing Federal Courts Rules, r. 216(3).

Normandin v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . 373

Parole—National Parole Board having power to impose special residency condition on dangerous offender subject to long-term supervision order—Matter of statutory interpretation—Since pure question of law, correctness appropriate review standard—No specific provision for imposition of residency condition following expiry of dangerous offender's term of imprisonment—*Expressio unius est exclusio alterius* argument rejected—Corrections and Conditional Release Act, s. 134.1(2) broad enough to empower NPB to impose any condition considered reasonable, necessary to protect society,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Henkel Canada Corp. c. Conros Corp. (C.F.) 469

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sommaire—Action en contrefaçon de marques de commerce—La règle 216(3) des Règles des Cours fédérales (la Cour peut rendre un jugement sommaire malgré l'existence d'une véritable question litigieuse si elle peut établir les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit) a en réalité été invalidée par la C.A.F. dans les arrêts *Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, et *Trojan Technologies, Inc. c. Suntec Environmental Inc.*—Ces arrêts vont à l'encontre de l'intention du comité des règles de ne pas adopter la règle ontarienne, jugée restrictive—C'était là un choix législatif qu'il n'appartenait pas à la Cour d'invalider—La Cour fédérale n'a pu souscrire aux vues de la C.A.F., pour qui seul un procès au sens traditionnel constitue un mécanisme adéquat d'établissement des faits, surtout si des experts sont mis à contribution—Requête rejetée, la C.F. étant liée par les arrêts de la C.A.F.

Juges et tribunaux—De récents arrêts de la C.A.F. ont eu pour effet d'invalider la règle des Cours fédérales concernant le prononcé d'un jugement sommaire—Les arrêts en question allaient à l'encontre du texte explicite de la disposition, et à l'encontre de l'intention du comité des règles de ne pas adopter la règle ontarienne, jugée restrictive—Les tribunaux n'ont pas le loisir d'invalider un choix législatif—En tout état de cause, la C.F. était liée par les arrêts de la C.A.F. et elle n'avait d'autre choix que de rejeter la requête en jugement sommaire dans une affaire de contrefaçon de marques de commerce.

Marques de commerce—Contrefaçon—Réparation demandée: injonction permanente, et remise des produits—Requête en jugement sommaire—Confusion—Le témoignage du témoin expert de la défenderesse a été rejeté parce qu'il était fondé sur des anecdotes et des impressions—La Cour aurait fait droit à la demande, mais elle a été empêchée de le faire par de récents arrêts de la C.A.F. qui ont eu pour effet d'invalider la règle 216(3) des Règles des Cours fédérales.

Normandin c. Canada (Procureur général) (C.F.) . 373

Libération conditionnelle—Compétence de la Commission Nationale des Libérations Conditionnelles d'imposer une condition spéciale d'assignation à résidence à un délinquant soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée—Question d'interprétation législative—Puisqu'il s'agit d'une pure question de droit, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte—Aucune disposition spécifique ne prévoit l'imposition d'une condition d'assignation à résidence immédiatement suivant l'expiration du mandat d'incarcération d'un délinquant à contrôler—L'argument

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

facilitate offender's reintegration—Charter, s. 7 not infringed—Application dismissed.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) 269

Patents—Infringement—Appeal from F.C. decision prohibiting Health Minister from issuing notice of compliance—Patent for new way of using existing drug in osteoporosis treatment—Whether prior art rendered claims obvious—Generic arguing burden on it like that on summary judgment motion (raise genuine issue for trial)—Appeal dismissed—No authority for proposition standard of proof less than balance of probabilities—Patent Act, s. 43 provides presumption of validity—Generic bears burden of displacing presumption on prohibition application—Burden not reduced by fact patentee may sue for infringement—Procedures provided for by Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations based on policy considerations, not Court's role to alter balance struck—Purpose of Regulations to protect patent rights—Scope of infringement protection under Regulations—Test not what generic's reasonable belief might be—Necessity for purposive construction in resolving obviousness issue—Whole specification, including disclosure, claims to be considered in ascertaining nature of invention—Recent Supreme Court of Canada judgments not having altered test for obviousness which is very difficult to satisfy—Sound prediction, obviousness different concepts, not be conflated.

TELUS Communications Inc. v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission) (F.C.A.) 388

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible persons—Hearing into reasonableness of security certificate issued under Act, s. 77(1)—Motion for appointment of *amicus curiae*—Applicant's argument: case at bar more complicated than *Ahani v. Canada* in which predecessor

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fondé sur le principe *expressio unius est exclusio alterius* a été rejeté—L'art. 134.1(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition est suffisamment large pour donner à la CNLC le pouvoir d'imposer toute condition qu'elle juge raisonnable et nécessaire pour protéger la société et favoriser la réinsertion du délinquant—Il n'y a pas eu d'atteinte à l'art. 7 de la Charte—Demande rejetée.

Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) 269

Brevets—Contrefaçon—Appel d'une décision de la C.F. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité—Le brevet porte sur une utilisation nouvelle d'un médicament existant, pour le traitement de l'ostéoporose—Des antériorités rendent-elles les revendications évidentes—Le fabricant de produits génériques en cause soutient que la norme de preuve qui lui est applicable est analogue à celle d'une requête en jugement sommaire: soulever une véritable question litigieuse— Appel rejeté—L'argument que la norme de preuve est moindre que celle de la prépondérance des probabilités n'est pas fondé—L'art. 43 de la Loi sur les brevets énonce une présomption de validité—Il incombe au fabricant de produits génériques de repousser cette présomption lors d'une demande d'ordonnance d'interdiction—La possibilité pour le breveté d'intenter un recours en contrefaçon n'allège pas ce fardeau—Le recours prévu par le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) repose sur des considérations de politique, il n'appartient pas à la Cour de modifier l'équilibre ainsi établi—Le Règlement a pour objet de protéger les droits en matière de brevets— Étendue de la protection contre la contrefaçon en vertu du Règlement—Le critère ne consiste pas à se demander ce que le fabricant de produits génériques peut raisonnablement croire—Pour résoudre les questions relatives à l'évidence, il faut faire intervenir une interprétation téléologique—Il faut considérer l'ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) pour déterminer la nature de l'invention—Le critère applicable en matière d'évidence, auquel il est difficile de satisfaire, n'a pas été modifié par les arrêts récents de la Cour suprême du Canada—Les notions de prédiction valable et d'évidence sont des concepts différents qui ne doivent pas être confondus.

TELUS Communications Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications) (C.A.F.) 388

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité délivré en vertu de l'art. 77(1) de la Loi—Requête en nomination d'un intervenant bénévole (*«amicus curiae»*)—Argument du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

legislation held to satisfy fundamental justice principles—Summary given under Act, s. 78(h) gave inadequate disclosure—Regime established by Act, ss. 77, 78, 80, role of designated judge, explained—Appointment of *amicus curiae* unnecessary for exercise of Court’s jurisdiction under Act—All information sought by applicant’s counsel had been provided to Court—Designated judge reviews Ministers’ evidence “with intense scrutiny”—*Amicus curiae* not needed for fundamental justice—Parliament intended evidence to be seen by designated judge only—Granting motion would cause delay when case, supposed to be dealt with expeditiously, has already dragged on too long.

Judges and Courts—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist designated judge at hearing into reasonableness of security certificate under Immigration and Refugee Protection Act—Role of designated judge under statutory scheme—Has to balance opposing interests: protect national security intelligence while providing person concerned reasonable disclosure of grounds for certificate—Has access to all information on which Ministers’ decision based—Though Federal Court “superior court of record”, not superior court within meaning of expression as applied to provincial superior courts—Only powers are those conferred by Parliament—Parliament intended designated judge only to see evidence—No appeal from decision of designated judge—Conference speech by Hugessen J. considered—Origin of designated judge concept discussed.

Federal Court Jurisdiction—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist Court in immigration security certificate matter—Court assumed, without deciding, has jurisdiction to appoint *amicus curiae*—Federal Court not one of general, inherent jurisdiction though, under Federal Courts Act, s. 3 superior court of record—Designation as “superior court” in itself conferred no jurisdiction—Not superior court as expression applies to provincial superior courts—Power conferred by implication only if necessary for exercise of express jurisdiction—*Amicus curiae* not required to discharge duties under relevant provisions of Immigration and Refugee Protection Act.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandeur: les circonstances de la présente affaire étaient plus complexes que celles de l’affaire *Ahani c. Canada*, où la Cour avait estimé que les dispositions antérieures correspondantes respectaient les principes de justice naturelle—Le résumé remis conformément à l’art. 78h) de la Loi n’était pas une communication suffisante—Explication du régime établi par les art. 77, 78 et 80 de la Loi et du rôle du juge désigné—La nomination d’un intervenant bénévole était inutile pour l’exercice de la compétence conférée à la Cour par la Loi—Tous les renseignements demandés par l’avocat du demandeur avaient été communiqués à la Cour—Le juge désigné examine «avec minutie» les faits invoqués par les ministres—Un intervenant bénévole n’est pas nécessaire pour assurer la justice fondamentale—Le législateur voulait que la preuve soit vue uniquement par le juge désigné—Faire droit à la requête entraînerait un retard alors que l’affaire, qui censément doit être traitée avec célérité, s’éternise sans qu’on en voie la fin.

Juges et tribunaux—Requête en nomination d’un intervenant bénévole pour qu’il aide le juge désigné durant l’audience portant sur le caractère raisonnable ou non d’un certificat de sécurité délivré en vertu de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Rôle du juge désigné selon le régime législatif—Il doit équilibrer des intérêts rivaux: protéger les renseignements relatifs à la sécurité nationale tout en offrant à l’intéressé une communication raisonnable des motifs à l’origine du certificat—Il a accès à tous les renseignements sur lesquels repose la décision des ministres—La Cour fédérale est une «cour supérieure d’archives», mais elle n’est pas une cour supérieure au sens de l’expression telle qu’elle est appliquée aux cours supérieures provinciales—Elle n’a que les pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement—Le Parlement voulait que seul le juge désigné constate les faits—Il n’y a pas d’appel contre la décision du juge désigné—Examen d’un discours prononcé par le juge Hugessen lors d’une conférence—Discussion de l’origine de la notion de juge désigné.

Compétence de la Cour fédérale—Requête en nomination d’un intervenant bénévole pour qu’il aide la Cour dans une affaire relative à un certificat de sécurité en matière d’immigration—La Cour a présumé, sans se prononcer, qu’elle avait compétence pour nommer un intervenant bénévole—La Cour fédérale n’est pas une juridiction investie d’une compétence générale ou implicite, mais, selon l’art. 3 de la Loi sur les Cours fédérales, elle est une cour supérieure d’archives—La désignation de «cour supérieure» ne conférerait par elle-même aucune compétence—Elle n’est pas une cour supérieure au sens de l’expression telle qu’elle est appliquée aux cours supérieures des provinces—Un pouvoir peut être conféré implicitement uniquement s’il est nécessaire pour l’exercice d’une compétence expressément conférée—Un intervenant bénévole n’est pas nécessaire pour l’accomplissement de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Motion for appointment of *amicus curiae* to assist designated judge at security certificate reasonableness hearing—Argument: required to provide fundamental justice, guaranteed by Charter, s. 7—Argued that Court having jurisdiction at common law and under Charter, s. 24(1)—Ministers' argument: applicant putting in question certain sections of Immigration and Refugee Protection Act while failing to give Attorneys General notice of constitutional question, rejected as applicant's position Act, fairly interpreted, permits remedy—In circumstances, unnecessary to decide whether Court has jurisdiction to appoint *amicus curiae*—Court rejecting argument case at bar much more complicated than *Ahani v. Canada* in which Court held predecessor legislation met fundamental justice principles.

SOMMAIRE (Fin)

fonctions prévues par les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Requête en nomination d'un intervenant bénévole pour qu'il aide le juge désigné durant l'audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité—Argument: un intervenant bénévole est nécessaire pour assurer la justice fondamentale garantie par l'art. 7 de la Charte—On a fait valoir que la Cour avait compétence en common law et selon l'art. 24(1) de la Charte—L'argument des ministres selon lequel le demandeur mettait en doute certains articles de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés alors qu'il avait négligé de signifier aux procureurs généraux un avis de question constitutionnelle a été rejeté, car la position du demandeur était que la Loi, interprétée objectivement, autorisait le recours demandé—Eu égard aux circonstances, il est inutile de décider si la Cour a le pouvoir de nommer un intervenant bénévole—La Cour a rejeté l'argument selon lequel la présente affaire était beaucoup plus complexe que l'affaire *Ahani c. Canada*, où la Cour avait jugé que le texte législatif antérieur respectait les principes de justice fondamentale.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-374-03, Rothstein J.A., judgment dated 3/3/04, was affirmed by a decision dated 7/6/05 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 4 F.C.R. 48 (C.A.), was affirmed by a decision dated 7/6/05 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Canada (Attorney General) v. Gadoury, A-209-04, 2005 FCA 14, Noël J.A., judgment dated 13/1/05, leave to appeal to S.C.C. refused 9/6/05.

Mattel Inc. v. 3894207 Canada Inc., A-199-04, 2005 FCA 13, Noël J.A., judgment dated 12/1/05 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted 26/5/05.

TELUS Communications Inc. v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission), [2005] 2 F.C.R. 388 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 28/4/05.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-374-03, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 3-3-04, a été confirmé par une décision en date du 7-6-05, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 4 R.C.F. 48 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 7-6-05, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada (Procureur général) c. Gadoury, A-209-04, 2005 CAF 14, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 13-1-05 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-6-05.

Mattel Inc. c. 3894207 Canada Inc., A-199-04, 2005 CAF 13, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 12-1-05 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 26-5-05.

TELUS Communications Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications), [2005] 2 R.C.F. 388 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28-4-05.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 2, Part 2

2005, Vol. 2, 2^e fascicule

A-135-04
2004 FCA 393

A-135-04
2004 CAF 393

Genpharm Inc. (Appellant)

v.

**Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc.;
The Procter & Gamble Company and The Minister of
Health (Respondents)**

**INDEXED AS: PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS
CANADA, INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Sharlow
J.J.A.—Ottawa, October 26 and November 22, 2004.

Patents — Infringement — Appeal from F.C. decision prohibiting Health Minister from issuing notice of compliance — Patent for new way of using existing drug in osteoporosis treatment — Whether prior art rendered claims obvious — Generic arguing burden on it like that on summary judgment motion (raise genuine issue for trial) — Appeal dismissed — No authority for proposition standard of proof less than balance of probabilities — Patent Act, s. 43 provides presumption of validity — Generic bears burden of displacing presumption on prohibition application — Burden not reduced by fact patentee may sue for infringement — Procedures provided for by Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations based on policy considerations, not Court's role to alter balance struck — Purpose of Regulations to protect patent rights — Scope of infringement protection under Regulations — Test not what generic's reasonable belief might be — Necessity for purposive construction in resolving obviousness issue — Whole specification, including disclosure, claims to be considered in ascertaining nature of invention — Recent Supreme Court of Canada judgments not having altered test for obviousness which is very difficult to satisfy — Sound prediction, obviousness different concepts, not be conflated.

This was an appeal from a decision of Snider J. prohibiting the Minister of Health from issuing Genpharm a notice of compliance (NOC) pending expiry of respondents' patent (the '376 patent).

Genpharm Inc. (appelante)

c.

**La compagnie pharmaceutique Procter & Gamble
Canada, Inc.; The Procter & Gamble Company et le
ministre de la Santé (intimés)**

**RÉPERTORIÉ: CIE PHARMACEUTIQUE PROCTER & GAMBLE
CANADA, INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Noël et Sharlow,
J.C.A.—Ottawa, 26 octobre et 22 novembre 2004.

Brevets — Contrefaçon — Appel d'une décision de la C.F. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité — Le brevet porte sur une utilisation nouvelle d'un médicament existant, pour le traitement de l'ostéoporose — Des antériorités rendent-elles les revendications évidentes? — Le fabricant de produits génériques en cause soutient que la norme de preuve qui lui est applicable est analogue à celle d'une requête en jugement sommaire: soulever une véritable question litigieuse — Appel rejeté — L'argument que la norme de preuve est moindre que celle de la prépondérance des probabilités n'est pas fondé — L'art. 43 de la Loi sur les brevets énonce une présomption de validité — Il incombe au fabricant de produits génériques de repousser cette présomption lors d'une demande d'ordonnance d'interdiction — La possibilité pour le breveté d'intenter un recours en contrefaçon n'allège pas ce fardeau — Le recours prévu par le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) repose sur des considérations de politique, il n'appartient pas à la Cour de modifier l'équilibre ainsi établi — Le Règlement a pour objet de protéger les droits en matière de brevets — Étendue de la protection contre la contrefaçon en vertu du Règlement — Le critère ne consiste pas à se demander ce que le fabricant de produits génériques peut raisonnablement croire — Pour résoudre les questions relatives à l'évidence, il faut faire intervenir une interprétation téléologique — Il faut considérer l'ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) pour déterminer la nature de l'invention — Le critère applicable en matière d'évidence, auquel il est difficile de satisfaire, n'a pas été modifié par les arrêts récents de la Cour suprême du Canada — Les notions de prédiction valable et d'évidence sont des concepts différents qui ne doivent pas être confondus.

Il s'agissait de l'appel de la décision de la juge Snider interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (ADC) à Genpharm avant l'expiration du brevet des intimés (le brevet '376).

Genpharm challenged the order, submitting that the Judge below erred in law by: (1) wrongly assessing the non-infringement allegation on a balance of probabilities rather than the lower standard reflected by the word “justified” in the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 6(2); (2) wrongly construing the claims as excluding a bone activator; and (3) resorting to outdated case law on the obviousness test.

The Procter & Gamble patent at issue claimed a new way of using an existing drug, polyphosphonates, in the treatment of osteoporosis. The use of this drug to inhibit bone loss was well documented. But its continuous use in treating a chronic condition was unsatisfactory since, while inhibiting bone loss, it also inhibited bone formation, possibly leading to spontaneous fractures. The '376 patent invention was to use polyphosphonates in intermittent cycles, which was said to inhibit bone loss while increasing bone mass. It selectively inhibited the resorption phase without adversely affecting the formation phase. The claims at issue were those which vary dosages or cycles of treatment and rest. Genpharm's position was that two pieces of prior art rendered those claims obvious. The two pieces of prior art were the Chesnut and Anderson publications, both of which preceded the '376 patent's priority date. According to Genpharm, Anderson does not say that a bone activating agent is essential. Genpharm also suggested that the claims in question should be read as including the possibility of bone activator use. The argument was that, since the claims do not specifically exclude use of a bone activator, they fall within the Anderson prior art and are therefore obvious.

As to standard of proof, Genpharm's argument was that the burden upon a generic competitor was analogous to that on a motion for summary judgment—to raise “a genuine issue for trial”. If that burden was discharged, an order of prohibition could not issue.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) Genpharm relied on *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Minister of Health)* as supporting this reduced standard of proof but that case does not support any standard of proof other than balance of probabilities. *Patent Act*, subsection 43(2) provides that, once issued, a patent shall, absent evidence to the contrary, be valid and avail the patentee. As observed by Sharlow J.A. in *Bayer Inc. v. Canada (Minister of*

Genpharm a contesté l'ordonnance affirmant que la juge avait commis des erreurs de droit: 1) en appliquant à l'allégation de non-contrefaçon la norme de la prépondérance des probabilités, plutôt que celle, moins exigeante, qui découlait de l'emploi du mot «fondée» au paragraphe 6(2) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, 2) en interprétant les revendications comme excluant un activateur de cellules osseuses et 3) en se fondant sur une jurisprudence désuète en matière de critère applicable au caractère évident.

Le brevet '376 de Procter & Gamble avait pour objet une nouvelle utilisation d'un médicament existant, les polyphosphonates, pour le traitement de l'ostéoporose. L'utilisation du médicament pour inhiber la résorption osseuse était bien connue, mais on a découvert que son utilisation continue dans le traitement d'une maladie chronique comme l'ostéoporose n'était pas particulièrement utile car, même si elle entravait la résorption osseuse, elle empêchait aussi la formation osseuse, entraînant peut-être des fractures spontanées. L'invention du brevet '376 consistait en une utilisation des polyphosphonates suivant des cycles intermittents, ce qui était censé inhiber la résorption et accroître la masse osseuse en inhibant sélectivement la phase de perte sans gêner la phase de formation. Les revendications en cause étaient celles qui modifiaient les dosages ou les cycles de traitement et les périodes de repos. Genpharm a affirmé que deux antériorités rendaient ces revendications évidentes, soit des publications de Chestnut et d'Anderson antérieures à la date d'antériorité du brevet '376. Selon Genpharm, Anderson n'affirme pas qu'un agent activateur de cellules osseuses est essentiel et les revendications en cause doivent être interprétées comme si elles envisageaient la possibilité d'utiliser un activateur de cellules osseuses. Son argument est que puisque les revendications n'excluent pas expressément l'utilisation d'un activateur de cellules osseuses, elles sont comprises dans l'antériorité d'Anderson, donc évidentes.

Genpharm prétend que la norme de preuve à laquelle doit satisfaire le fabricant de produits génériques est analogue à celle applicable dans le cadre d'une requête en jugement sommaire: soulever «une véritable question litigieuse». Si le fabricant s'est acquitté de son fardeau, l'ordonnance de prohibition ne peut être prononcée.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Genpharm a cité la décision *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* à l'appui de son argument concernant la norme de preuve réduite, mais cette décision ne favorise aucune autre norme de preuve que celle de la prépondérance des probabilités. Le paragraphe 43(2) de la *Loi sur les brevets* prévoit qu'une fois délivré, le brevet est, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté. La juge Sharlow,

National Health and Welfare), in view of that presumption of validity, a generic responding to a prohibition application bears the burden of proof to displace the presumption. She wrote that if “the evidence proves on a balance of probabilities that the patent is invalid, the presumption is rebutted”.

Nor does the word “justified” in Regulations, subsection 6(2) connote a lower standard of proof. There was nothing in the Regulations which suggested that the standard was other than the ordinary civil one. While proceedings under the Regulations are based on written, not oral, evidence and there is no provision for discovery, these were not reasons why “justified” should be interpreted as requiring a generic to meet only the “genuine issue for trial” standard. Nor was the burden on a generic in a prohibition application reduced by the fact that it is open to a patentee to launch an action for patent infringement. The procedures provided for in the Regulations were based on policy considerations and intended to balance the interests of patentees and generics. It was not for the Court to alter that balance by adopting a “genuine issue for trial” standard of proof. Genpharm’s argument that the purpose of the Regulations was not to prevent patent infringement, which was simply another version of appellant’s lower standard of proof argument, was also rejected. As long ago as 1994, the Court observed that the clear intention of the Regulations was to protect patent rights and, in 1998, the Supreme Court of Canada held that the “purpose of the Regulations is simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of NOCs until such time as their implementation would not result in such infringement”.

Another issue was the scope of patent infringement protection under the Regulations. While Act, subsection 55.2(1) provides that it is not infringement to take steps for the development and submission of information for an NOC paragraph 55.2(4)(e) authorizes regulations to prohibit infringement if a generic oversteps what the legislation allows it to do. During a patent’s lifetime, the generic may not be granted an NOC allowing it to make or sell a patented invention in competition with the patentee.

In its factum, Genpharm submitted that the test was whether the generic “has no basis for a reasonable belief that the patents are invalid”. This was yet another version of its lower

J.C.A. a signalé dans *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, qu’à cause de cette présomption de validité, c’est au fabricant de produits génériques intimé dans la requête pour ordonnance d’interdiction qu’il incombe de repousser la présomption. Elle a écrit que si la preuve «démontre selon la probabilité la plus forte que le brevet est invalide, la présomption est réfutée».

Le terme «fondée» du paragraphe 6(2) du Règlement ne connote pas non plus une norme de preuve moins exigeante. Rien dans le Règlement n’indique que la norme applicable diffère de celle ordinairement applicable en droit civil. Bien que le recours prévu au Règlement repose sur une preuve écrite et non orale et que le Règlement ne prévoient pas d’interrogatoire préalable, ce ne sont pas là des motifs pour lesquels le terme «fondée» doit être interprété comme si les fabricants de médicaments génériques n’étaient tenus que de satisfaire à la norme de la «véritable question litigieuse». La charge qui incombe au fabricant de médicaments génériques dans une demande d’ordonnance d’interdiction n’est pas non plus réduite par le recours en contrefaçon ouvert au breveté. Le recours prévu au Règlement découle de considérations de politique et vise à concilier les droits des brevetés et ceux des fabricants de médicaments génériques. Il n’appartient donc pas à la Cour de modifier cet équilibre en adoptant la norme de preuve de la «véritable question litigieuse». La Cour a aussi rejeté l’argument de Genpharm selon lequel l’objet du Règlement n’est pas d’empêcher la contrefaçon, qui est une autre version de son argument favorable à une norme de preuve moins exigeante. Déjà en 1994, la Cour a indiqué que le Règlement avait visiblement pour objet de faciliter la protection des droits en matière de brevets et, en 1998, la Cour suprême du Canada a statué que «[l]e Règlement vise simplement à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l’ADC jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter».

La Cour devait également examiner l’étendue de la protection en matière de contrefaçon offerte par le Règlement. Suivant le paragraphe 55.2(1), il n’y a pas contrefaçon de brevet lorsqu’une personne prend des mesures nécessaires à la préparation et à la production du dossier d’information pour obtenir un ADC, mais l’alinéa 55.2(4)e autorise la prise de règlements empêchant la contrefaçon lorsque le fabricant de produits génériques dépasse les limites permises par la loi. Pendant la durée de vie d’un brevet, le fabricant de produits génériques ne peut obtenir d’ADC l’autorisant à fabriquer ou vendre une invention brevetée en concurrence avec le titulaire de brevet.

Dans son mémoire, Genpharm soutient que le critère applicable consiste à se demander si le fabricant de produits génériques [TRADUCTION] «n’a aucun motif raisonnable de

standard of proof argument. Under Regulations, subsection 6(2) the Court's duty is to consider the allegations themselves, not what the generic's reasonable belief might be.

(2) The Court is to give patent claims a purposive construction. There was nothing in the claims referring to a bone cell activator. They referred only to two steps: a treatment and a rest stage. The word "including" in claim 17 was with reference to varying treatment and rest durations and did not envisage use of a bone activating compound. Snider J.'s claims interpretation was consistent with the patent disclosure and there is authority for the proposition that the whole of the specification—including disclosure and claims—should be looked at in ascertaining the nature of the invention. The disclosure distinguished the claimed invention from regimens that required the administration of a bone cell activator such as that disclosed in Anderson. Contrary to what was urged by Genpharm, Anderson's protocol involved the administration of a number of substances, one of which was the bone activating compound phosphate sandoz. The Court could not accept that a bone activating compound was not a key element in Anderson. Anderson did not render the '376 patent obvious. Nor did Chesnut's prior art make the claimed invention obvious as it utilized clodronate rather than etidronate. Snider J. did not err in concluding that etidronate dosages could not be extrapolated from dosages of clodronate.

(3) Genpharm's argument, that the Supreme Court, by its decisions in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, and *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, had altered the traditional test for obviousness and that obviousness and sound prediction are one and the same, was unsupported by authority. The "difficult test to satisfy" for obviousness is that discussed by Hugessen J.A. in *Beloit Can. Ltd. v. Valmet Oy*: whether a technician skilled in the art but having no scintilla of inventiveness or imagination would have come directly and without difficulty to the solution taught by the patent. *Whirlpool* reiterated what was said in *Beloit*—it did not change that test. The definition of obviousness in *Beloit* contains the same assumptions as found in *Whirlpool*: that an ordinary worker keeps up with advances in his field.

croire que les brevets sont invalides». Il s'agit, là encore, d'une autre version de son argument en faveur d'une norme de preuve moins exigeante. Le paragraphe 6(2) du Règlement oblige la Cour à examiner les allégations telles quelles, et non pas à se demander ce que le fabricant de produits génériques pourrait raisonnablement croire.

2) La Cour doit donner aux revendications du brevet une interprétation téléologique. Les revendications ne faisaient mention d'un activateur de cellules osseuses, elles ne faisaient état que de deux phases, une de traitement et une de repos. Le mot «*including*» de la revendication 17 se rapportait à la modification des périodes de traitement et de repos et non à la possibilité d'utiliser un composé d'activation de cellules osseuses. L'interprétation que la juge Snider a donnée aux revendications est compatible avec la divulgation figurant dans la demande de brevet, et la jurisprudence a formulé le principe voulant qu'il faille considérer l'ensemble du mémoire descriptif, y compris la divulgation et les revendications, pour déterminer la nature de l'invention. La divulgation établit une distinction entre l'invention revendiquée et les schémas posologiques qui requéraient l'administration d'un activateur de cellules osseuses comme celui divulgué dans Anderson. Contrairement à l'affirmation de Genpharm, le protocole d'Anderson comportait l'administration de multiples substances, en particulier de phosphate-sandoz, un composé d'activation osseuse. La Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel le composé d'activation osseuse n'était pas un élément essentiel du protocole d'Anderson. Ce protocole ne rend pas évident le brevet '376. L'antériorité de Chesnut n'a pas non plus rendu l'invention évidente, car ce régime n'utilisait pas l'etidronate, mais plutôt le clodronate. La juge Snider n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'était pas possible d'extrapoler les doses d'etidronate à partir des doses de clodronate.

3) L'argument de Genpharm selon lequel la Cour suprême, dans les arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, et *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, a modifié le critère traditionnel applicable au caractère évident et que le caractère évident et la prédiction valable ne font qu'un n'est pas étayé par la doctrine ou la jurisprudence. Le «critère» traditionnel, «auquel il est difficile de satisfaire» pour établir le caractère évident, est celui qu'a formulé le juge Hugessen, J.C.A. dans *Beloit Can. Ltée c. Valmet Oy*: si le technicien versé dans son art mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination serait directement et facilement arrivé à la solution que préconise le brevet. *Whirlpool* a réitéré ce qui avait déjà été énoncé dans *Beloit*, il n'a pas modifié le critère. La définition de l'évidence, dans *Beloit*, repose sur la même présomption que dans l'arrêt *Whirlpool*, à savoir que le travailleur moyen tiendra à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le domaine.

Sound prediction is relied upon by an inventor to justify patent claims whose utility is not demonstrated but can be soundly predicted from available information: obviousness by a potential competitor of the patentee, who argues that what is claimed in a patent is something that a skilled technician who is up to date on the state of the art would be able to come to directly without benefit of the solution taught by the patent. These were different concepts and not to be conflated.

La prédiction valable est invoquée par l'inventeur pour justifier les revendications d'un brevet dont l'utilité n'a pas été démontrée mais peut être valablement prédite à partir de l'information et l'expertise alors disponibles. Le caractère évident est invoqué par un éventuel concurrent du breveté qui allègue qu'un technicien versé dans l'art, se tenant à jour sur l'état de la technique et les connaissances générales courantes, serait capable d'arriver directement et facilement à l'objet du brevet, sans la solution préconisée par le breveté. Ce sont des concepts différents qui ne doivent pas être confondus.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), rr. 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 43(2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42), 55.2(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), (4) (as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 229; *Parke-Davis Division v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 2 F.C. 514; (2002), 22 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 279; 2002 FCA 454; *Bayer Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285; 258 N.R. 238 (F.C.A.); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Beloit Can. Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; (1979), 100 D.L.R. (3d) 385; 42 C.P.R. (2d) 161; 28 N.R. 181.

CONSIDERED:

GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Minister of Health) (2003), 28 C.P.R. (4th) 307; 237 F.T.R. 218; 2003 FC 899.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 43(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42), 55.2(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), (4) (édicte, *idem*; 2001, ch. 10, art. 2).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(2).
Règles de la Cour fédérale, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), règles 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 229; *Parke-Davis Division c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 2 C.F. 514; (2002), 22 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 279; 2002 CAF 454; *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285; 258 N.R. 238 (C.A.F.); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 CSC 67; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 CSC 77; *Beloit Can. Liée c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.); *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; (1979), 100 D.L.R. (3d) 385; 42 C.P.R. (2d) 161; 28 N.R. 181.

DÉCISION EXAMINÉE:

GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (2003), 28 C.P.R. (4th) 307; 237 F.T.R. 218; 203 CF 899.

REFERRED TO:

Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1994), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.).

APPEAL from Federal Court order prohibiting Minister of Health from issuing a notice of compliance ((2004), 32 C.P.R. (4th) 224; 247 F.T.R. 21; 2004 FC 204). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Roger T. Hughes, Q.C. and *Barbara J. Murchi* for appellant.

Sheila R. Block and *Ronald E. Dimock* for respondents Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company.

No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, for appellant.

Torys LLP, Toronto, and *Dimock Stratton LLP*, Toronto, for respondents Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

ISSUES

[1] This is an appeal from a February 12, 2004 [(2004), 32 C.P.R. (4th) 224], decision of Snider J. of the Federal Court made under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133. By her decision, Snider J. prohibited the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant Genpharm Inc. (Genpharm) for its product Gen-eti-cal carepac until expiry of the respondents' (P&G) Patent No. 1338376 (the '376 patent).

DÉCISION CITÉE:

Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1994), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (C.A.F.).

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité ((2004), 32 C.P.R. (4th) 224; 247 F.T.R. 21; 2004 CF 204). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Roger T. Hughes, c.r. et *Barbara J. Murchi* pour l'appelante.

Sheila R. Block et *Ronald E. Dimock* pour les intimés la compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. et The Procter & Gamble Company.

Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, pour l'appelante.

Torys LLP, Toronto, et *Dimock Stratton LLP*, Toronto, pour les intimés la compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. et The Procter & Gamble Company.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

QUESTIONS EN LITIGE

[1] Le présent appel porte sur une décision rendue le 12 février 2004 [(2004), 32 C.P.R. (4th) 224] par la juge Snider de la Cour fédérale en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133. Aux termes de sa décision, la juge Snider a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante Genpharm Inc. (Genpharm) pour son produit Gen-eti-cal carepac jusqu'à l'expiration du brevet n° 1338376 (le brevet '376) des intimés (P&G).

[2] Genpharm says the prohibition order should not have been made because the '376 patent is invalid. Genpharm submits that Snider J. made three errors of law in concluding that Genpharm's allegation of non-infringement due to invalidity of the '376 patent was not justified.

1. She wrongly assessed Genpharm's allegation of non-infringement on a balance of probabilities standard rather than a lower standard, reflected by the word "justified" in subsection 6(2) of the Regulations.

2. She wrongly construed the claims at issue as excluding, rather than potentially including, a bone activator. It is said that if the claims were properly interpreted to potentially include a bone activator, they would have been recognized in the prior art, thus rendering the '376 patent invalid by reason of obviousness.

3. She relied on outdated jurisprudence in her determination of the obviousness test, rather than on the "new" test that equates obviousness with sound prediction.

FACTS

[3] Genpharm's notice of allegation that was the precursor to the litigation leading to this appeal was served on December 19, 2001. This litigation arises from P&G's prohibition application dated February 1, 2002.

[4] P&G's '376 patent claims a new way of using an existing drug, polyphosphonates, specifically etidronate, to treat osteoporosis.

[5] According to the background of the invention in the patent, in a healthy adult bone is lost and replaced in such a manner that bone resorption and bone formation are in balance. In osteoporotics, bone is lost at a rate faster than it is replaced.

[2] Genpharm prétend que l'ordonnance de prohibition n'aurait pas d'être prononcée en raison de l'invalidité du brevet '376. Elle soutient que la juge Snider a commis trois erreurs de droit en concluant que l'allégation de non-contrefaçon pour cause d'invalidité du brevet '376 formulée par Genpharm n'était pas fondée.

1. Elle a à tort apprécié l'allégation de Genpharm en fonction de la norme de la prépondérance des probabilités plutôt qu'en fonction d'une norme moins exigeante, reflétée par le mot «fondée» figurant au paragraphe 6(2) du Règlement.

2. Elle a à tort interprété les revendications en cause comme excluant, et non comme pouvant inclure, un activateur de cellules osseuses. Si les revendications avaient été correctement interprétées comme pouvant inclure un activateur de cellules osseuses, affirme-t-on, elles auraient été comprises dans le dossier d'antériorités et, de ce fait, rendu le brevet '376 invalide pour cause d'évidence.

3. Elle s'est fondée sur une jurisprudence désuète pour décider du critère applicable au caractère évident, plutôt que sur le «nouveau» critère qui assimile le caractère évident à la prédiction valable.

LES FAITS

[3] L'avis d'allégation de Genpharm ayant précédé le litige à l'origine du présent appel a été signifié le 19 décembre 2001. Ce litige découle de la demande de prohibition formulée par P&G le 1^{er} février 2002.

[4] Le brevet '376 de P&G a pour objet une nouvelle utilisation d'un médicament existant, les polyphosphonates et, plus précisément, l'etidronate, pour le traitement de l'ostéoporose.

[5] Selon les données de base de l'invention dans le brevet, chez un adulte en santé, il y a perte et remplacement de la masse osseuse de telle façon que la résorption osseuse et la formation osseuse soient en équilibre. Chez les personnes ostéoporotiques, la masse osseuse est perdue plus rapidement qu'elle n'est remplacée.

[6] The use of polyphosphonates to inhibit bone loss was well documented. However, its continuous use in a chronic condition such as osteoporosis was not found to be particularly useful. This is because, while its use tended to inhibit bone loss, it also inhibited bone formation. Further, long-term, chronic inhibition of bone loss and bone formation was thought to lead to the development of spontaneous bone fractures.

[7] As mentioned above, the invention of the '376 patent is said to be a new way of using polyphosphonates in osteoporosis. The new way of using them is said to be in intermittent cycles of treatment. If certain polyphosphonates are given in a limited amount according to a specific regimen of intermittent rather than chronic dosing, bone loss can be inhibited and bone mass can be increased. The intermittent use of the polyphosphonate appears to uncouple bone loss and bone formation by selectively inhibiting the loss or resorption phase without adversely affecting the formation phase, thus producing a net increase in bone mass.

[8] This treatment of osteoporosis is described in claims 17 to 37 of the patent. Claim 17, which is the most general use claim, provides:

17. Use of a bone resorption inhibiting polyphosphonate for the treatment or prevention of osteoporosis in humans or lower animals afflicted with or at risk to osteoporosis, wherein the polyphosphonate is used in two or more cycles including use for about 1 day to 90 days followed by a rest period from about 50 days to 120 days.

The only claims at issue in this appeal are claims 25 to 30. Each of these claims varies the dosages and/or the cycles of treatment and rest. Claim 25 identifies etidronate as the polyphosphonate and covers a range of dosages:

25. The use according to Claim 17 wherein the bone resorption inhibiting polyphosphonate is EHDP-like [etidronate], and is used daily in an amount of from about 0.25 x LED [limited effective dose] to about 4 x LED.

[6] L'utilisation de polyphosphonates pour inhiber la résorption osseuse est bien connue. Toutefois, on a découvert que son utilisation continue dans le traitement d'une maladie chronique comme l'ostéoporose n'était pas particulièrement utile puisque, si elle entravait la résorption osseuse, elle empêchait également la formation osseuse. De plus, l'inhibition chronique à long terme de la résorption osseuse et de la formation osseuse semblait entraîner des fractures spontanées.

[7] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'invention visée par le brevet '376 est censée constituer une nouvelle façon d'utiliser des polyphosphonates pour le traitement de l'ostéoporose. La nouveauté serait son utilisation dans une thérapie à cycles intermittents. Si l'on administre certains polyphosphonates, en quantité limitée, selon un schéma posologique spécifique et intermittent plutôt que chronique, il est possible d'inhiber la résorption osseuse et d'augmenter la masse osseuse. L'utilisation intermittente du polyphosphonate semble découpler la résorption osseuse et la formation osseuse en inhibant sélectivement la phase de perte ou de résorption sans gêner la phase de formation, produisant ainsi une augmentation nette de la masse osseuse.

[8] Ce traitement de l'ostéoporose est décrit dans les revendications 17 à 37 du brevet. La revendication 17, qui est la revendication pour l'utilisation la plus générale, prévoit:

[TRADUCTION] 17. Utilisation d'un polyphosphonate inhibant la résorption osseuse dans le traitement ou la prévention de l'ostéoporose chez les humains ou les animaux inférieurs qui sont atteints d'ostéoporose ou qui risquent de l'être, dans laquelle le polyphosphonate est utilisé en deux cycles ou plus incluant une période allant de 1 à 90 jours environ, suivie d'une période de repos allant de 50 à 120 jours environ.

Seules les revendications 25 à 30 sont visées par le présent appel. Chacune de ces revendications modifie les dosages et/ou les cycles de traitement et les périodes de repos. La revendication 25 désigne l'etidronate comme étant le polyphosphonate utilisé et couvre une variété de dosages:

[TRADUCTION] 25. L'utilisation prévue à la revendication 17 dans laquelle le polyphosphonate inhibant la résorption osseuse est semblable au EHDP [etidronate] et sa prise quotidienne varie de 0.25 x DEL [dose efficace limitée] à environ 4 x DEL.

[9] Claim 26 narrows the dosage to the range of about 0.25 x LED to about 2.5 x LED. Claim 27 reduces the treatment period to a period of about 30 days. Claim 28 is identical to claim 27. Claim 29 defines a rest period of about 70 days to 100 days. Claim 30 reduces the treatment period to about 14 days with a rest period of about 70 to 100 days.

[10] Genpharm says that two pieces of prior art render claims 25 to 30 obvious. The first is referred to as Chesnut. Genpharm says that the Chesnut publication, which preceded the priority date claimed in the '376 patent, disclosed the use of a polyphosphonate, clodronate, in cycles and dosages covered by the '376 patent. Genpharm says that the appropriate dosages of etidronate could be easily determined according to routine tests that are not experimental.

[11] The second piece of prior art is referred to as Anderson. Its publication also precedes the priority date of the '376 patent. Genpharm says that the cycles and polyphosphonate etidronate referred to in claims 25 to 30 are included in Anderson. Genpharm acknowledges that Anderson provides for the administration of a bone activating compound, which is not expressly referred to in claims 25 to 30. However, Genpharm says that Anderson does not say that a bone activating agent is essential. Further, Genpharm says that claims 25 to 30 must be read as including the possibility of the use of a bone activator. It is argued that because claims 25 to 30 do not specifically exclude the use of a bone activator, they fall within the Anderson prior art and are therefore obvious.

STANDARD OF PROOF

Genpharm's argument

[12] Genpharm relies on the word "justified" in subsection 6(2) of the Regulations. Subsection 6(2) provides:

[9] La revendication 26 limite le dosage à une prise allant d'environ 0.25 x DEL à environ 2.5 x DEL. La revendication 27 réduit la période de traitement à environ 30 jours. La revendication 28 est identique à la revendication 27. La revendication 29 définit la période de repos comme variant d'environ 70 jours à 100 jours. La revendication 30 réduit la période de traitement à environ 14 jours assortie à une période de repos d'environ 70 à 100 jours.

[10] Genpharm affirme que deux antériorités rendent évidentes les revendications 25 à 30. La première est désignée sous le nom de Chesnut. Genpharm prétend que l'ouvrage de Chesnut, dont la date de publication précède la date d'antériorité revendiquée dans le brevet '376, a révélé l'utilisation d'un polyphosphonate, le clodronate, dans le cadre des régimes posologiques visés par le brevet '376. Genpharm soutient que les doses d'etidronate appropriées pourraient facilement être établies en procédant à des examens de routine qui ne sont pas expérimentaux.

[11] La deuxième antériorité est désignée sous le nom d'Anderson. Cette étude aurait également été publiée avant la date d'antériorité revendiquée dans le brevet '376. Selon Genpharm, les cycles et le polyphosphonate (l'etidronate) dont il est question dans les revendications 25 à 30 sont compris dans Anderson. Genpharm reconnaît qu'Anderson prévoit l'administration d'un composé d'activation de cellules osseuses que les revendications 25 à 30 ne mentionnent pas expressément. Cependant, Genpharm prétend qu'Anderson n'affirme pas qu'un agent activateur de cellules osseuses est essentiel. Elle soutient en outre que les revendications 25 à 30 doivent être interprétées comme si elles envisageaient la possibilité d'utiliser un activateur de cellules osseuses. Selon elle, comme les revendications 25 à 30 n'excluent pas expressément l'utilisation d'un activateur de cellules osseuses, elles sont comprises dans l'antériorité d'Anderson, donc elles sont évidentes.

NORME DE PREUVE

Argument de Genpharm

[12] Genpharm s'appuie sur le mot «fondée» utilisé au paragraphe 6(2) du Règlement. Le paragraphe 6(2) prévoit:

6. . . .

(2) The court shall make an [prohibition] order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

[13] In oral argument, Genpharm submitted that because a patent infringement action remains available to a patentee if it fails to obtain a prohibition order under the Regulations, the standard of proof for the generic competitor is analogous to that on a motion for summary judgment. As long as the generic raises “a genuine issue for trial” as that term is understood in the summary judgment rules [*Federal Court Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (rules 213-219), it has satisfied its burden and a prohibition order cannot issue. In its factum, Genpharm characterizes the standard in different words. It says that the relatively low standard of proof it has to meet is that it “has no basis for a reasonable belief that the patents are invalid, or not infringed, as the case may be.” Genpharm says this is how the term “justified” is to be interpreted.

The authorities

[14] Genpharm cites *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2003), 28 C.P.R. (4th) 307 (F.C.) as authority for its lower standard of proof submission. I do not read *Glaxo* as supporting any other standard of proof than proof on a balance of probabilities.

[15] Noël J., in *Glaxo*, relied on this Court’s decision in *Bayer Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285 (F.C.A.) which, on this point, is the governing authority. In *Bayer*, Sharlow J.A. dealt with the burdens of proof on the patentee and the generic in proceedings under the Regulations. She explained that the patentee, being the applicant for the order of prohibition, bears the burden of establishing its entitlement to the order sought. Subsection 43(2) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended,

6. [. . .]

(2) Le tribunal rend une ordonnance [de prohibition] en vertu du paragraphe (1) à l’égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu’aucune des allégations n’est fondée.

[13] Dans sa plaidoirie, Genpharm a soutenu que parce que l’action en contrefaçon reste ouverte au titulaire de brevet qui se voit refuser l’ordonnance de prohibition prévue au Règlement, la norme de preuve à laquelle doit satisfaire le fabricant de produits génériques concurrent est analogue à celle applicable dans le cadre d’une requête en jugement sommaire. Dès lors que le fabricant de produits génériques soulève «une véritable question litigieuse» au sens des dispositions applicables en matière de jugement sommaire [*Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (règles 213 à 219), il s’est acquitté de son fardeau et l’ordonnance de prohibition ne peut être prononcée. Dans son mémoire, Genpharm qualifie la norme en des termes différents. Elle affirme que la norme de preuve relativement peu exigeante dont elle doit s’acquitter est celle voulant qu’elle [TRADUCTION] «n’ait aucun motif raisonnable de croire que les brevets sont invalides ou non contrefaits, selon le cas». Genpharm prétend que c’est ainsi qu’il faut interpréter le terme «fondée».

La jurisprudence et la doctrine

[14] Genpharm cite la décision *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2003), 28 C.P.R. (4th) 307 (C.F.) à l’appui de sa proposition fondée sur la norme de preuve moins exigeante. À mon avis, *Glaxo* ne favorise aucune autre norme de preuve que celle reposant sur la prépondérance des probabilités.

[15] Dans *Glaxo*, le juge Noël s’est appuyé sur la décision que notre Cour a rendue dans *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285 (C.A.F.), laquelle fait autorité sur cette question. Dans l’arrêt *Bayer*, la juge Sharlow, J.C.A. a analysé le fardeau de preuve dont le breveté et le fabricant de produits génériques doivent s’acquitter dans le cadre d’une instance engagée en vertu du Règlement. Elle a expliqué qu’il appartient au breveté, à titre de requérant, d’établir son droit à l’ordonnance demandée. Le paragraphe 43(2) [mod. par

provides that, “After the patent is issued, it shall, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the patentee”. Sharlow J.A. observed that because of that presumption of validity, the generic, as the party responding to the application for a prohibition order, has the burden of proof to displace the presumption.

[16] As to the standard of proof, at paragraph 9, she wrote:

The operation of the statutory presumption in the face of evidence of invalidity depends upon the strength of the evidence. If the evidence proves on a balance of probabilities that the patent is invalid, the presumption is rebutted and is no longer relevant. . . . [Emphasis added.]

Therefore, the standard of proof applicable to proving invalidity has been found to be proof on a balance of probabilities. The analysis and conclusion in *Bayer* disposes of Genpharm’s standard of proof argument. However, because the standard of proof issue was not dealt with extensively in *Bayer*, for completeness, I will go on to consider Genpharm’s other arguments.

Justified

[17] Contrary to Genpharm’s submission, the term “justified” does not connote a lower standard of proof than proof on a balance of probabilities. In a civil case, the presumption is that, in the absence of anything to the contrary, the term “justified” connotes the ordinary civil standard of proof. Such a presumption might be rebutted if the context in which the term is used so indicates. However, there are no other words in the Regulations that Genpharm has pointed to that suggest the standard is anything other than the ordinary civil standard.

[18] Nonetheless, Genpharm says that an ordinary civil action for patent infringement is always available to a patentee; that proceedings under the Regulations are based on written and not oral evidence; that there is no opportunity to conduct discovery; and no opportunity to

L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée, prévoit que «[u]ne fois délivré le brevet est, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté». La juge Sharlow, J.C.A. a signalé qu’à cause de cette présomption de validité, c’est au fabricant de produits génériques, en sa qualité de partie intimée à la requête pour ordonnance de prohibition, qu’il incombe de renverser la présomption.

[16] À propos de la norme de preuve, elle a écrit ceci au paragraphe 9:

L’application de la présomption légale en présence d’une preuve de l’invalidité dépend de la force de cette preuve. Si celle-ci démontre selon la probabilité la plus forte que le brevet est invalide, la présomption est réfutée et n’est plus pertinente [. . .]. [Non souligné dans l’original.]

Partant, il a été jugé que la norme de preuve applicable pour établir l’invalidité est celle de la prépondérance des probabilités. L’analyse et la conclusion de la Cour dans l’arrêt *Bayer* réfutent l’argument relatif à la norme de preuve. Par ailleurs, comme la question de la norme de preuve n’a pas été approfondie dans cet arrêt, j’examinerai, par souci d’exhaustivité, les autres arguments avancés par Genpharm.

Fondée

[17] Contrairement à la prétention de Genpharm, le terme «fondée» ne connote pas une norme de preuve moins exigeante que la preuve établie selon la prépondérance des probabilités. Dans une affaire civile, la présomption veut que, en l’absence de toute indication contraire, le terme «fondée» connote la norme de preuve ordinairement applicable en droit civil. Une telle présomption peut être renversée si le contexte dans lequel le terme est employé l’indique. Cependant, rien dans le Règlement que Genpharm a invoqué n’indique que la norme applicable diffère de celle ordinairement applicable en droit civil.

[18] Genpharm affirme néanmoins que le breveté peut toujours se prévaloir de l’action en contrefaçon qui est le recours ordinaire de droit civil; que le recours prévu au Règlement repose sur une preuve écrite et non orale; que l’interrogatoire préalable et la modification des actes de

amend pleadings or evidence as the case is developed. Therefore, a lower standard of proof is implied.

[19] I agree with Genpharm as to its characterization of the nature of the proceedings under the Regulations and that a patent infringement action remains available to a patentee. But these are not reasons why the term “justified” should be interpreted as requiring the generic only to meet the “genuine issue for trial” standard applicable to summary judgment.

[20] Summary judgment is a potential step in an action. Where on a motion for summary judgment it is found that there is a genuine issue for trial, summary judgment will be denied and the matter will proceed to trial. However, the scheme of the Regulations does not connect a prohibition application with an action for patent infringement. Nor does it contemplate a proceeding by way of action. See *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.), at page 337. The Regulations constitute a self-contained procedure. There is no indication in the Regulations that the burden of proof on a generic alleging patent invalidity in a prohibition application is reduced or is in any way affected by the availability of a patent infringement action to a patentee.

[21] The Governor in Council has determined that the decision under the Regulations is to be based on written and not oral evidence and without all the trappings of pre-trial procedures that apply to actions leading to a trial. I agree with P&G that the Regulations are a result of policy considerations by the Governor in Council involving the balancing of the interests of patentees and generics. They provide benefits and obligations for both patentees and generics. It is not for the Court to change that balance by adopting a “genuine issue for trial” standard of proof that is not supported by anything in the words and context of the Regulations.

procédure ou des témoignages en cours d’instance ne sont pas possibles. Partant, une norme de preuve moins exigeante est implicite.

[19] Je suis d’accord avec Genpharm quant à sa façon de qualifier la nature de l’instance prévue au Règlement et au fait que le breveté peut toujours intenter une action en contrefaçon. Mais ce ne sont pas là les motifs pour lesquels le terme «fondée» doit être interprété comme si les fabricants de médicaments génériques n’étaient tenus que de satisfaire à la norme de la «véritable question litigieuse» applicable en matière de jugement sommaire.

[20] Le jugement sommaire est une étape potentielle de l’action. Si, à l’issue d’une requête en jugement sommaire, la cour conclut à l’existence d’une véritable question litigieuse, elle refusera de prononcer le jugement sommaire et instruira l’affaire. Cependant, le régime établi par le Règlement ne fait aucun lien entre la demande de prohibition et l’action en contrefaçon, pas plus qu’il ne prévoit l’introduction d’une instance par voie d’action. Voir *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.), à la page 337. Le Règlement crée une procédure indépendante. Il ne comporte aucune indication selon laquelle la charge qui incombe au fabricant de médicaments génériques alléguant l’invalidité d’un brevet dans le cadre d’une demande de prohibition est réduite ou autrement modifiée par le recours en contrefaçon ouvert au breveté.

[21] Le gouverneur en conseil a établi que la décision prise en application du Règlement devait être fondée sur une preuve écrite, et non orale, et libérée de toutes les formalités applicables aux mesures préparatoires à l’instruction. Je conviens avec P&G que le Règlement tire son origine des considérations de politique du gouverneur en conseil, lesquelles supposent une pondération des droits des brevetés et des fabricants de médicaments génériques. Le Règlement confère des avantages et impose des obligations autant aux brevetés qu’aux fabricants de médicaments génériques. Il n’appartient donc pas à la Cour de modifier cet équilibre en adoptant la norme de preuve de la «véritable question litigieuse» que ni le libellé ni le contexte du Règlement ne justifient.

Purpose of the Regulations

[22] Genpharm argues that the purpose of the Regulations is not to prevent patent infringement. Rather, this should be left to a full-blown patent infringement action. This is another version of its lower standard of proof argument. Again, the weight of authority is against Genpharm.

[23] As far back as 1994, this Court observed that the “clear intention [of the Regulations] is to facilitate the protection of private commercial patent rights.” See *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at page 304. In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, Iacobucci J. stated, at paragraph 30:

The purpose of the Regulations is simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of NOCs until such time as their implementation would not result in such infringement.

In *Parke-Davis Division v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 2 F.C. 514, this Court, at paragraph 33, expressly followed Iacobucci J. in *Merck Frosst*.

[24] It is not necessary to go further. On this issue, Genpharm’s submission is simply out of step with the weight of authority of the Supreme Court of Canada and this Court.

The scope of patent infringement protection under the Regulations

[25] Genpharm acknowledges that subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2] of the *Patent Act* authorizes the Governor in Council to make regulations it “considers necessary for preventing the infringement of a patent”. However, it is said that this provision is not one of general application but is restricted because of the relationship between subsections 55.2(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] and 55.2(4).

[26] Subsection 55.2(1) and paragraphs 55.2(4)(a) and (e) provide:

Objet du Règlement

[22] Genpharm soutient que l’objet du Règlement n’est pas d’empêcher la contrefaçon. Ce serait plutôt le rôle de l’action en contrefaçon. Voilà une autre version de son argument favorable à une norme de preuve moins exigeante. De nouveau, la jurisprudence prépondérante contredit Genpharm.

[23] Déjà en 1994, notre Cour a fait remarquer que le Règlement «a visiblement pour objet de faciliter la protection des droits commerciaux privés en matière de brevets». Voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), à la page 304. Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, le juge Iacobucci a dit ceci, au paragraphe 30:

Le Règlement vise simplement à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l’ADC jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter.

Dans *Parke-Davis Division c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 2 C.F. 514, notre Cour a, au paragraphe 33, expressément adopté la décision du juge Iacobucci dans *Merck Frosst*.

[24] Il n’est pas nécessaire de poursuivre l’analyse. Sur cette question, la prétention de Genpharm est simplement en contradiction avec la jurisprudence prépondérante de la Cour suprême du Canada et de notre Cour.

L’étendue de la protection en matière de contrefaçon en vertu du Règlement

[25] Genpharm reconnaît que le paragraphe 55.2(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2] de la *Loi sur les brevets* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements «afin d’empêcher la contrefaçon d’un brevet d’invention». Or, on prétend que cette disposition n’est pas d’application générale, mais qu’elle est d’application limitée en raison du rapport qui existe entre les paragraphes 55.2(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] et 55.2(4).

[26] Le paragraphe 55.2(1) et les alinéas 55.2(4)a) et e) prévoient:

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

...

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

[27] Paragraph 55.2(4)(a) authorizes the Governor in Council to regulate the issuance of a notice (i.e. notice of compliance under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870) to a generic in respect of a product to which a patent may relate. Paragraph (e) authorizes regulations governing the circumstances in which the issuance of such a notice might result, directly or indirectly, in the infringement of a patent.

[28] Subsection 55.2(1) states that it is not an infringement of a patent for a person to take steps for the development and submission of information required for a notice of compliance from the Minister of Health. If the generic restricts its activities to the development and submission of such information, it will not infringe a patent. However, paragraph 55.2(4)(e) authorizes regulations to prohibit infringement of the patent if the generic oversteps what it is authorized to do under subsection 55.2(1). Issuance of a notice of compliance that would allow a generic to make, construct, use, or

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment:

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

[...]

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

[27] L'alinéa 55.2(4)a autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements relatifs à délivrance d'un avis (c.-à-d. de l'avis de conformité prévu par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870) à un fabricant de médicaments génériques à l'égard d'un produit sur lequel porte un brevet. L'alinéa e) autorise la prise de règlements sur toute mesure concernant la délivrance d'un tel avis, lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon du brevet.

[28] Selon le paragraphe 55.2(1), il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsqu'une personne prend des mesures nécessaires à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir le ministre de la Santé pour délivrer un avis de conformité. Si le fabricant de produits génériques limite ses activités à la préparation et à la production d'un tel dossier, il n'y aura pas contrefaçon de brevet. Cependant, l'alinéa 55.2(4)e autorise la prise de règlements pour empêcher la contrefaçon si le fabricant de produits génériques dépasse les limites permises par le paragraphe 55.2(1).

sell a patented invention in competition with a patentee during the lifetime of a valid patent is precisely what the Regulations are designed to prevent.

Reasonable belief

[29] In its factum, Genpharm submits that the test is whether the generic “has no basis for a reasonable belief that the patents are invalid.” This is yet another version of its lower standard of proof argument. Subsection 6(2) of the Regulations requires the Court to decide if one or more of the generic’s allegations of non-infringement are justified. The Court is to consider the allegations themselves, not what the reasonable belief of the generic might be. Genpharm’s argument finds no support in the words of the Regulations.

Conclusion on standard of proof

[30] I conclude that the standard of proof under subsection 6(2) of the Regulations is proof on a balance of probabilities and that Snider J. did not err in assessing the evidence before her on that standard.

OBVIOUSNESS

Genpharm’s submission

[31] Genpharm says that claims 25 to 30 of the ‘376 patent are obvious. In oral argument, Genpharm relied on the use of the word “including” in claim 17 of the ‘376 patent. Use of that word, Genpharm says, means that the invention of the ‘376 patent is covered by the prior art of Anderson and is therefore obvious. It is said that this is a matter of claim construction and therefore a question of law.

[32] Snider J. construed and summarized the relevant patent claims at paragraph 22 of her reasons:

La délivrance d’un avis de conformité qui permettrait à un fabricant de produits génériques de fabriquer, de construire, d’utiliser ou de vendre une invention brevetée en concurrence avec un breveté pendant la durée de vie d’un brevet valide est précisément ce que le Règlement est censé empêcher.

Motif raisonnable

[29] Dans son mémoire, Genpharm soutient que le critère applicable est celui qui consiste à se demander si le fabricant de produits génériques [TRADUCTION] «n’a aucun motif raisonnable de croire que les brevets sont invalides». Il s’agit, là encore, d’une autre version de son argument en faveur d’une norme de preuve moins exigeante. Le paragraphe 6(2) du Règlement oblige la Cour à décider si l’une ou plusieurs des allégations de contrefaçon du fabricant de produits génériques sont fondées. La Cour doit examiner les allégations telles quelles, et non pas se demander ce que le fabricant de produits génériques pourrait raisonnablement croire. L’argument de Genpharm n’est pas étayé par le libellé du Règlement.

Conclusion sur la norme de preuve

[30] Je conclus que la norme de preuve requise par le paragraphe 6(2) du Règlement est celle de la prépondérance des probabilités et que la juge Snider n’a pas commis d’erreur en appréciant la preuve dont elle était saisie en fonction de cette norme.

CARACTÈRE ÉVIDENT

Argument de Genpharm

[31] Genpharm affirme que les revendications 25 à 30 du brevet ‘376 sont évidentes. À l’audition, Genpharm a invoqué l’emploi du mot «*including*» dans la revendication 17 du brevet ‘376. Selon elle, l’emploi de ce mot signifie que l’invention visée par le brevet ‘376 est couverte par l’antériorité d’Anderson et qu’elle est, de ce fait, évidente. Elle prétend qu’il s’agit d’une question d’interprétation de la revendication et donc, d’une question de droit.

[32] Au paragraphe 22 de ses motifs, la juge Snider a interprété et ramené à ce qui suit les revendications pertinentes:

1. In respect of the “use” claims:

- a. Use of etidronate as a limited effective dose (“LED”) to treat osteoporosis;
- b. Intermittent administration in a regimen, which consists of two stages:
 - i) use of etidronate; and
 - ii) a rest period during which the patient takes a placebo or nutrient such as calcium.
- c. Use on a cyclical basis. [Emphasis added.]

Genpharm says that Snider J. erred in using the term “consists of” in her construction of the patent claims and that she should have used the word “includes”. Had she done so, she would have concluded that claims 25 to 30 were broad enough to include a bone cell activator as in the Anderson prior art.

Analysis

[33] The Court is to give patent claims a purposive construction. In *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, Binnie J. stated, at paragraph 49:

A patent must therefore be given such interpretation according to s. 12 of the *Interpretation Act* “as best ensures the attainment of its objects”. Intention is manifested in words, whose meaning should be respected, but words themselves occur in a context that generally provides clues to their interpretation and a safeguard against their misinterpretation.

...

Not only is “purposive construction” consistent with these well-established principles, it advances Dickson J.’s objective of an interpretation of the patent claims that “is reasonable and fair to both patentee and public”.

[34] There is nothing in the claims referring to a bone cell activator. The claims refer only to two steps, a treatment stage and a rest stage. The treatment stage refers only to the administration of etidronate.

1. Relativement aux revendications concernant l’«usage»:

- a. L’usage de l’etidronate à la plus faible dose efficace (DEL) pour le traitement de l’ostéoporose;
- b. Dans le cadre d’un régime thérapeutique, l’administration intermittente en deux phases:
 - i) l’usage de l’etidronate;
 - ii) une période de repos au cours de laquelle le patient prend un placebo ou un supplément tel que du calcium.
- c. L’usage sur une base cyclique. [Non souligné dans l’original.]

Genpharm affirme que la juge Snider a eu tort d’employer le terme «*consists of*» en interprétant les revendications et qu’elle aurait dû recourir au mot «*includes*». Si elle l’avait fait, elle aurait conclu que les revendications 25 à 30 étaient assez larges pour couvrir un activateur de cellules osseuses comme le prévoit l’antériorité d’Anderson.

Analyse

[33] La Cour doit donner aux revendications du brevet une interprétation téléologique. Dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, le juge Binnie a dit ceci, au paragraphe 49:

Il faut donc donner à un brevet une interprétation qui, selon l’art. 12 de la *Loi d’interprétation* «soit compatible avec la réalisation de son objet». L’intention est exprimée par des mots dont le sens doit être respecté, mais les mots eux-mêmes sont utilisés dans un contexte qui fournit généralement des indices quant à la façon de les interpréter ainsi qu’une protection contre leur mauvaise interprétation.

[...]

Non seulement l’«interprétation téléologique» est-elle compatible avec ces principes bien établis, mais elle favorise l’atteinte de l’objectif visé par le juge Dickson, à savoir une interprétation des revendications de brevet qui «soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public».

[34] Les revendications ne font aucunement allusion à l’emploi d’un activateur de cellules osseuses. Elles ne font état que de deux phases, une de traitement et une de repos. La phase de traitement ne concerne que l’administration de l’etidronate.

[35] Reading the word “including” in claim 17 in context leads to no other conclusion than that the word is used to refer to the inclusion of varying durations of treatment and rest respectively rather than envisaging the use of a bone activating compound as Genpharm submits.

[36] Snider J.’s interpretation of the claims is consistent with what is found in the patent disclosure. Consideration of the patent disclosure is appropriate to ascertain the nature of the invention and to assist in apprehending and construing the claim. In *Whirlpool*, at paragraph 52, Binnie J. stated:

In *Consolboard*, *supra*, as mentioned, Dickson J. considered that the whole of the specification (including the disclosure and the claims) should be looked at “to ascertain the nature of the invention” (p. 520). To the same effect is the statement of Taschereau J. in *Metalliflex Ltd. v. Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft*, [1961] S.C.R. 117, at p. 122:

The claims, of course, must be construed with reference to the entire specifications, and the latter may therefore be considered in order to assist in apprehending and construing a claim, but the patentee may not be allowed to expand his monopoly specifically expressed in the claims “by borrowing this or that gloss from other parts of the specifications”.

More recently, Hayhurst. . . cautioned that “[t]erms must be read in context, and it is therefore unsafe in many instances to conclude that a term is plain and unambiguous without a careful review of the specification”. In my view, it was perfectly permissible for the trial judge to look at the rest of the specification, including the drawing, to understand what was meant by the word “vane” in the claims, but not to enlarge or contract the scope of the claim as written and thus understood.

[37] The disclosure expressly distinguishes the claimed invention from the regimens that required administration of a bone cell activator such as that disclosed in Anderson. At page 13 of the ‘376 patent, it is stated:

By “rest period” as used herein is meant a period of time during which the patient is not given a bone resorption

[35] En interprétant le mot «*including*» de la revendication 17 dans son contexte, la seule conclusion possible est que ce mot s’entend de la modification des périodes de traitement et de repos respectivement plutôt que de la possibilité d’utiliser un composé d’activation de cellules osseuses comme le soutient Genpharm.

[36] L’interprétation que la juge Snider a donnée aux revendications est compatible avec la divulgation figurant dans la demande de brevet. Il convient d’examiner cette divulgation pour déterminer la nature de l’invention et pour faciliter la compréhension et l’interprétation de la revendication. Dans l’arrêt *Whirlpool*, au paragraphe 52, le juge Binnie a dit ceci:

Comme nous l’avons vu, le juge Dickson a estimé, dans l’arrêt *Consolboard*, précité, qu’il fallait considérer l’ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) «pour déterminer la nature de l’invention» (p. 520). L’énoncé du juge Taschereau, dans l’arrêt *Metalliflex Ltd. c. Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft*, [1961] R.C.S. 117, à la p. 122, va dans le même sens:

[TRADUCTION] On doit naturellement interpréter les revendications en se reportant à l’ensemble du mémoire descriptif, qui peut donc être consulté pour faciliter la compréhension et l’interprétation d’une revendication, mais on ne peut pas permettre que le breveté élargisse la portée de son monopole décrit expressément dans les revendications «en empruntant tel ou tel élément à d’autres parties du mémoire descriptif».

Plus récemment, Hayhurst [. . .] a prévenu que [TRADUCTION] «[l]es mots doivent être interprétés dans leur contexte, de sorte qu’il est risqué, dans bien des cas, de conclure que le sens d’un mot est clair et net sans avoir examiné attentivement le mémoire descriptif». J’estime que le juge de première instance pouvait parfaitement examiner le reste du mémoire descriptif, y compris le dessin, pour comprendre le sens du mot «*ailette*» utilisé dans les revendications, mais non pour élargir ou restreindre la portée de la revendication telle qu’elle était écrite et, ainsi, interprétée.

[37] La divulgation établit expressément une distinction entre l’invention revendiquée et les schémas posologiques qui requéraient l’administration d’un activateur de cellules osseuses comme celui divulgué dans Anderson. Voici ce qui est énoncé à la page 13 du brevet ‘376:

[TRADUCTION] La «*période de repos*», telle que l’expression est utilisée aux présentes, s’entend d’une période de temps durant

inhibiting polyphosphonate, nor is the patient subjected to a bone cell activating amount of a bone cell activating compound or other conditions which would result in significant activation or inhibition of new bone remodeling units. . . It is this fact which further distinguishes the present invention from other regimens of the art (see, e.g. . .and Anderson et al., *Calcified Tissue International*, 36, 341-343 (1983). . . . [Emphasis added.]

[38] Genpharm submits that Anderson's protocol, like the '376 patent, does not require the use of a bone activating compound. A close reading of Anderson indicates that this is not the case. Anderson's protocol was known as the "coherence theory" and involved the administration of multiple substances, specifically, phosphate sandoz (a bone activating compound), didronal (etidronate) and dietary calcium.

[39] Snider J. found that, in the mid-1980s when Anderson was published, the above substances were, according to the coherence theory, only considered as working together. She further found that the substances had never been examined separately to assess their efficacy in treating osteoporosis individually.

[40] Because the coherence theory tested all three elements together, it is apparent that the bone activating compound was an integral component of the theory. Without it, Anderson's protocol simply does not exist as published. Therefore, I cannot accept that a bone activating compound is not an essential or key element in Anderson.

[41] Snider J. did not err in interpreting the relevant claims as consisting of only two stages and excluding a bone cell activator, as described in Anderson. Anderson does not render the '376 patent obvious.

Chesnut

[42] Genpharm submits that the Chesnut prior art would have made the claimed invention obvious. Snider

laquelle le patient ne reçoit aucun polyphosphonate inhibant la résorption osseuse ni aucune dose d'un composé d'activation de cellules osseuses et n'est soumis à aucun autre traitement qui entraînerait une activation ou une inhibition importante de nouvelles unités de remodelage osseux. C'est ce fait qui distingue davantage la présente invention des autres régimes thérapeutiques prévus dans l'antériorité (voir p. ex. [. . .] et Anderson et al., *Calcified Tissue International*, 36, 341-343 (1983) [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[38] Genpharm fait valoir que le protocole d'Anderson, à l'instar du brevet '376, ne fait pas appel à un composé d'activation osseuse. Une lecture attentive d'Anderson révèle que ce n'est pas le cas. Le protocole d'Anderson, connu sous le nom de «théorie de la cohérence», requérait l'administration de multiples substances, en particulier de phosphate-sandoz (un composé d'activation osseuse), de didronal (étidronate) et de calcium alimentaire.

[39] Selon la juge Snider, lorsque Anderson a publié son étude au milieu des années 80, on estimait, conformément à la théorie de la cohérence, que les substances susmentionnées n'étaient efficaces qu'ensemble. Elle a en outre conclu que jamais les substances n'avaient été testées séparément en vue d'évaluer leur efficacité individuelle dans le traitement de l'ostéoporose.

[40] Comme la théorie de la cohérence est fondée sur une étude portant sur l'ensemble des trois éléments, il est évident que le composé d'activation osseuse en fait partie intégrante. Sans lui, le protocole d'Anderson n'existe tout simplement pas tel qu'il a été publié. Je ne peux donc admettre qu'un activateur de cellules osseuses ne soit pas un élément essentiel de Anderson.

[41] La juge Snider n'a pas commis d'erreur en interprétant les revendications en cause comme ne comportant que deux phases et comme excluant le recours à un activateur de cellules osseuses, ainsi que le prévoit l'étude d'Anderson. Anderson ne rend pas évident le brevet '376.

Chesnut

[42] Genpharm soutient que l'antériorité de Chesnut aurait rendu évidente l'invention visée par la demande.

J. dealt with evidence relating to Chesnut in detail. She found that Chesnut's regimen did not utilize etidronate but rather clodronate. She concluded that dosages of etidronate could not be extrapolated from dosages of clodronate and therefore Chesnut's prior art would not have made the claimed invention obvious. There is no indication here of any palpable or overriding error in Snider J.'s assessment of the evidence and her conclusion based on it.

ARE OBVIOUSNESS AND SOUND PREDICTION THE SAME?

[43] Genpharm's argument is that, as a result of the decisions of the Supreme Court in *Whirlpool* and *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, the Supreme Court altered the traditional test for obviousness such that it is no longer as difficult to meet as had traditionally been thought. In oral argument it was submitted that obviousness and sound prediction are one and the same.

[44] Genpharm's submissions are again unsupported by any authority. The long-standing "difficult test to satisfy" for obviousness is that expressed by Hugessen J.A. (as he then was) in *Beloit Can. Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), at page 294:

The test for obviousness is not to ask what competent inventors did or would have done to solve the problem. Inventors are by definition inventive. The classical touchstone for obviousness is the technician skilled in the art but having no scintilla of inventiveness or imagination; a paragon of deduction and dexterity, wholly devoid of intuition; a triumph of the left hemisphere over the right. The question to be asked is whether this mythical creature (the man in the Clapham omnibus of patent law) would, in the light of the state of the art and of common general knowledge as at the claimed date of invention, have come directly and without difficulty to the solution taught by the patent. It is a very difficult test to satisfy.

[45] Genpharm says *Whirlpool* changed the *Beloit* test. I do not agree. *Whirlpool* only reiterated what was

La juge Snider a étudié en détail la preuve se rapportant à Chesnut. Selon elle, le régime préconisé par Chesnut n'utilisait pas l'étidronate, mais plutôt le clodronate. Elle a conclu qu'il n'était pas possible d'extrapoler les doses d'étidronate à partir des doses de clodronate et que l'antériorité de Chesnut n'aurait donc pas rendu évidente l'invention visée par la demande. En l'espèce, rien ne permet de croire que la juge Snider a commis une erreur manifeste ou évidente dans son appréciation de la preuve et dans sa conclusion.

LE CARACTÈRE ÉVIDENT ET LA PRÉDICTION VALABLE NE FONT-ILS QU'UN?

[43] Genpharm prétend que, par suite des décisions qu'elles a rendues dans *Whirlpool* et *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, la Cour suprême a modifié le critère traditionnel applicable au caractère évident de façon telle qu'il est devenu plus facile à satisfaire que ce qui avait traditionnellement été envisagé. À l'audience, on a soutenu que le caractère évident et la prédiction valable ne font qu'un.

[44] Là encore, les observations de Genpharm ne sont pas étayées par la doctrine ou la jurisprudence. Le «critère» traditionnel «auquel il est difficile de satisfaire» pour établir le caractère évident est celui formulé par le juge Hugessen, J.C.A. (tel était alors son titre) dans *Beloit Can. Ltée c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), à la page 294:

Pour établir si une invention est évidente, il ne s'agit pas de se demander ce que des inventeurs compétents ont ou auraient fait pour solutionner le problème. Un inventeur est par définition inventif. La pierre de touche classique de l'évidence de l'invention est le technicien versé dans son art mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination; un paragon de déduction et de dextérité complètement dépourvu d'intuition; un triomphe de l'hémisphère gauche sur le droit. Il s'agit de se demander si, compte tenu de l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment où l'invention aurait été faite, cette créature mythique (monsieur tout-le-monde du domaine des brevets) serait directement et facilement arrivée à la solution que préconise le brevet. C'est un critère auquel il est très difficile de satisfaire.

[45] Genpharm affirme que l'arrêt *Whirlpool* a modifié le critère établi dans *Beloit*. Je ne suis pas

already stated in *Beloit*. In *Whirlpool*, Binnie J., stated at paragraph 74:

While the hypothetical “ordinary worker” is deemed to be uninventive as part of his fictional personality, he or she is thought to be reasonably diligent in keeping up with advances in the field to which the patent relates. The “common knowledge” of skilled workers undergoes continuous evolution and growth.

The definition of obviousness in *Beloit* contains the same assumption as in *Whirlpool*, that the ordinary worker will keep up with advances in the field; “the technician. . . would, in the light of the state of the art and of common general knowledge as at the claimed date”. I see nothing in *Whirlpool* that would make the test for obviousness less difficult to satisfy than that expressed in *Beloit*.

[46] In *Apotex v. Wellcome*, the doctrine of sound prediction was extensively reviewed by Binnie J. At paragraph 56, he explains that where the invention is a new use for an old product, the utility required for patentability must, as of the priority date, either be demonstrated or be a sound prediction based on the information and expertise then available. At paragraph 61, Binnie J. refers to *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, in which the Supreme Court dealt with a patent that included claims to numerous chemical compounds to inhibit premature vulcanization of rubber, but only three of which had actually been prepared and tested before the date the application was filed. The Supreme Court applied the doctrine of sound prediction on the basis that the “architecture of chemical compounds” was no longer a mystery but was, within limits, soundly predictable.

[47] As counsel for P&G has pointed out, sound prediction and obviousness are considerations with different perspectives. Sound prediction is relied upon by an inventor to justify patent claims whose utility is not

d'accord. L'arrêt *Whirlpool* n'a fait que réitérer ce qui avait déjà été énoncé dans *Beloit*. Dans l'arrêt *Whirlpool*, le juge Binnie a dit ceci au paragraphe 74:

Même s'il n'est pas considéré comme une personne à l'esprit inventif, le «travailleur moyen» hypothétique est tenu pour raisonnablement diligent lorsqu'il s'agit de tenir à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le domaine dont relève le brevet. Les «connaissances usuelles» des travailleurs versés dans un art évoluent et augmentent constamment.

Dans *Beloit*, la définition de l'évidence repose sur la même présomption que dans l'arrêt *Whirlpool*, à savoir que le travailleur moyen tiendra à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le domaine: «la personne versée dans l'art [. . .] serait, compte tenu de l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment de l'invention». Je ne vois rien dans l'arrêt *Whirlpool* qui rendrait le critère de l'évidence moins difficile à satisfaire que celui formulé dans *Beloit*.

[46] Dans l'arrêt *Apotex c. Wellcome*, la doctrine de la prédiction valable a été analysée en profondeur par le juge Binnie. Au paragraphe 56, ce dernier explique que lorsque l'invention consiste en une nouvelle utilisation d'un produit déjà connu, l'utilité requise pour qu'il y ait brevetabilité doit, dès la date de priorité, être démontrée ou encore constituer une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Au paragraphe 61, le juge Binnie renvoie à l'arrêt *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, dans lequel la Cour suprême était saisie d'un brevet comportant des revendications relatives à de nombreux composés chimiques censés inhiber la vulcanisation prématurée du caoutchouc, mais où seulement trois des composés revendiqués avaient réellement été préparés et testés avant la date du dépôt de la demande. La Cour suprême a appliqué la doctrine de la prédiction valable parce que «l'architecture des composés chimiques» n'était plus un mystère, mais qu'elle pouvait, jusqu'à un certain point, faire l'objet d'une prédiction valable.

[47] Comme l'a souligné l'avocat de P&G, la prédiction valable et le caractère évident sont des facteurs fondés sur des perspectives différentes. La prédiction valable est invoquée par l'inventeur qui

actually demonstrated but can be soundly predicted from information and expertise that is available. Obviousness is relied upon by a potential competitor of the patentee, who argues that what is claimed in a patent is something that a skilled technician keeping up with the state of the art and common general knowledge would be able to come to directly and without difficulty in the absence of the solution taught by the patent. These are different concepts and they are not to be conflated. The doctrine of sound prediction has no application to the doctrine of obviousness.

CONCLUSION

[48] Snider J. was correct in her construction of the relevant patent claims and in her analysis of the obviousness test. She made no palpable or overriding error in finding that the claims in question were not obvious.

[49] The appeal should be dismissed with costs.

NOËL J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

cherche à justifier les revendications d'un brevet dont l'utilité n'a pas réellement été démontrée mais peut constituer une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Le caractère évident est invoqué par un éventuel concurrent du breveté qui allègue que l'objet du brevet est une chose à laquelle un technicien versé dans l'art, se tenant à jour avec l'état de la technique et les connaissances générales courantes, serait capable d'arriver directement et facilement, sans la solution préconisée par le breveté. Ce sont des concepts différents qui ne doivent pas être confondus. La doctrine de la prédiction valable n'est pas applicable à la doctrine de l'évidence.

CONCLUSION

[48] L'interprétation que la juge Snider a donnée aux revendications de brevet en cause et son analyse du critère de l'évidence étaient bien-fondées. Elle n'a commis aucune erreur évidente et manifeste en concluant que les revendications en cause n'étaient pas évidentes.

[49] Il y aurait lieu de rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-211-04
2004 FCA 358

A-211-04
2004 CAF 358

Apotex Inc. (Appellant) (Plaintiff)

Apotex Inc. (appelante) (demanderesse)

v.

c.

Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Respondents) (Defendants)

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (intimées) (défenderesses)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. ELI LILLY AND CO. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. ELI LILLY AND CO. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Sexton and Evans
J.J.A.—Toronto, October 4; Ottawa, October 27, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 4 octobre; Ottawa, 27 octobre 2004.

Patents — Appeal from Motion Judge's finding extent of Eli Lilly and Company's (Lilly U.S.) control over Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) irrelevant to determining whether Lilly U.S. "first person" for purpose of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8 — "First person" person who files for, has been issued, notice of compliance — Apotex commencing action against Lilly U.S., Lilly Canada for damages/profits under Regulations, s. 8 — Lilly U.S. bringing motion for summary judgment on basis not "first person" — Motions Judge erred — No authority advanced for proposition common law concepts (e.g. agency) never relevant to interpretation of legislation — Possible Lilly U.S.' degree of control over Lilly Canada sufficient to make it "first person" — In light of Interpretation Act presumption singular includes plural, possible both Lilly U.S., Lilly Canada "first person" — Legal question (whether parent company "first person") sufficiently difficult to require trial — Appeal allowed.

Brevets — Appel de la décision de la juge des requêtes portant que l'étendue du contrôle exercé par Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) sur Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) n'est pas pertinente aux fins de décider si Lilly U.S. est la «première personne» pour l'application de l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — La «première personne» est celle qui dépose une demande d'avis de conformité ou qui a obtenu un tel avis — Apotex a intenté contre Lilly U.S. et Lilly Canada une action en recouvrement de dommages-intérêts et/ou de profits sous le régime de l'art. 8 du Règlement — Lilly U.S. a présenté une requête en jugement sommaire au motif qu'elle n'est pas la «première personne» — La juge des requêtes a commis une erreur — Aucune jurisprudence n'était la proposition selon laquelle les concepts de common law (par ex. celui du mandat) ne sont jamais pertinents pour l'interprétation de la législation — Il est possible que Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada dans une mesure suffisante pour faire d'elle la «première personne» — Comme la Loi d'interprétation dispose que le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité, il est possible que Lilly U.S. et Lilly Canada soient toutes deux «la première personne» — La question de droit (de savoir si la société mère peut être considérée comme la «première personne») est assez difficile pour exiger un procès — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of a Motions Judge that the extent of control exercised by Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) over Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) in respect of applications by Lilly Canada for regulatory approval to market drugs in Canada, and the associated litigation, was irrelevant to determining whether Lilly U.S. was a "first person" for the purpose of section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. This was so because the action brought by Apotex Inc. (Apotex) was based on legislation, rather than on the common law.

Il s'agit de l'appel de la décision de la juge des requêtes portant que l'étendue du contrôle exercé par Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) sur Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) relativement aux demandes, présentées par cette dernière, d'approbation réglementaire de la commercialisation de drogues au Canada et aux litiges connexes n'était pas pertinente aux fins de décider si Lilly U.S. était la «première personne» pour l'application de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Il en allait ainsi parce que l'action d'Apotex Inc. (Apotex) était fondée sur la législation plutôt que sur la common law.

In February 2001, Apotex commenced an action against Lilly U.S. and Lilly Canada for damages and/or profits under section 8 of the Regulations. Section 8 provides that when an application for prohibition (made under section 6 of the Regulations) is withdrawn, dismissed, or reversed on appeal, “the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period.” The claim was based on the delay in the Minister’s issuing a notice of compliance (NOC) to Apotex for its formulation of nizatidine as a result of the statutory stay imposed when Lilly Canada instituted its ultimately unsuccessful application for prohibition. Lilly U.S. brought a motion for summary judgment on the basis that it was not a “first person” for the purpose of section 8. It is in the context of that motion that the decision under appeal was rendered.

A “first person” is defined in the Regulations as “[a] person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine.” The question was whether Lilly U.S. could be said to have submitted the patent list to the Minister, even though the list was submitted by Lilly Canada.

Held, the appeal should be allowed.

The very broad proposition that common law concepts, such as agency, are never relevant to the interpretation of legislation was not supported by authority. In the case at bar, it may emerge on discovery that the degree of control exercised by Lilly U.S. over Lilly Canada was such as to make Lilly U.S. a “first person”. If so, actions taken in the name of Lilly Canada, including the submission of a patent list, might be regarded as actions taken by both Lilly Canada and Lilly U.S., and in light of the *Interpretation Act* presumption that “[w]ords in the singular include the plural”, the fact that section 8 speaks of a “first person” does not preclude the possibility that both Lilly U.S. and Lilly Canada could be found to be a “first person” in this context. Thus the Motions Judge erred when she said that whether Lilly U.S. controlled Lilly Canada was irrelevant. Whether, for the purpose of section 8, a “first person” includes the corporation who directed the submission of the patent in the name of its subsidiary is a sufficiently difficult legal question to require a trial.

En février 2001, Apotex a intenté contre Lilly U.S. et Lilly Canada une action en recouvrement de dommages-intérêts et/ou de profits sous le régime de l’article 8 du Règlement. L’article 8 dispose que si la demande d’interdiction (présentée aux termes de l’article 6 du Règlement) est retirée, rejetée ou annulée lors d’un appel, «la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période». Cette action était fondée sur le retard avec lequel le ministre avait délivré à Apotex un avis de conformité à l’égard de sa formulation de nizatidine par suite d’un sursis d’origine législative que Lilly Canada avait provoqué en demandant l’ordonnance d’interdiction qui avait en fin de compte été annulée. Lilly U.S. a présenté une requête en jugement sommaire au motif qu’elle n’était pas la «première personne» pour l’application de l’article 8. C’est dans le contexte de cette requête que la décision frappée d’appel a été rendue.

Selon la définition prévue au Règlement, la «première personne» est «[l]a personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis». La question était de savoir si l’on peut dire que Lilly U.S. a soumis au ministre la liste de brevets, même si cette liste a été soumise par Lilly Canada.

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

La proposition très générale selon laquelle les concepts de common law, par exemple celui du mandat, ne sont jamais pertinents pour l’interprétation de la législation n’était étayée d’aucune jurisprudence. En l’espèce, la communication préalable pourrait révéler que Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada dans une mesure suffisante pour faire de Lilly U.S. la «première personne». Si tel était le cas, les mesures nominalement prises par Lilly Canada, y compris la présentation au ministre d’une liste de brevets, pourraient être considérées comme des mesures prises à la fois par Lilly Canada et Lilly U.S., et comme la *Loi d’interprétation* dispose que «[l]e pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité», le fait que l’article 8 parle de «la» première personne n’exclut pas la possibilité que Lilly U.S. et Lilly Canada soient déclarées être toutes deux «la première personne» dans ce contexte. La juge des requêtes a donc commis une erreur en concluant que le point de savoir si Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada n’était pas pertinent. Le point de savoir si, pour l’application de l’article 8, peut être considérée comme la «première personne» la société qui a ordonné la présentation au ministre de la liste des brevets soumise nominalement par sa filiale est une question de droit assez difficile pour exiger un procès.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations,
SOR/93-133, ss. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 5 (as
am. *idem*, s. 4; SOR/99-379, s. 2), 6(1) (as am. by
SOR/98-166, s. 5), (4), 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; 227 N.R. 201.

REFERRED TO:

Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto, [1944] S.C.R. 267; [1944] 3 D.L.R. 609; [1944] C.T.C. 155.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 32 C.P.R. (4th) 97; 251 F.T.R. 1) wherein the Motions Judge found that the extent of control exercised by Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) over Eli Lilly Canada Inc. was irrelevant to determining whether Lilly U.S. was a "first person" for the purpose of section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Andrew R. Brodtkin and *David E. Lederman* for appellant.
Anthony George Creber and *Patrick S. Smith* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for appellant.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] EVANS J.A.: This appeal concerns the latest of numerous motions brought to obtain rulings on various

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 33(2).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; DORS/99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5), (4), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE:

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; 227 N.R. 201.

DÉCISION CITÉE:

Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto, [1944] R.C.S. 267; [1944] 3 D.L.R. 609; [1944] C.T.C. 155.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2004), 32 C.P.R. (4th) 97; 251 F.T.R. 1) par laquelle la juge des requêtes a conclu que l'étendue du contrôle exercé par Eli Lilly and Company (Lilly U.S.) sur Eli Lilly Canada Inc. n'était pas pertinente aux fins de décider si Lilly U.S. était la «première personne» pour l'application de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Andrew R. Brodtkin et *David E. Lederman* pour l'appelante.
Anthony George Creber et *Patrick S. Smith* pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A.: Le présent appel concerne la dernière de nombreuses requêtes formées afin

legal issues arising from section 8 [as am. by SOR/98-166, s. 8] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations). The decision under appeal, *Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, (2004), 32 C.P.R. (4th) 97 (F.C.) is significant because it is the first in which a judge has granted a motion to determine the meaning of any aspect of section 8.

[2] The background to this litigation can be described briefly. In 1993, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) listed patents on the patent register respecting its nizatidine products in accordance with section 4 [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations. In the same year, Apotex applied to the Minister of Health and Welfare for a notice of compliance (NOC) for its formulation of nizatidine, and filed a notice of allegation (NOA) under section 5 [as am. *idem*, s. 4; SOR/99-379, s. 2] saying that its product did not infringe any of the patents listed on the register submitted by Lilly Canada. In the arcane language of the Regulations, Lilly Canada, as the “innovator” company that had submitted a patent list, is a “first person” and Apotex, the “generic” manufacturer, is the “second person”.

[3] In response to Apotex’ NOA, Lilly Canada applied to the Federal Court, Trial Division (as the Federal Court then was) for an order of prohibition under subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the Regulations to restrain the Minister from issuing an NOC to Apotex until Lilly U.S.’s patents for nizatidine expired. Eli Lilly and Company (Lilly U.S.), Lilly Canada’s sole shareholder, was joined as a party to the application as the holder of the patent for nizatidine, as required by subsection 6(4) of the Regulations. The application for prohibition automatically stayed the issue of an NOC.

[4] An order of prohibition was granted. However, an appeal to the Supreme Court of Canada was successful and Lilly Canada’s application for prohibition was dismissed: *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 129. Meanwhile,

d’obtenir des décisions sur diverses questions juridiques découlant de l’article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 8] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). La décision dont on fait appel, *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.* (2004), 32 C.P.R. (4th) 97 (C.F.), est importante en ce sens qu’elle est la première par laquelle un juge ait accueilli une requête visant la détermination du sens d’un quelconque aspect de l’article 8.

[2] Exposons d’abord brièvement la genèse du présent litige. En 1993, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly Canada) a fait inscrire au registre une liste de brevets à l’égard de ses produits de nizatidine sous le régime de l’article 4 [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement. La même année, Apotex a déposé auprès du ministre de la Santé et du Bien-être une demande d’avis de conformité (AC) pour sa formulation de nizatidine et a présenté sous le régime de l’article 5 [mod., *idem*, art. 4; DORS/99-379, art. 2] un avis d’allégation (AA) comme quoi son produit ne contrefaisait aucun des brevets que Lilly Canada avait fait inscrire au registre. Dans le langage ésotérique du Règlement, Lilly Canada, en tant que société «innovatrice» ayant soumis au ministre une liste de brevets, est dite la «première personne», et Apotex, le fabricant «générique», est la «seconde personne».

[3] En réponse à l’AA d’Apotex, Lilly Canada a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale (comme était alors désignée la Cour fédérale) une ordonnance interdisant au ministre, sous le régime du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du Règlement, de délivrer un AC avant l’expiration des brevets de Lilly U.S. relatifs à la nizatidine. Eli Lilly and Company (Lilly U.S.), actionnaire unique de Lilly Canada, a été jointe comme partie à la demande à titre de propriétaire du brevet relatif à la nizatidine, conformément au paragraphe 6(4) du Règlement. La demande en ordonnance d’interdiction a automatiquement suspendu la procédure de délivrance d’un AC.

[4] L’ordonnance d’interdiction demandée a été rendue, mais pour être ensuite annulée à l’issue d’un pourvoi devant la Cour suprême du Canada: *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 129. Dans l’intervalle, soit le 30 avril

on April 30, 1997, the Minister had issued an NOC to Apotex for its nizatidine formulation.

[5] In February 2001, Apotex commenced an action against Lilly U.S. and Lilly Canada for damages and/or profits under section 8. The claim was based on the delay in the Minister's issuing an NOC to Apotex for its nizatidine as a result of the statutory stay imposed when Lilly Canada instituted its ultimately unsuccessful application for prohibition. This is the action that underlies the present motion.

[6] Section 8 of the Regulations provides as follows:

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

(a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(b) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

(2) A second person may, by action against a first person, apply to the court for an order requiring the first person to compensate the second person for the loss referred to in subsection (1).

...

(4) The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any loss referred to in subsection (1).

(5) In assessing the amount of compensation the court shall take into account all matters that it considers relevant to the assessment of the amount, including any conduct of the first or second person which contributed to delay the disposition of the application under subsection 6(1).

1997, le ministre avait délivré un AC à Apotex à l'égard de sa formulation de nizatidine.

[5] En février 2001, Apotex a intenté contre Lilly U.S. et Lilly Canada une action en recouvrement de dommages-intérêts et/ou de profits sous le régime de l'article 8. Cette action était fondée sur le retard avec lequel le ministre avait délivré à Apotex un AC à l'égard de sa nizatidine par suite du sursis d'origine législative que Lilly Canada avait provoqué en demandant l'ordonnance d'interdiction qui avait en fin de compte été annulée. C'est cette action qui sert de base à la présente requête.

[6] L'article 8 du Règlement dispose ce qui suit:

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période:

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;

b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

(2) La seconde personne peut, par voie d'action contre la première personne, demander au tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à cette dernière de lui verser une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1).

[...]

(4) Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte visée au paragraphe (1).

(5) Pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder, le tribunal tient compte des facteurs qu'il juge pertinents à cette fin, y compris, le cas échéant, la conduite de la première personne ou de la seconde personne qui a contribué à retarder le règlement de la demande visée au paragraphe 6(1).

[7] The basis of Lilly U.S.'s motion for summary judgment is that it was not properly joined as a defendant to Apotex' claim because it is not a "first person" for the purpose of section 8 of the Regulations. Lilly U.S. says that Apotex' claim is based on section 8 and that, since Lilly Canada had listed the patents pursuant to section 4, Lilly Canada is the "first person", not Lilly U.S.

[8] The Regulations define "first person" as follows:

2. In these Regulations,

...

"first person" means the person referred to in subsection 4(1);

...

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

[9] The question in dispute, therefore, is whether Lilly U.S. can be said to have submitted the patent list to the Minister pursuant to subsection 4(1), even though the list was submitted in the name of Lilly Canada. In its pleadings, Apotex asserts that Lilly Canada is a wholly owned subsidiary of Lilly U.S. and continues:

Lilly U.S. exercises complete control over the operations of Lilly Canada including:

(a) whether and when Lilly Canada will apply for and obtain a Notice of Compliance ("NOC") in respect of a particular drug product and, if so, what the contents of the New Drug Submission ("NDS") should comprise;

(b) whether and when Lilly Canada will be permitted to list Lilly U.S. patents on a patent list submitted to the Minister by Lilly Canada in respect of an NOC;

[7] Lilly U.S. fonde sa requête en jugement sommaire sur la thèse qu'elle n'a pas été jointe à bon droit comme défenderesse à la demande d'Apotex au motif qu'elle n'est pas la «première personne» pour l'application de l'article 8 du Règlement. Lilly U.S. fait valoir que la demande d'Apotex est fondée sur l'article 8 et que ce n'est pas elle, mais Lilly Canada, qui est la «première personne», puisque c'est Lilly Canada qui a soumis la liste de brevets au ministre sous le régime de l'article 4.

[8] Le Règlement définit comme suit l'expression «première personne»:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

[. . .]

«première personne» La personne visée au paragraphe 4(1).

[. . .]

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

[9] La question en litige est donc de savoir si l'on peut dire que Lilly U.S. a soumis au ministre la liste de brevets sous le régime du paragraphe 4(1), même si cette liste a été soumise nominalement par Lilly Canada. Dans ses conclusions écrites, Apotex, après avoir fait valoir que Lilly Canada est une filiale en propriété exclusive de Lilly U.S., formule les observations suivantes:

[TRADUCTION]

Lilly U.S. contrôle intégralement l'exploitation de Lilly Canada; elle décide notamment:

a) si et quand Lilly Canada demandera et obtiendra un avis de conformité (AC) à l'égard d'une drogue donnée et, le cas échéant, quel sera le contenu de la présentation de drogue nouvelle (PDN);

b) si et quand Lilly Canada sera autorisée à inscrire des brevets de Lilly U.S. sur une liste de brevets qu'elle soumettra au ministre à l'égard d'un AC;

(c) whether, upon receipt of a Notice of Allegation, Lilly Canada will seek a prohibition order pursuant to the *Patent Regulations*;

(d) how such a proceeding will be prosecuted including whether, at any point, it will be discontinued or otherwise abandoned; and

(e) how Lilly Canada will market and sell its drug products, and in particular, whether and how “pseudo-generic” products should be launched.

These assertions are not contradicted in the statement of defence.

[10] In exercising her discretion to determine on a motion for summary judgment whether Lilly U.S. is a “first person”, the Motions Judge held (at paragraph 67) that the extent of the control exercised by Lilly U.S. over Lilly Canada in respect of applications by Lilly Canada for regulatory approval to market drugs in Canada, and the associated litigation, was irrelevant to determining whether Lilly U.S. was a “first person”. In her view, this was because Apotex’ action was based on legislation (section 8 of the Regulations), rather than on the common law.

[11] That common law concepts, such as agency, for example, are never relevant to the interpretation of legislation is a very broad proposition, for which no supporting authority was advanced. Indeed, it is clear from the cases relied upon by Apotex that, in some circumstances at least, whether a wholly owned subsidiary has acted, in effect, as the agent of its shareholder corporation may be relevant in determining the liability of the parent under a taxing statute: see, in particular, *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1944] S.C.R. 267, at pages 271-272.

[12] In my opinion, the assertions of complete corporate control in Apotex’ pleadings go beyond asserting the kind of relationship between Lilly U.S. and Lilly Canada that inevitably exists between a corporation

c) si, au reçu d’un avis d’allégation, Lilly Canada demandera une ordonnance d’interdiction sous le régime du *Règlement sur les brevets*;

d) la manière dont cette procédure sera conduite, y compris le point de savoir si, à tel ou tel moment, elle fera l’objet d’un désistement ou sera autrement abandonnée;

e) la manière dont Lilly Canada commercialisera et vendra ses drogues et, en particulier, s’il y a lieu de lancer des produits «pseudo-génériques» et la manière dont ils seront lancés.

Ces affirmations ne sont pas contredites dans la défense.

[10] Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider, dans le cadre d’une requête en jugement sommaire, si Lilly U.S. est la «première personne», la juge des requêtes a conclu (au paragraphe 67) que l’étendue du contrôle exercé par Lilly U.S. sur Lilly Canada relativement aux demandes, présentées par cette dernière, d’approbation réglementaire de la commercialisation de drogues au Canada et aux litiges connexes n’était pas pertinente aux fins de décider si Lilly U.S. était la «première personne». Selon elle, il en allait ainsi parce que l’action d’Apotex était fondée sur la législation (l’article 8 du Règlement) plutôt que sur la common law.

[11] L’idée que les concepts de la common law, par exemple celui du mandat, ne sont jamais pertinents pour l’interprétation de la législation est une proposition très générale, que la juge n’a étayée d’aucune jurisprudence. En fait, il ressort à l’évidence de la jurisprudence invoquée par Apotex que, dans certains cas du moins, le point de savoir si une filiale en propriété exclusive a agi dans les faits comme mandataire de sa société mère peut se révéler pertinent aux fins d’établir la responsabilité de cette dernière sous le régime d’une loi fiscale; voir en particulier *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1944] R.C.S. 267, aux pages 271 et 272.

[12] À mon avis, les faits qu’invoque Apotex dans ses conclusions écrites pour illustrer le contrôle intégral qu’exerce Lilly U.S. sur Lilly Canada témoignent d’une relation plus étroite que celle qui existe inévitablement

and its sole shareholder. It might emerge on discovery that the degree of control exercised by Lilly U.S. over Lilly Canada was such as to make Lilly U.S. a “first person”.

[13] If this were so, actions taken in the name of Lilly Canada, including the submission of a patent list with respect to nizatidine, might be regarded as actions taken by both Lilly Canada and Lilly U.S. Thus, Lilly U.S. might be a “first person”, and therefore a proper defendant to Apotex’ claim under section 8, a question that involves issues of law and fact that cannot be determined without a trial. Further, since the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 33(2), presumes that “[w]ords in the singular include the plural”, the fact that section 8 speaks of a “first person” does not necessarily preclude the possibility that both Lilly U.S. and Lilly Canada could be found to be a “first person” in this context.

[14] In my respectful opinion, therefore, the Motions Judge erred in law in the exercise of her discretion when she said that whether Lilly U.S. controlled Lilly Canada as alleged in Apotex’ pleadings could not be relevant to whether Lilly U.S. was a “first person” because of the statutory nature of Apotex’ cause of action. Whether, for the purpose of section 8, a “first person” includes the corporation who directed the submission of the patent list in the name of its subsidiary is a sufficiently difficult legal question to require a trial.

[15] Its resolution may depend, for example, on whether the “profits” recoverable under section 8 are the profits from the drug in question made by the “first person” during the period of the delay or the profits not made during that period by the “second person” from its version of the drug. If the intent of section 8 is to enable the “second person” to elect to recover the “first person’s” profits, rather than merely its own lost profits, that might support an interpretation of “first person”

entre une société et son actionnaire unique. La communication préalable pourrait révéler que Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada dans une mesure suffisante pour faire de Lilly U.S. la «première personne».

[13] Si tel était le cas, les mesures nominalement prises par Lilly Canada, y compris la présentation au ministre d’une liste de brevets relatifs à la nizatidine, pourraient être considérées comme des mesures prises à la fois par Lilly Canada et Lilly U.S. Ainsi, Lilly U.S. pourrait être la «première personne» et donc être considérée à bon droit comme défenderesse dans l’action intentée par Apotex sous le régime de l’article 8, ce point comportant des questions de droit et de fait qui ne peuvent être tranchées sans un procès. Qui plus est, comme le paragraphe 33(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 dispose que «[l]e pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité», le fait que l’article 8 parle de «la» première personne n’exclut pas nécessairement la possibilité que Lilly U.S. et Lilly Canada soient déclarées être toutes deux «la première personne» dans ce contexte.

[14] Il me paraît donc, soit dit en toute déférence, que la juge des requêtes a commis une erreur de droit dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en concluant que le point de savoir si Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada aussi étroitement qu’Apotex l’affirme dans ses conclusions écrites n’était pas pertinent aux fins d’établir si Lilly U.S. était la «première personne», au motif du fondement législatif de la cause d’action d’Apotex. Le point de savoir si, pour l’application de l’article 8, peut être considérée comme la «première personne» la société qui a ordonné la présentation au ministre de la liste de brevets soumise nominalement par sa filiale est une question de droit assez difficile pour exiger un procès.

[15] La réponse à cette question peut dépendre, par exemple, du point de savoir si les «profits» qui peuvent être recouverts en vertu de l’article 8 sont les profits tirés de la drogue en question par la «première personne» pendant le sursis à la délivrance d’un AC ou bien les profits que la «seconde personne» n’a pas tirés de sa version de la drogue durant cette période. Si l’objet de l’article 8 est d’autoriser la «seconde personne» à choisir le recouvrement des profits de la «première personne»

which includes the corporation that controlled all relevant actions of the corporation in whose name the application for an NOC was made, the patent list was submitted and an NOC was issued. Otherwise, the second person may be unable to recover the innovator's profits and, if the statutory purpose is to enable the recovery of the profits of the directing mind of the person whose name appears on the documents listed in subsection 4(1), that statutory purpose will have been thwarted. This is because it is conceivable that intercorporate arrangements may have ensured that profits from the sale of the drug in Canada show up on the books of the parent company, not its Canadian subsidiary.

[16] However, as I have already said, these and the other difficult questions involving the interpretation of section 8 can only be satisfactorily resolved in the context of a trial. Moreover, if notions of agency or control are relevant to determining whether Lilly U.S. was a "first person" for the purpose of section 8, findings of fact will be required that can only properly be made in the context of a trial in order to determine whether Lilly U.S. exercised the degree of control over Lilly Canada as to make it a "first person".

[17] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order below, and dismiss Lilly U.S.'s motion for summary judgment, with costs in this Court and in the Federal Court.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

plutôt que simplement celui de son propre manque à gagner, pourrait s'en trouver étayée l'interprétation de l'expression «première personne» qui l'appliquerait à la société qui contrôlait toute l'activité pertinente de la société qui a nominalement présenté la demande d'AC, soumis au ministre la liste de brevets et fait l'objet de la délivrance de l'AC. Dans le cas contraire, la seconde personne pourrait se voir dans l'incapacité de recouvrer les profits de l'entreprise innovatrice et, si l'intention du législateur est d'autoriser le recouvrement des profits de l'entreprise ayant dirigé l'activité de la personne dont le nom apparaît sur les documents énumérés au paragraphe 4(1), cette intention s'en trouverait contrariée. La raison en est que les deux sociétés en question pourraient avoir pris des arrangements propres à faire en sorte que les profits tirés de la vente de la drogue au Canada fussent inscrits dans les livres de la société mère et non de sa filiale canadienne.

[16] Cependant, comme je l'ai déjà dit, ces questions et les autres, non moins difficiles, qui concernent l'interprétation de l'article 8 ne peuvent être réglées de manière satisfaisante que par un procès. De plus, en admettant que les concepts de mandat ou de contrôle soient pertinents aux fins d'établir si Lilly U.S. était la «première personne» pour l'application de l'article 8, il faudra, pour décider si Lilly U.S. contrôlait Lilly Canada dans une mesure suffisante pour être déclarée la «première personne», des conclusions de fait qui ne peuvent être correctement établies que dans le cadre d'un procès.

[17] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance rendue en première instance et je rejetterais la requête en jugement sommaire formée par Lilly U.S., avec dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-603-03
2004 FCA 421

A-603-03
2004 CAF 421

Adil Charkaoui (*Appellant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: CHARKAOUI (RE) (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Létourneau J.J.A.—Ottawa, November 8 and December 10, 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision dismissing application to have Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 33, 77 to 85 declared unconstitutional — Appellant suspected member of terrorist organization — Arrested, detained under IRPA, s. 82 — Respondent Ministers referring security certificate to Federal Court, attesting appellant inadmissible on security grounds under IRPA, ss. 33, 34, 77 — Ministers asking designated judge to determine whether certificate reasonable — Permanent resident status revocable on grounds of inadmissibility under IRPA, ss. 33 to 46 — “Reasonable grounds” standard requiring more than suspicions, subjective belief on part of person relying on them — Must be real, serious possibility injurious facts alluded to in ss. 34 to 37 would occur — Detention of permanent resident awaiting determination of reasonableness of security certificate not unjustified measure where proof of danger to national security.

Federal Court Jurisdiction — Whether designated Judge has jurisdiction to examine constitutional questions raised in judicial examination under IRPA, ss. 76 to 85 — Case law under former Immigration Act reviewed — IRPA, ss. 3(3)(d), 78(c) not altering jurisdiction of designated judge, not attributive of new jurisdiction — “Designated judge” not second-rank judge invested with fewer powers than non-designated judge — General expertise as judge enhanced, not diminished, by specialization as designated judge — Parliament intending Court, at highest level, would hear, determine questions related to national security — Decision on constitutional validity of IRPA related to jurisdiction of Court, not reasonableness of certificate — Separate, divisible judicial act, therefore appealable — Court also having

Adil Charkaoui (*appellant*)

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: CHARKAOUI (RE) (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Décary et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 8 novembre et 10 décembre 2004.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande d'inconstitutionnalité des art. 33 et 77 à 85 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — L'appellant est soupçonné d'être membre d'une organisation terroriste — Il a été arrêté et détenu en vertu de l'art. 82 de la LIPR — Les ministres intimés ont déposé un certificat de sécurité à la Cour fédérale, attestant que l'appellant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité en vertu des art. 33, 34 et 77 de la LIPR — Les ministres ont demandé au juge désigné de trancher le caractère raisonnable du certificat — Le statut de résident permanent est révocable pour raisons d'interdiction de territoire en vertu des art. 33 à 46 de la LIPR — La norme des «motifs raisonnables» requiert plus que des soupçons et plus qu'une croyance subjective de la part de celui qui les invoque — Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse que les faits préjudiciables prévus aux art. 34 à 37 se produisent — La détention d'un résident permanent en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas une mesure injustifiée lorsqu'il y a preuve d'un danger pour la sécurité nationale.

Compétence de la Cour fédérale — Question de savoir si le juge désigné a compétence pour examiner les questions constitutionnelles soulevées dans un examen judiciaire en vertu des art. 76 à 85 de la LIPR — La jurisprudence rendue sous l'ancienne Loi sur l'immigration a été examinée — Les art. 3(3)(d) et 78(c) ne modifient pas la compétence du juge désigné et n'attribuent aucune compétence nouvelle — Le «juge désigné» n'est pas un juge de second rang investi de moins de pouvoirs qu'un juge non désigné — L'expertise générale en tant que juge est rehaussée plutôt que diminuée par la spécialisation en tant que juge désigné — Le Parlement a voulu que ce soit la Cour, à son plus haut niveau hiérarchique, qui soit saisie de questions reliées à la sécurité nationale — Une décision concernant la constitutionnalité de

jurisdiction to hear constitutional challenges of statutory provisions in context of judicial review proceeding — Designated Judge had jurisdiction to determine constitutional questions put before him, did not commit reviewable error by doing so in context of motion.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appellant arguing IRPA, ss. 77, 78 contravene rights under Charter with respect to fair trial before independent, impartial tribunal — Cumulative impact of many factors considered — Procedure by which designated judge reviews reasonableness of security certificate not contravening Charter, s. 7 — Individual right to liberty, security of person can only be exercised within institutional framework, social order that commands respect, respected — Notions of “reasonable grounds”, “danger to the security of Canada” not vague, overly broad — Provisions relating to preventive detention of appellant while awaiting determination on reasonableness of security certificate meeting requirements of Charter, Canadian Bill of Rights.

Judges and Courts — Jurisdiction of designated Judge, appropriate procedure under IRPA, ss. 76 to 85 — Under former Immigration Act, delegated judge assigned two specific mandates: to examine reasonableness of certificate, to order release — IRPA, s. 80 giving designated judge third mandate: to determine whether Minister's decision on application for protection, filed under s. 112(1), “lawfully” made — Limiting judge's role to verifying reasonableness of security certificate not new — Process of judicial review of decisions by government, federal agencies limited to verifying legality of decisions, not compromising independence, impartiality of court — Designated judge having pro-active role in ensuring fairness — Designated judge, not Ministers, determining need to withhold information from party named in certificate — Thus, role of judiciary as interpreter of law, defender of Constitution, unchanged — Judicial independence from government influence, other sources, including public opinion, constitutional right of every individual in Canada — Strict duty on counsel to advance all information in its possession, both favourable, unfavourable.

la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat — Il s'agit d'un acte judiciaire distinct et divisible et donc susceptible d'appel — La Cour a compétence, aussi, pour entendre les contestations constitutionnelles de dispositions législatives dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire — Le juge désigné avait compétence pour trancher les questions constitutionnelles qui lui étaient soumises et il n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en le faisant dans le cadre d'une requête.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appelant a fait valoir que les art. 77 et 78 de la LIPR portaient atteinte aux droits garantis par la Charte quant au droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial — L'impact cumulatif de nombreux facteurs a été considéré — La procédure par laquelle un juge désigné examine le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — Le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre institutionnel ou d'un ordre social qui commande le respect et que l'on respecte — Les notions de « motifs raisonnables » et de « danger pour la sécurité du Canada » ne sont pas des notions imprécises et de portée excessive — Les dispositions relatives à la détention préventive de l'appelant, en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité, rencontrent les exigences de la Charte et de la Déclaration canadienne des droits.

Juges et tribunaux — La compétence du juge désigné et la procédure appropriée en vertu des art. 76 à 85 de la LIPR — Sous l'ancienne Loi sur l'immigration, le juge délégué se voyait confier deux mandats spécifiques: celui d'examiner le caractère raisonnable de l'attestation et celui d'ordonner la mise en liberté — L'art. 80 de la LIPR confie au juge désigné un troisième mandat, celui de décider de la « légalité » de la décision du ministre relativement à la demande de protection qui aurait été déposée en vertu de l'art. 112(1) — Le fait de limiter le rôle du juge à la vérification du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas nouveau — Le processus de révision judiciaire des décisions gouvernementales ou de celles des organismes fédéraux qui se limite à une vérification de la légalité de ces décisions ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité du tribunal — Le juge désigné joue un rôle pro-actif pour assurer l'équité — Il revient au juge désigné et non pas aux ministres de trancher quant à la nécessité de ne pas divulguer des renseignements à la personne visée par le certificat — Par conséquent, le rôle de la magistrature comme interprète du droit et défenseur de la Constitution demeure inchangé — L'indépendance judiciaire de l'influence du gouvernement ainsi que de l'influence d'autres sources, notamment l'opinion publique, est un droit constitutionnel de toute personne au Canada — L'avocat a l'obligation stricte de fournir tous les renseignements qui sont en sa possession, favorables et défavorables.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application to have sections 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) declared unconstitutional. The appellant, a permanent resident of Canada since 1995, was arrested and detained in May 2003, pursuant to a security certificate referred to the Federal Court in accordance with section 77 of that Act. The security certificate, signed by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada, attested that the appellant was inadmissible on security grounds within the meaning of sections 33, 34 and 77 of the IRPA. They had reasonable grounds to believe that the appellant is a member of the terrorist organization of Usama bin Laden and that he was engaged in terrorist activities. By referring a security certificate to the Federal Court, the respondents asked a designated judge to hold a hearing to determine whether the certificate was reasonable. The designated Judge concluded that the request that he hold a hearing *ex parte* and *in camera* was justified by reason of national security. As required by paragraphs 78(g) and (h) of the IRPA, he provided the appellant with some information, the disclosure of which would not be injurious to national security or to the safety of any person. The appellant was given the opportunity to call witnesses and file affidavit evidence. Because of the possibility of fluctuations in national security matters and the discovery of new information, the designated Judge adopted a policy of ongoing disclosure of evidence and information to the appellant. The two main issues were: (1) whether the designated Judge had jurisdiction to examine constitutional questions raised in the context of a judicial examination under sections 76 to 85 of the IRPA; and (2) whether sections 77 and 78 of the IRPA contravene the rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) with respect to a fair trial before an independent and impartial tribunal when, for example, the designated judge must determine the “reasonableness” of the security certificate issued by the ministers and not the merits of the case.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Décarý and Létourneau J.J.A.: (1) As to the first issue, the case law under the former *Immigration Act* established that the designated judge did not have jurisdiction to decide constitutional questions in the context of examining the reasonableness of the certificate, but that he had such jurisdiction in examining the reasons for detention. The situation has evolved under the IRPA. The designated Judge in this case rightly noted that in the absence of any express attribution of jurisdiction, the Court may, because of the function it performs and the structure, powers and processes conferred on it by Parliament, have implicitly been given jurisdiction to grant the Charter relief that is sought. He

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale qui a rejeté une demande d’inconstitutionnalité des articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). L’appelant, un résident permanent du Canada depuis 1995, a été mis sous arrêt et en détention en mai 2003, suite à un certificat de sécurité déposé à la Cour fédérale selon l’article 77 de cette même loi. Le certificat de sécurité signé par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ainsi que par le solliciteur général du Canada attestait que l’appelant était interdit de territoire pour des raisons de sécurité au sens des articles 33, 34 et 77 de la LIPR. Ils avaient des motifs raisonnables de croire que l’appelant était membre de l’organisation terroriste d’Oussama ben Laden et qu’il se livrait à des activités terroristes. Par dépôt du certificat de sécurité à la Cour fédérale, les intimés ont demandé à un juge désigné de tenir une audience afin de décider du caractère raisonnable du certificat. Le juge désigné a conclu que la demande dont il était saisi de tenir une audience en l’absence de l’autre partie (*ex parte*) et en privé (*in camera*) était justifiée par des questions de sécurité nationale. Tel que requis par les alinéas 78g) et h) de la LIPR, il a transmis à l’appelant des renseignements dont la divulgation ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. L’appelant a eu l’occasion de faire entendre des témoins et de déposer des preuves par affidavit. En raison des fluctuations possibles en matière de sécurité nationale et de la découverte de nouveaux renseignements, le juge désigné a adopté une politique de communication continue de la preuve et des renseignements à l’appelant. Les deux principales questions en litiges étaient de savoir 1) si le juge désigné avait compétence pour examiner les questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d’un examen judiciaire prévu aux articles 76 à 85 de la LIPR et 2) si les articles 77 et 78 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) quant au droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, notamment par le fait que le juge désigné doit trancher le «caractère raisonnable» du certificat de sécurité émis par les ministres et non le fond de l’affaire.

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

Les juges Décarý et Létourneau, J.C.A.: 1) En ce qui a trait à la première question, la jurisprudence rendue sous l’ancienne *Loi sur l’immigration* a établi que le juge désigné n’avait pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles dans le cadre de l’examen du caractère raisonnable du certificat (alors dit attestation), mais qu’il avait cette compétence dans le cadre du contrôle des motifs de la détention. La situation a évolué dans le cadre de la LIPR. Le juge désigné en l’espèce a rappelé à juste titre qu’à défaut d’attribution expresse de compétence, le législateur peut, par la fonction du tribunal judiciaire en cause et par la structure, les pouvoirs et les mécanismes dont l’a doté le Parlement, avoir implicitement

concluded that the IRPA implicitly gave the designated judge the jurisdiction that was not assigned to him by the former Act. In reaching this conclusion, he relied primarily on paragraph 3(3)(d) of the IRPA, which provides that “This Act is to be construed and applied in a manner that . . . ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*”, and the English text of paragraph 78(c) of the IRPA, which states that the judge “shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit”. But these provisions do not alter the jurisdiction of the designated judge for the purposes herein. Paragraph 3(3)(d) is a routine provision and is not attributive of any new jurisdiction. The English text of paragraph 78(c) does not confer any new jurisdiction, either. It simply means that the designated judge hears the matter, which includes the ancillary questions of proof and procedure, informally and expeditiously, and confirms that section 78 is addressed to procedure and not jurisdiction.

The concept of “designated judge” has been distorted by the case law. Parliament's intention was not to make the “designated judge” a second-rank judge invested with fewer powers than a non-designated judge, but to ensure the presence of judges who are sufficiently informed to hear matters pertaining to national security. It is an added value, for a judge of the Federal Court, to be a designated judge, and his general expertise as a judge is enhanced, not diminished, by his specialization as a designated judge. Moreover, the expression “designated judge” is misleading in that it disguises the fact that the judge is a representative of the Chief Justice and that it is the Court, not the judge, that renders the decision. Parliament intended, therefore, that it would be the Court, at its highest level moreover, that would hear and determine questions related to national security. Since the Supreme Court of Canada recognized the right of appeal in a revocation of citizenship context in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, the Federal Court of Appeal has recognized the right of appeal from other types of decisions made in the context of a reference. If it is agreed that the designated judge may, in the exercise of the powers conferred by sections 80 and 83 of the IRPA, make some decisions that are subject to appeal, there should be no further question as to his jurisdiction to make them. A decision on the constitutional validity of the IRPA has to do with the jurisdiction of the Court, not the reasonableness of the certificate. It constitutes a separate and divisible judicial act and is consequently appealable. As to legislative changes, the delegated judge was assigned two specific mandates under the former Act: to examine the reasonableness of the certificate and to order, in the circumstances described in subsection 40.1(9), the release. Section 80 of the IRPA gives the designated judge a third

conféré la compétence d'accorder le redressement recherché en vertu de la Charte. Il a conclu que la LIPR reconnaît implicitement au juge désigné la compétence que ne lui reconnaissait pas l'ancienne Loi. Il s'est principalement appuyé, pour en arriver à cette conclusion, sur l'alinéa 3(3)(d) de la LIPR, qui prévoit que «l'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [. . .] d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*», ainsi que sur le texte anglais de l'alinéa 78c) de la LIPR qui prescrit que le juge «*shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit*». Mais ces dispositions ne modifient pas la compétence du juge désigné pour les fins des présentes. L'alinéa 3(3)(d) est une clause de style et n'attribue aucune compétence nouvelle. Le texte anglais de l'alinéa 78c) ne confère lui non plus aucune compétence nouvelle. Il signifie tout simplement que le juge désigné entend l'affaire, ce qui comprend les questions ancillaires de preuve et de procédure, sans formalisme et de façon expéditive, et il confirme que l'article 78 vise la procédure et non la compétence.

Le concept de «juge désigné» a été déformé par la jurisprudence. Le but recherché par le législateur n'était pas de faire du «juge désigné» un juge de second rang investi de moins de pouvoirs qu'un juge non désigné, mais d'assurer la présence de juges suffisamment avertis pour entendre les affaires relatives à la sécurité nationale. C'est une valeur ajoutée, pour un juge de la Cour fédérale, que d'être un juge désigné et son expertise générale en tant que juge est rehaussée plutôt que diminuée par sa spécialisation en tant que juge désigné. D'ailleurs, l'expression «juge désigné» est trompeuse dans la mesure où elle masque le fait que c'est d'un représentant du juge en chef dont il s'agit et que c'est la Cour, et non le juge, qui rend la décision. Le Parlement a ainsi voulu que ce soit la Cour, à son plus haut niveau hiérarchique par surcroît, qui soit saisie de questions reliées à la sécurité nationale. Depuis que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, a reconnu le droit d'en appeler dans le cadre d'une révocation de citoyenneté, la Cour d'appel fédérale a reconnu le droit d'en appeler d'autres types de décisions rendues dans le cadre d'un renvoi. Si l'on accepte que le juge désigné puisse, dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 80 et 83 de la LIPR, rendre des décisions susceptibles d'appel, sa compétence de les rendre ne devrait plus être remise en question. Une décision portant sur la constitutionnalité de la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat. Elle constitue un acte judiciaire distinct et divisible et elle est, en conséquence, susceptible d'appel. En ce qui a trait aux changements législatifs, sous l'ancienne Loi, le juge délégué se voyait confier deux mandats spécifiques: celui d'examiner le caractère raisonnable de l'attestation et celui d'ordonner, dans les

mandate: to determine whether the Minister's decision, on an application for protection filed under subsection 112(1), is "lawfully" made. If lawfulness is the issue, it is a question of law, which includes constitutional questions. If a designated judge now has explicit jurisdiction to decide constitutional questions in the exercise of one of the three mandates conferred on him by the IRPA, it is not unreasonable to think that Parliament, by implication, intended that he also have this jurisdiction in the exercise of the other two.

As to whether the designated judge may decide constitutional questions by way of a motion instead of by way of an action or an application for judicial review, it was noted that the review of the reasons for detention is conducted in the general context of the application for judicial review of the reasonableness of the certificate that the Ministers must refer to the Federal Court under subsection 77(1). It is the Ministers, therefore, and not the permanent resident, who bring the matter before the Court. This is a *sui generis* proceeding. Therefore it is governed by the rules applicable to actions: rule 169 of the *Federal Court Rules, 1998*. The Court also has jurisdiction to hear constitutional challenges of statutory provisions in the context of a judicial review proceeding. It would be contrary to the interests of justice to force litigants to undertake parallel proceedings based on a single decision. In challenging his detention, the appellant was simply pleading in his defence that some provisions of the IRPA are unconstitutional. Logically, this defence ought to be arguable by a motion within the framework of the original proceeding without the need to initiate a parallel proceeding or to open a new file. This motion is an independent and distinct proceeding that, by its nature and effects, escapes the rules of procedure established for the original proceeding and for the presentation of ordinary motions. In some ways, it is a mini-trial within a trial which can, as in this case, take the form of an ordinary motion. The designated Judge had jurisdiction to determine the constitutional questions that were put before him and he did not commit any reviewable error by doing so in the context of a motion.

(2) The appellant invoked the cumulative effect of a number of factors which would deprive him of the the right to a fair and equitable hearing by an impartial and independent tribunal.

First, the appellant said that the decision that led to his inadmissibility was taken by the executive and not by a judge. There is nothing unlawful, still less abnormal, in a decision of

circonstances décrites au paragraphe 40.1(9), la mise en liberté. L'article 80 de la LIPR confie au juge désigné un troisième mandat, celui de décider de la «légalité» de la décision du ministre relativement à la demande de protection qui aurait été déposée en vertu de l'article 112(1). Qui dit *légalité* dit questions de droit, notamment les questions constitutionnelles. Si un juge désigné a maintenant, de manière expresse, compétence pour trancher des questions constitutionnelles dans l'exercice d'un des trois mandats que lui confère la LIPR, il n'est pas déraisonnable de penser que le législateur a implicitement voulu qu'il ait également cette compétence dans l'exercice des deux autres.

Quant à la question de savoir si le juge désigné peut trancher des questions constitutionnelles par voie de requête plutôt que par voie d'action ou de demande de contrôle judiciaire, on a fait remarquer que le contrôle des motifs de la détention se fait dans le contexte général de la demande d'examen judiciaire du caractère raisonnable du certificat que les ministres ont l'obligation de déposer en Cour fédérale aux termes du paragraphe 77(1). La Cour est donc saisie de l'affaire non pas par la personne intéressée, mais par les ministres. Il s'agit d'une procédure *sui generis*. Par conséquent, elle est régie par les règles applicables aux actions: règle 169 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La Cour a compétence, aussi, pour entendre les contestations constitutionnelles de dispositions législatives dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire. Ce serait aller à l'encontre de la justice que de forcer des justiciables à entreprendre des procédures parallèles découlant d'une seule décision. En contestant sa détention, l'appelant ne faisait que se défendre en plaidant que des dispositions de la LIPR sont inconstitutionnelles. Cette défense, en toute logique, devrait pouvoir être plaidée par requête dans le cadre de la procédure originale, sans qu'il soit nécessaire d'instituer une procédure parallèle ni d'ouvrir un nouveau dossier. Cette requête est une procédure autonome et distincte qui échappe, de par sa nature et ses effets, aux règles de procédure établies pour la procédure originale ainsi que pour la présentation de simples requêtes. C'est, en quelque sorte, un mini-procès à l'intérieur d'un procès, lequel peut prendre, comme en l'espèce, la forme d'une simple requête. Le juge désigné avait compétence pour trancher les questions constitutionnelles qui lui étaient soumises et il n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en le faisant dans le cadre d'une requête.

2) L'appelant a invoqué l'effet cumulatif d'un certain nombre de facteurs, lesquels le priveraient du droit à une audience juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

Premièrement, l'appelant a affirmé que la décision qui a conduit à son interdiction de territoire a été prise par le pouvoir exécutif et non par un juge. Il n'y a rien d'illégal, encore moins

public interest being taken by a minister of the government who is responsible for enforcing the statute under which that decision was made. As legislators or as members of the executive, it is the elected parliamentarians, representatives of the population, who are vested with the power to manage and administer the public interest and security. The independence of the judiciary has not been violated by Parliament empowering the Ministers to make a decision regarding the admissibility of a permanent resident on grounds of security and by its subjecting this decision to review by a designated judge. This complaint of the appellant was without merit, unfounded and consequently of no effect.

Second, it was said that the judge's role is improperly and unjustly limited to verifying the reasonableness of the security certificate when he should be assessing its merits. There is nothing novel or exceptional in Parliament's approach: the entire process of judicial review of decisions by government or federal agencies is limited to verifying the legality of these decisions, that is, verifying their compliance with the law. Where a decision is not in compliance, the matter must be sent back for redetermination, this time in compliance with the dictates of the law. This process does not compromise the independence and impartiality of the court or tribunal. In discussing the burden and standard of proof applicable to the exercise of the inadmissibility, arrest and continued detention powers, the designated Judge was saying that the evidence need not establish with certainty, or beyond a reasonable doubt, the existence of the facts that were put before him. Paragraph 78(j) of the IRPA gives the designated judge the power to receive evidence and consequently, the power to assess its truthfulness, reliability and credibility. That is what, in this case, the designated Judge understood about the duties assigned to him; it is what he clearly stated and described and it is precisely the exercise in which he engaged. The unconstitutionality alleged by the appellant in this regard had no factual basis or legal foundation.

The appellant also argued that the decision of the designated judge was made on the basis of secret evidence to which he did not have access, that he did not obtain a summary of the information that was not disclosed to him, and that there was no means for him to test the validity and credibility of this information and thus to refute it. These three factors, which were discussed together, raised the question: does the special process established by Parliament to determine whether the executive's denial of access to Canada of a permanent resident, his arrest and detention are justified, comply with the principles of fundamental justice? While some evidence that is not disclosed to the appellant may be used by the designated judge in making his decision, generally, the evidence will be

d'anormal, à ce qu'une décision d'intérêt public soit prise par un ministre du gouvernement, chargé de l'application de la loi en vertu de laquelle cette décision a été prise. À titre de législateurs ou de membres de l'exécutif, ce sont les parlementaires élus, représentants de la population, qui sont investis du pouvoir de gérer et d'administrer l'intérêt et la sécurité publiques. Le fait que le législateur attribue aux ministres la compétence de prendre une décision concernant l'interdiction de territoire d'un résident permanent pour raison de sécurité et qu'il assujettisse cette décision au contrôle d'un juge désigné ne brime pas l'indépendance du judiciaire. Cette doléance de l'appellant était sans mérite, sans fondement et, par conséquent, sans impact.

Deuxièmement, on a affirmé que le rôle du juge se limite indûment et injustement à la vérification du caractère raisonnable du certificat de sécurité alors qu'il devrait en apprécier le bien-fondé. Cette approche du législateur n'est pas nouvelle et n'affiche rien de dérogatoire: tout le processus de révision judiciaire des décisions gouvernementales ou de celles des organismes fédéraux se limite à une vérification de la légalité de ces décisions, c'est-à-dire à une vérification de leur conformité avec la loi. Si la décision n'a pas été prise en conformité avec la loi, elle doit être retournée pour qu'une nouvelle décision soit prise qui, cette fois, se conformera aux prescriptions impératives de la loi. Ce processus ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité du tribunal. En discutant du fardeau et de la norme de preuve applicables à l'exercice des pouvoirs d'interdiction de territoire, d'arrestation et de maintien en détention, le juge désigné indiquait que la preuve n'avait pas à établir avec certitude, ou hors de tout doute raisonnable, l'existence des faits qui lui avaient été soumis. L'alinéa 78j) de la LIPR confère au juge désigné le pouvoir de recevoir et d'admettre des preuves et, en conséquence, d'en apprécier la véracité, la fiabilité et la crédibilité. C'est ce qu'en l'espèce le juge désigné a compris de la fonction qui lui était assignée, c'est ce qu'il a dit et décrit clairement et c'est précisément l'exercice auquel il s'est livré. L'inconstitutionnalité alléguée par l'appellant à ce titre n'avait ni assise factuelle, ni fondement juridique.

L'appellant a également fait valoir que la décision du juge désigné avait été prise à partir de preuves secrètes auxquelles il n'avait pas eu accès, qu'il n'avait pas obtenu de résumé de l'information qui ne lui avait pas été dévoilée et qu'il n'existait aucun moyen pour lui de tester la validité et la crédibilité de cette information et, donc, de la réfuter. Ces trois facteurs, qui ont été traités ensemble, ont suscité l'interrogation: le processus dérogatoire, mis en place par le Parlement pour déterminer si sont justifiées l'interdiction de territoire d'un résident permanent par le pouvoir exécutif, son arrestation et sa détention, respecte-t-il les principes de justice fondamentale? Bien que certains éléments de preuve non communiqués à l'appellant puissent contribuer à la prise de

comprised of various elements most of which will have been disclosed or given to the person covered by the security certificate, either in whole or in the form of a summary that will allow him to gain reasonable knowledge of the content, nature and scope of the evidence. Throughout the process, the designated judge plays a pro-active role in the interest of ensuring fairness. In the exercise of this role, the judge has the power to order that documents be turned over, obliterating only those passages that, for example, might reveal the identity of a source or compromise its security or endanger national security. While it is harder for the appellant to test the validity and credibility of the information that is not disclosed to him, the fact is that he is assisted in this task by the designated Judge who has the heavy responsibility of maintaining a balance between the parties and accordingly, respect for the principles of fundamental justice. In *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court of Appeal held that as long as the availability of judicial review provides the appellant with an opportunity to have a Federal Court judge decide the propriety of keeping the information confidential, the IRPA procedure must also be found to be in accordance with the principles of fundamental justice. In the present case, the appellant had that opportunity since the request for review of the protected information was brought before a judge of the Federal Court following the referral of the security certificate in accordance with section 77 of the IRPA. He contended that the decisions in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (upholding the constitutional validity of *Immigration Act*, section 40.1) and *Sogi* do not apply to the facts in the instant case because he is a permanent resident while, in those two decisions, it was aliens requesting refugee status. The answer to this argument was twofold. First, permanent resident status is revocable on grounds of inadmissibility under sections 33 to 46 of the IRPA. A permanent resident has no absolute right to remain in Canada and this status, by itself, cannot allow him access to information that might compromise national security. Second, the right of access to information that could be harmful to national security by a person who, on reasonable grounds, is believed to have engaged, be engaging or intending to engage in terrorist activities does not depend on that person's legal status. To accept the appellant's position that national security cannot justify any derogations from the rules governing adversarial proceedings would be reading into the Constitution of Canada an abandonment by the community as a whole of its right to survival in the name of a blind absolutism of the individual rights enshrined in that Constitution. The individual right to liberty and the security of the person can only be exercised within an institutional framework or social order that commands respect and is respected. The appellant's arguments based on those factors did not have a cumulative impact that would enable the Court to conclude that the process established by Parliament is constitutionally invalid.

décision par le juge désigné, généralement, la preuve sera constituée de divers éléments qui, pour la plupart auront été communiqués ou remis à la personne visée par le certificat de sécurité, soit intégralement, soit sous forme de résumé lui permettant ainsi d'en connaître suffisamment la teneur, la nature et la portée. Durant tout le processus, le juge désigné joue un rôle pro-actif destiné à en assurer l'équité. Dans l'exercice de ce rôle, le juge a le pouvoir d'ordonner que des documents soient remis en n'y oblitérant que les passages qui, par exemple, peuvent révéler l'identité d'une source et en compromettre la sécurité ou mettre en péril la sécurité nationale. Bien qu'il soit plus difficile pour l'appellant de tester la validité et la crédibilité de l'information qui ne lui est pas dévoilée, le fait est qu'il est assisté dans cette tâche par le juge désigné à qui incombe la lourde responsabilité de maintenir l'équilibre entre les parties et, partant, le respect des principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a décidé que tant et aussi longtemps que le contrôle judiciaire permet à l'appellant de demander à un juge de la Cour fédérale de décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé, le processus de la LIPR devra lui aussi être jugé conforme aux principes de justice fondamentale. Dans le cas présent, l'appellant a eu cette opportunité puisque la demande d'examen des renseignements à protéger a été portée devant un juge de la Cour fédérale par suite du dépôt du certificat de sécurité conformément à l'article 77 de la LIPR. Il a prétendu que les décisions dans les affaires *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (qui a confirmé la validité constitutionnelle de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*) et *Sogi* n'ont pas d'application aux faits de la présente cause parce qu'il est un résident permanent alors que, dans ces deux décisions, il s'agissait d'étrangers demandant un statut de réfugié. La réponse à cet argument était double. Premièrement, le statut de résident permanent est révoquant pour raisons d'interdiction de territoire tel que prévu aux articles 33 à 46 de la LIPR. Un résident permanent n'a pas de droit absolu de demeurer au Canada et ce statut, à lui seul, ne saurait lui permettre d'accéder à des informations pouvant compromettre la sécurité nationale. Deuxièmement, le droit d'accès à une information pouvant porter atteinte à la sécurité nationale, par une personne que l'on croit, pour des motifs raisonnables, s'être livrée, se livrer ou vouloir se livrer à des activités terroristes ne dépend pas du statut juridique de cette personne. Accepter la position de l'appellant que la sécurité nationale ne saurait justifier de dérogations aux règles du débat contradictoire, c'est voir dans la Constitution canadienne un abandon par la collectivité de son droit à la survie au nom d'un absolutisme aveugle des droits individuels qu'elle enchâsse. Le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre institutionnel ou d'un ordre social qui commande le respect et que l'on respecte. Les arguments de l'appellant fondés sur ces facteurs n'avaient pas un

Another factor invoked by the appellant was that the standard of evidence adopted by Parliament to justify the issuance of a security certificate is too minimal, since it is enough to have reasonable grounds to believe that the acts described in section 34 have occurred, are occurring or may occur. The “reasonable grounds” test is generally the standard used for the institution of prosecutions for blameworthy acts and for the exercise of preventive or investigative powers. This standard requires more than suspicions, and more than a mere subjective belief on the part of the person relying on them. The existence of reasonable grounds must be established objectively, that is, a reasonable person, placed in similar circumstances and with the same facts, would arrive at the same belief. According to the case law, the “reasonable grounds” standard, applied to past or current wrongful acts, is not too minimal or weak a standard. It is sufficient. The designated Judge was right in finding that there ought to be a serious possibility that the facts might occur and that this serious possibility should be assessed on the basis of reliable, credible evidence. In the case at bar, there must be a real and serious possibility that the injurious facts alluded to in sections 34 to 37 would occur. When the notion of “possibility” is defined and circumscribed in that way, and its existence is to be assessed on the basis of reasonable grounds, the statutory standard adopted for preventive intervention to protect national security is not unreasonable or in breach of the principles of fundamental justice. As to the argument that the notions of “reasonable grounds” and “danger to the security of Canada” are vague and overly broad, the Supreme Court of Canada has characterized the reasonable grounds standard as “an important protection” and defined its parameters.

In regard to the notion of “danger to the security of Canada”, the Supreme Court of Canada has held that it is not unconstitutionally vague, that it is difficult to define and that the expression must be given a fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms. The decision on the reasonableness of the security certificate issued by the Ministers is the product of a judicial decision made by an impartial and independent judge, at the conclusion of a process that meets the minimum standards of fundamental justice. The appellant's argument based on the consequences of inadmissibility and the absence of a right of appeal from the judge's decision has no impact on the lawfulness of the process surrounding the referral of the certificate and its review in the Federal Court.

impact cumulatif permettant à la Cour de conclure à l'inconstitutionnalité du processus mis en place par le législateur.

Un autre facteur invoqué par l'appellant était celui que la norme de preuve retenue par le législateur pour justifier l'émission d'un certificat de sécurité est trop minimale puisqu'il suffit d'avoir des motifs raisonnables de croire que les gestes décrits à l'article 34 sont survenus, surviennent ou peuvent survenir. Le critère des «motifs raisonnables» est généralement la norme retenue pour l'introduction de poursuites pour des gestes répréhensibles ainsi que pour l'exercice de pouvoirs préventifs ou d'enquête. Cette norme requiert plus que des soupçons et plus qu'une simple croyance subjective de la part de celui qui les invoque. L'existence des motifs raisonnables doit être établie objectivement, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances et avec les mêmes faits, en arriverait à la même croyance. La norme «des motifs raisonnables» appliquée aux faits délictuels passés ou en cours de réalisation n'est pas, selon la jurisprudence, une norme trop minimale ou trop faible. Elle est suffisante. Le juge désigné a eu raison de conclure qu'il doit s'agir d'une possibilité sérieuse que les faits puissent survenir et que cette possibilité sérieuse doit s'apprécier à partir d'éléments de preuve fiables et fondés. En l'espèce, il doit exister une possibilité réelle et sérieuse que les faits préjudiciables prévus aux articles 34 à 37 se produisent. La notion de «possibilité» étant ainsi définie et balisée, et son existence devant s'apprécier à partir de motifs raisonnables, la norme législative retenue pour une intervention préventive visant à protéger la sécurité nationale n'est pas abusive ni en violation des principes de justice fondamentale. En ce qui concerne l'argument selon lequel les notions de «motifs raisonnables» et de «danger pour la sécurité du Canada» sont des notions imprécises et de portée excessive, la Cour suprême du Canada a qualifié la norme des motifs raisonnables «d'importante mesure protectrice» et en a déterminé les paramètres.

Quant à la notion de «danger pour la sécurité du Canada», la Cour suprême du Canada a conclu qu'elle n'était pas imprécise au point d'être inconstitutionnelle, qu'elle était difficile à définir et qu'il fallait interpréter l'expression d'une manière large et équitable et en conformité avec les normes internationales. La décision quant au caractère raisonnable du certificat de sécurité émis par les ministres est la résultante d'une décision judiciaire prise par un juge impartial et indépendant, au terme d'un processus qui rencontre les normes minimales de justice fondamentale. L'argument de l'appellant fondé sur les conséquences de l'interdiction de territoire et l'absence de droit d'appel de la décision judiciaire n'a pas d'impact sur la légalité du processus entourant le dépôt du certificat et son examen en Cour fédérale.

The detention of a permanent resident awaiting the determination of the reasonableness of the security certificate issued against him is not an unjustified measure where there is proof of a danger to national security or that he might not appear at the proceedings taken against him. The protection of national security is not a caprice. It is a necessity for the purpose of protecting the social order which allows the exercise and development of the individual rights conferred by the Constitution. This necessity to protect national security can justify derogations from the system or process that normally prevails. The process established for the review of protected information fulfills the minimum requirements of the principles of fundamental justice.

As to other related issues raised in this appeal, the provisions relating to the preventive detention of the appellant while awaiting the determination on the reasonableness of the security certificate meet the requirements of the Charter and the *Canadian Bill of Rights*. The grounds for the detention are serious and limited. They have a close and direct relationship to the objectives of the IRPA, the obligation to ensure the protection of national security and the right of the Parliament of Canada to control the access to and sojourn in Canada of permanent residents. There was also the question of whether the absence of a right of appeal or judicial review of the decisions concerning the reasonableness of the certificate breaches section 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is trite law that the right of appeal is a statutory right and that it does not exist absent the appropriate statutory provision. Constitutionally, it is beyond question that Parliament has the power to grant or withhold a right of appeal in immigration matters. Finally, there was no merit in the appellant's argument that the judicial examination procedure under section 77 *et seq.* of the IRPA contravenes the provision of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *Universal Declaration of Human Rights*, and the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. In terms of equality before the courts and tribunals, procedural fairness, judicial independence and impartiality of the courts, the Charter is not outdone by any of the three cited international instruments. It confers rights and guarantees that are for all practical purposes identical. The judicial examination procedure under section 77 *et seq.* is in compliance with it. The same may be said, therefore, in relation to the three international instruments.

Per Richard C.J.: Canada has a legitimate and compelling interest in protecting national security. The task of the law is to find ways to maintain national security without unduly sacrificing individual liberties. In order to meet this challenge,

La détention d'un résident permanent en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui n'est pas une mesure injustifiée lorsqu'il y a preuve d'un danger pour la sécurité nationale ou qu'il se soustraira aux procédures entreprises contre lui. La protection de la sécurité nationale n'est pas un caprice. Elle est une nécessité afin de protéger l'ordre social qui permet l'épanouissement et l'exercice de ces droits individuels que confère la Constitution. Cette nécessité de protéger la sécurité nationale peut justifier des dérogations au système ou au processus qui a normalement cours. Le processus mis en place pour l'examen de renseignements protégés rencontre les exigences minimales des principes de justice fondamentale.

En ce qui concerne les autres questions connexes soulevées dans le cadre du présent appel, les dispositions relatives à la détention préventive de l'appelant, en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité, rencontrent les exigences de la Charte et de la *Déclaration canadienne des droits*. Les motifs autorisant la détention sont sérieux et limités. Ils ont un lien étroit et direct avec les objectifs de la LIPR, l'obligation d'assurer la protection de la sécurité nationale et le droit du Parlement canadien de contrôler l'accès et le séjour au Canada de résidents permanents. Il y avait également la question de savoir si l'absence de droit d'appel ou de contrôle judiciaire des décisions quant au caractère raisonnable du certificat porte atteinte à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est acquis en jurisprudence que le droit d'appel est un droit conféré statutairement et qu'il n'existe pas en l'absence d'une disposition législative l'octroyant. Au plan constitutionnel, la compétence du législateur de consentir ou non un droit d'appel dans les matières relatives à l'immigration ne saurait être mise en doute. Enfin, l'argument de l'appelant selon lequel la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 77 et suivants de la LIPR contrevient aux dispositions du *Pacte international relatif aux droits civis et politiques*, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* était sans aucun mérite. Sur les plans de l'égalité devant les tribunaux, de l'équité procédurale, de l'indépendance judiciaire ainsi que de l'impartialité des tribunaux, la Charte n'est en reste avec aucun des trois instruments internationaux mentionnés. Elle confère des droits et des garanties, à toutes fins pratiques, identiques. La procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 77 et suivants s'y conforme. Il en va donc de même pour les trois instruments internationaux.

Le juge en chef Richard: Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à protéger la sécurité nationale. La tâche du droit consiste à trouver des manières d'assurer la sécurité nationale sans porter indûment atteinte aux libertés

Parliament has included provisions in the *Immigration and Refugee Protection Act* which require judicial consideration of the reasonableness of the certificate issued by the Ministers and the protection of information whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. Although the initial decision to withhold confidential information is made by the Ministers, this decision thereafter falls under the purview of the designated judge, including the determination of what information is to be placed in the summary given to the person named in the security certificate. It is the designated judge who determines the need to withhold information from the party named in the certificate, not the Ministers. Thus, the role of the judiciary as interpreter of the law and defender of the Constitution remains unchanged. Judicial independence from both government influence and other sources, including public opinion, is a constitutional right of every individual in Canada. By ensuring that decisions regarding the withholding of evidence and information are made by the designated judge and not by the Ministers, the Act endeavours to grant protection to the rights of the party named in the certificate while maintaining national security.

It is also important to focus on the duty of counsel appearing on behalf of the Ministers in an *ex parte* proceeding under section 78 of the Act. Counsel is under a duty of utmost good faith in the representations made to the judge. No relevant information may be withheld. The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has been recognized by the Supreme Court. Counsel has a strict duty to put forward all the information in its possession, both favourable and adverse, regardless of whether counsel believes it is relevant. It is then up to the designated judge to decide whether or not the evidence is material.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown*, 1689, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1, 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 9, 10, 11(e), 15.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1), (3).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix

individuelles. Afin de relever ce défi, le législateur a inséré des dispositions dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui exigent l'examen judiciaire du caractère raisonnable du certificat émis par les ministres et la protection des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Bien que la décision initiale quant à la retenue de renseignements confidentiels soit prise par les ministres, cette décision relève par la suite de la compétence du juge désigné, notamment la décision quant à savoir quels renseignements doivent figurer dans le résumé donné à la personne visée par le certificat de sécurité. Il revient au juge désigné et non pas aux ministres de trancher quant à la nécessité de ne pas divulguer des renseignements à la personne visée par le certificat. Par conséquent, le rôle de la magistrature comme interprète du droit et défenseur de la Constitution demeure inchangé. L'indépendance judiciaire de l'influence du gouvernement ainsi que d'autres sources, notamment l'opinion publique, est un droit constitutionnel de toute personne au Canada. En veillant à ce que les décisions concernant la retenue d'éléments de preuve et de renseignements soient prises par le juge désigné et non par les ministres, la Loi s'efforce de protéger les droits de la personne visée par le certificat tout en assurant le maintien de la sécurité nationale.

Il est également important d'insister sur la tâche de l'avocat comparaisant au nom des ministres dans des procédures *ex parte* en vertu de l'article 78 de la Loi. L'avocat a l'obligation de présenter ses arguments au juge avec la bonne foi la plus absolue. Aucun renseignement pertinent ne peut être retenu. Le principe de la divulgation complète et fidèle dans les procédures *ex parte* est un principe de justice fondamental qui a été reconnu par la Cour suprême. L'avocat a l'obligation stricte de fournir tous les renseignements qui sont en sa possession, favorables et défavorables, qu'il croit ou non à leur pertinence. Il revient alors au juge désigné de décider si l'élément de preuve est pertinent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown*, 1689, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.).
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 9, 10, 11e), 15.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68; L.C. 1994, ch. 44, art. 36; 1997, ch. 18, art. 41; ch. 23, art. 12; 1999, ch. 5, art. 16), 495 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 75), 506, 507(4), 512 (mod., *idem*, art. 82; L.C. 1997, ch. 18, art. 58), 524(1), 525(5), 679(6), 778.

- II, No. 5], s. 96.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, Arts. 6(1), 13.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68; S.C. 1994, c. 44, s. 36; 1997, c. 18, s. 41; c. 23, s. 12; 1999, c. 5, s. 16), 495 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 75), 506, 507(4), 512 (as am. *idem*, s. 82; S.C. 1997, c. 18, s. 58), 524(1), 525(5), 679(6), 778.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 900-920.
- Federal Court Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), rr. 61, 69.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 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. 3(3)(f), 33, 34, 35, 36, 37, 58(1)(a), 76 “information”, “judge” (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 77 (as am. *idem*), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 101(2)(b), 112, 113(d)(i),(ii), 115(2)(a),(b), 121(2).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 244(b), 246, 248.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 12, 13, 14.
- Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, s. 6.
- Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, ss. 34, 35, 36.
- Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 10.
- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, le 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 6(1), 13.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1, 2.
- Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AGNU, 10 décembre 1948, art. 10.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(1), (3).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 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. 3(3)(f), 33, 34, 35, 36, 37, 58(1)a), 76 «juge» (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), «enseignements», 77 (mod., *idem*), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 101(2)b), 112, 113(d)(i),(ii), 115(2)a),b), 121(2).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 12, 13, 14.
- Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 244b), 246, 248.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 900 à 920.
- Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), règles 61, 69.
- Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6.
- Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, art. 34, 35, 36.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54; *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404; (1999), 68 C.R.R. (2d) 48; 157 F.T.R. 161; 3 Imm. L.R. (3d) 26; 242 N.R. 173 (C.A.); *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341; (1999),

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobias, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22; 2003 CSC 54; *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404; (1999), 68 C.R.R. (2d) 48; 157 F.T.R. 161; 3 Imm. L.R. (3d) 26; 242 N.R. 173 (C.A.); *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

70 C.R.R. (2d) 133; 12 Imm. L.R. (3d) 12; 250 N.R. 385 (C.A.); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kiareldeen v. Ashcroft*, 273 F.3d 542 (3rd Cir. 2001); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

CONSIDERED:

Charkaoui (Re), [2004] 1 F.C.R. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 FCA 407; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528; (2003), 237 F.T.R. 143; 2003 FC 882; *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (F.C.T.D.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616; (1998), 149 F.T.R. 49; 47 Imm. L.R. (2d) 68 (T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 192; (1998), 55 C.R.R. (2d) 157; 47 Imm. L.R. (2d) 1; 229 N.R. 240 (C.A.); *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.*, [1982] 2 S.C.R. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238; 2002 FCA 518; *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.); *Ziindel (Re)*, 2004 FCA 394; [2004] F.C.J. No. 1982 (QL); *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied; *Chahal v. United Kingdom* (1996), 23 E.H.R.R. 413; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [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; 2002 SCC 75; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1; 322 N.R. 2 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied, [2004] S.C.C.A. No. 354 (QL); *Kiareldeen v. Reno*, 71 F. Supp.2d 402 (D.N.J. 1999); *Kiareldeen v. Reno*, 92 F. Supp.2d 403 (D.N.J. 2000); *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied, [1997] 2 S.C.R. v; *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Maaouia v. France* (39652/98), [2000] ECHR 453 (5 October 2000).

REFERRED TO:

R. v. Hynes, [2001] 3 S.C.R. 623; (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 181; 206 D.L.R. (4th) 483; 159 C.C.C. (3d) 359;

l'Immigration, [2000] 2 C.F. 341; (1999), 70 C.R.R. (2d) 133; 12 Imm. L.R. (3d) 12; 250 N.R. 385 (C.A.); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kiareldeen v. Ashcroft*, 273 F.3d 542 (3rd Cir. 2001); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Charkaoui (Re), [2004] 1 R.C.F. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 CAF 407; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528; (2003), 237 F.T.R. 143; 2003 CF 882; *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616; (1998), 149 F.T.R. 49; 47 Imm. L.R. (2d) 68 (1^{re} inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 192; (1998), 55 C.R.R. (2d) 157; 47 Imm. L.R. (2d) 1; 229 N.R. 240 (C.A.); *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre*, [1982] 2 R.C.S. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238; 2002 CAF 518; *Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.); *Ziindel (Re)*, 2004 CAF 394; [2004] A.C.F. n° 1982 (QL); *Canada (Procureur général) c. Ribic* (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée; *Chahal c. Royaume-Uni* (1996), 23 E.H.R.R. 413; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [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; 2002 CSC 75; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1; 322 N.R. 2 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] S.C.C.A. n° 354 (QL); *Kiareldeen v. Reno*, 71 F. Supp.2d 402 (D.N.J. 1999); *Kiareldeen v. Reno*, 92 F. Supp.2d 403 (D.N.J. 2000); *Ahani c. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1997] 2 R.C.S. v; *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Maaouia c. France* (39652/98), [2000] CEDH 453 (5 octobre 2000).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Hynes, [2001] 3 R.C.S. 623; (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 181; 206 D.L.R. (4th) 483; 159 C.C.C. (3d) 359;

47 C.R. (5th) 278; 88 C.R.R. (2d) 222; 278 N.R. 299; 2001 SCC 82; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 1 F.C. 828; (1997), 142 D.L.R. (4th) 270; 208 N.R. 21 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 1; 286 N.R. 358; 2002 FCA 20; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast*, 2002 FCA 292; [2002] F.C.J. No. 1036 (QL); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193; (2004), 235 D.L.R. (4th) 244; 180 C.C.C. (3d) 476; 17 C.R. (6th) 1; 316 N.R. 52; 184 O.A.C. 1; 2004 SCC 5; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; (1990), 53 C.C.C. (3d) 316; 75 C.R. (3d) 1; 47 C.R.R. 210; 105 N.R. 81; 37 O.A.C. 161; *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475; (1999), 174 D.L.R. (4th) 301; 135 C.C.C. (3d) 303; 24 C.R. (5th) 266; 63 C.R.R. (2d) 272; 240 N.R. 260; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241.

47 C.R. (5th) 278; 88 C.R.R. (2d) 222; 278 N.R. 299; 2001 CSC 82; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 1 C.F. 828; (1997), 142 D.L.R. (4th) 270; 208 N.R. 21 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 1; 286 N.R. 358; 2002 CAF 20; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast*, 2002 CAF 292; [2002] A.C.F. n° 1036 (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193; (2004), 235 D.L.R. (4th) 244; 180 C.C.C. (3d) 476; 17 C.R. (6th) 1; 316 N.R. 52; 184 O.A.C. 1; 2004 CSC 5; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; (1990), 53 C.C.C. (3d) 316; 75 C.R. (3d) 1; 47 C.R.R. 210; 105 N.R. 81; 37 O.A.C. 161; *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475; (1999), 174 D.L.R. (4th) 301; 135 C.C.C. (3d) 303; 24 C.R. (5th) 266; 63 C.R.R. (2d) 272; 240 N.R. 260; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241.

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1, Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

United Nations. Human Rights Committee. *Views of the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Communication No. 1051/2002, UN CCPR, 80th Session, 2004.

APPEAL from a Federal Court decision ([2004] 3 F.C.R. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 38 Imm. L.R. (3d) 56; 2003 FC 1419) dismissing an application by the appellant to have sections 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* declared unconstitutional. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Johanne Doyon for appellant.
Daniel Latulippe, J. Daniel Roussy and *J. C. Luc Cadieux* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Doyon, Morin, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Deuxième rapport: La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Constataions du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Communication No. 1051/2002, NU CCPR, 80^e session, 2004.

APPEL à l'encontre de la décision de la Cour fédérale ([2004] 3 R.C.F. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 38 Imm. L.R. (3d) 56; 2003 CF 1419) qui a rejeté une demande d'inconstitutionnalité des articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* faite par l'appellant. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Johanne Doyon pour l'appellant.
Daniel Latulippe, J. Daniel Roussy et *J. C. Luc Cadieux* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Doyon, Morin, Montréal, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] DÉCARY AND LÉTOURNEAU JJ.A.: By an extensive 77-page decision, dated December 5, 2003, Mr. Justice Simon Noël of the Federal Court, sitting as a designated judge, dismissed the application by the appellant to have sections 33 and 77 to 85 [ss. 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 79 (as am. *idem*)] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) declared unconstitutional [[2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.)]. That decision is now the subject of this appeal.*

[1] LES JUGES DÉCARY ET LÉTOURNEAU, J.C.A.: Par une décision élaborée de 77 pages, rendue le 5 décembre 2003, le juge Simon Noël de la Cour fédérale, siégeant à titre de juge désigné, rejetait la demande d'inconstitutionnalité des articles 33 et 77 à 85 [art. 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 79 (mod., *idem*)] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) faite par l'appelant [[2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.)]. C'est cette décision qui fait maintenant l'objet du présent appel.*

Legislation

[2] We reproduce the statutory provisions that are relevant to the analysis of this appeal [s. 76 “judge” (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)]:

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

- (a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;
- (b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;
- (c) engaging in terrorism;
- (d) being a danger to the security of Canada;
- (e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or
- (f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

La législation

[2] Nous reproduisons les dispositions législatives pertinentes à l'analyse du présent appel [art. 76 «juge» (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)]:

33. Les faits—actes ou omissions—mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants:

- a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;
- b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;
- c) se livrer au terrorisme;
- d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;
- e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;
- f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

* Editor's note: Table of contents of topics discussed have been omitted from these published reasons for judgment

* Note de l'arrêtiiste: la table des matières de ces motifs de jugement a été supprimée aux fins de la publication.

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

Examination on Request by the Minister
and the Solicitor General of Canada

76. The definitions in this section apply in this Division.

“information” means security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, from the government of a foreign state, from an international organization of states or from an institution of either of them.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice.

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. The following provisions govern the determination:

- (a) the judge shall hear the matter;
- (b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;
- (d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;
- (e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

Examen à la demande du ministre et du
solliciteur général

76. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente section.

«juge» Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette juridiction désigné par celui-ci.

«renseignements» Les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d'un État étranger, d'une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l'un de leurs organismes.

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

- a) le juge entend l'affaire;
- b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;
- d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;
- e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres

in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

80. (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

80. (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

81. If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

Detention

82. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

84. (1) The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

Détention

82. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparait au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

84. (1) Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) 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.

85. In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

Issues

[3] The appellant raised a plethora of constitutional questions before the designated Judge: in fact, no fewer than 40 questions. He alleged a breach of:

(a) sections 7, 9, 10 and 15 and paragraph 11(e) 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]] (Charter);

(b) section 96 of the *British North America Act*, now the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]];

(c) sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III (Bill of Rights);

(d) some common law rules;

(e) the Bill of Rights of the United Kingdom of 1689, the title of which is *An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.);

(f) paragraph 14(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47 (Covenant); and

(g) Article 10 of the *Universal Declaration of Human Rights* of 1948 [GA Res. 217A (III), UN GAOR, December 10, 1948] (Universal Declaration).

(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.

85. Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

Les questions en litige

[3] Devant le juge désigné, l'appelant a soulevé une pléthore de questions constitutionnelles, en fait pas moins de 40 questions. Il a allégué une violation:

a) des articles 7, 9, 10, 15 et de l'alinéa 11e) 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]] (Charte);

b) de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]];

c) des articles 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III (Déclaration canadienne);

d) des règles de common law;

e) du Bill of Rights du Royaume-Uni de 1689, dont le titre est *An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.);

f) du paragraphe 14(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (Pacte); et

g) de l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 [Ré AG 217 A (III), Doc. off. AGNU, 10 décembre 1948] (Déclaration universelle).

[4] As experience shows, one who seeks too much risks losing everything. The appellant's position before the designated Judge, who had to request some particulars concerning the constitutional questions, was characterized by virtuous statements of general, rather unfocused principles, often irrespective of the possible relationship to the facts of the case, and without any genuine effort to strike a balance between divergent individual and collective interests. While the appellant primarily criticizes the designated Judge for focussing excessively on national security and thereby assigning undue weight to the interests of the collectivity, it is no exaggeration to say that the appellant's position completely ignores the issue of national security. Thus, for example, the appellant claims, in the proceedings on the security certificate that was issued against him, a right of access to all the relevant information, including information that might be injurious to national security, and the right to be present and participate at all times in the hearings that concern him, even when evidence involving national security in regard to which he is considered a threat is being discussed. Hence his repeated constitutional attacks on a number of sections of the IRPA based on both national and international instruments protecting and promoting human rights.

[5] The appellant essentially repeated before us the arguments he raised before the designated Judge, often making do in his memorandum of fact and law with a reference to his submissions to the designated Judge.

[6] In an effort at synthesis, the respondents, like the designated Judge, grouped the position of the appellant and their own position around the following eight questions which, with one exception, we intend to analyse for the purpose of disposing of this appeal:

(1) Does the designated Judge have jurisdiction to examine the constitutional questions that are raised in the context of the judicial review procedure in sections 76 to 85 of the IRPA?

(2) Do sections 77 and 78 of the IRPA contravene the rights under the Charter with respect to a fair trial before

[4] Comme le dit si bien le proverbe, «Qui trop embrasse mal étreint». La position de l'appelant devant le juge désigné, qui a dû demander des précisions quant aux questions constitutionnelles, s'y est caractérisée par des énonciations vertueuses de principes de portée générale, au «focus» diffus, souvent sans égard aux impacts qu'elle engendre, aux faits de l'espèce, et sans véritable effort de conciliation des intérêts individuels et collectifs divergents. Alors que l'appelant reproche principalement au juge désigné d'avoir trop mis l'accent sur la sécurité nationale et ainsi d'avoir indûment privilégié les intérêts de la collectivité, il n'est pas exagéré de dire que la position de l'appelant ignore complètement la question de la sécurité nationale. Aussi, par exemple, l'appelant revendique-t-il, dans les procédures relatives au certificat de sécurité émis contre lui, un droit d'accès à toute l'information pertinente, y compris celle pouvant porter préjudice à la sécurité nationale, de même que le droit d'être présent et de participer en tout temps aux audiences qui le concernent, même lorsqu'y sont discutés des éléments de preuve mettant en cause la sécurité nationale à l'égard de laquelle on croit qu'il est une menace. De là ses multiples attaques constitutionnelles visant plusieurs articles de la LIPR tant à partir d'instruments nationaux qu'internationaux protégeant et promouvant les droits de la personne.

[5] L'appelant a essentiellement repris devant nous les arguments qu'il a soulevés devant le juge désigné, se contentant souvent dans son mémoire des faits et du droit de faire un renvoi à ses prétentions faites devant le juge désigné.

[6] Dans un effort de synthèse, les intimés, à l'instar du juge désigné, ont regroupé la position de l'appelant ainsi que la leur autour des huit questions suivantes que, sauf une, nous avons l'intention d'analyser afin de disposer du présent appel:

1) Le juge désigné a-t-il compétence pour examiner les questions constitutionnelles soulevées dans le cadre de la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR?

2) Est-ce que les articles 77 et 78 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par la Charte quant au droit à

an independent and impartial tribunal, when, for example, the designated judge must determine the “reasonableness” of the security certificate issued by the ministers and not the merits of the case?

(3) Does the judicial review procedure under sections 76 *et seq.* of the IRPA derogate from the appellant’s status as a permanent resident and does it ensure equal treatment to all permanent residents declared inadmissible on security grounds?

(4) Are the IRPA provisions for detention of the person in question during the judicial review of the security certificate consistent with the Charter and the Bill of Rights?

(5) Are the expressions “reasonable grounds to believe” and “danger to the security of Canada” used in section 33 and subsection 34(1) of the IRPA vague, overly broad or discriminatory?

(6) Does the public nature of the ministers’ security certificate that is referred to the Federal Court violate the Charter in so far as it would preclude a return of the person to his or her country of origin without risk?

(7) Does the absence of a right of appeal or judicial review of the decisions concerning the reasonableness of the certificate and, where applicable, the lawfulness of the Minister’s decision in the context of the pre-removal risk assessment (section 112 of the IRPA) breach section 96 of the *Constitution Act, 1867*? and

(8) Does the judicial review procedure under sections 76 to 85 of the IRPA comply with Canada’s international obligations, particularly in light of paragraph 3(3)(f) of the IRPA and the Covenant?

[7] At the hearing, the appellant’s counsel stated that she was abandoning the ground of appeal found in question 6. This concerns the deprivation of the appellant’s life and security resulting, so it is alleged, from the fact that the security certificate is made public through being referred to the Federal Court. We will not discuss that ground, therefore.

un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, notamment par le fait que le juge désigné doit trancher le «caractère raisonnable» du certificat de sécurité émis par les ministres et non le fond de l’affaire?

3) Est-ce que la procédure d’examen judiciaire prévue aux articles 76 et suivants de la LIPR porte atteinte au statut de résident permanent de l’appelant et assure-t-elle un traitement égal à tous les résidents permanents déclarés inadmissibles pour raisons de sécurité?

4) Est-ce que les dispositions de la LIPR prévoyant la détention de la personne en cause pendant l’examen judiciaire du certificat de sécurité sont conformes à la Charte et à la Déclaration canadienne?

5) Est-ce que les termes «motifs raisonnables de croire» et «danger pour la sécurité du Canada» utilisés à l’article 33 et au paragraphe 34(1) de la LIPR sont imprécis ou de portée excessive ou discriminatoire?

6) Est-ce que le caractère public du certificat de sécurité des ministres déposé en Cour fédérale porte atteinte à la Charte dans la mesure où il empêcherait un retour sans risque de la personne dans son pays d’origine?

7) Est-ce que l’absence de droit d’appel ou de contrôle judiciaire des décisions quant au caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre dans le cadre de l’examen des risques avant renvoi (article 112 de la LIPR) porte atteinte à l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? et

8) Est-ce que la procédure d’examen judiciaire prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR respecte les obligations internationales du Canada, notamment eu égard à l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR et au Pacte?

[7] À l’audience, la procureure de l’appelant a indiqué qu’elle abandonnait le motif d’appel que l’on retrouve à la question 6. Celui-ci concerne l’atteinte à la vie et à la sécurité de l’appelant résultant, selon ce qui est allégué, du fait que le certificat de sécurité est rendu public par son dépôt à la Cour fédérale. Nous ne traiterons donc pas de ce motif.

[8] By proceeding in this way from a plethora to a synthesis of the constitutional issues, we think that none of the appellant's contentions has been omitted. In fact, the hearing in this Court was addressed to these points grouped accordingly.

Facts and proceedings

[9] The appellant, Adil Charkaoui, has been a permanent resident of Canada since 1995, awaiting his Canadian citizenship. On May 21, 2003, he was arrested and placed under detention. The arrest warrant was issued under section 82 of the IRPA, pursuant to a security certificate referred to the Federal Court that day in accordance with section 77 of that Act.

[10] The security certificate is signed by the Minister of Citizenship and Immigration and by the Solicitor General of Canada. It attests that the appellant is inadmissible on security grounds within the meaning of sections 33, 34 and 77 of the IRPA.

[11] The appellant has been detained since that date. The merits of his detention have been reviewed three times as required by the principle of ongoing review contained in section 83 of the IRPA: concerning the ongoing nature of the review, see *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 451 (F.C.A.).

[12] Sparing the details, suffice it to say that the respondents have reasonable grounds to believe that the appellant is a member of the terrorist organization of Usama bin Laden and that he has engaged, is engaging or will engage in terrorist activities. By referring the security certificate to the Federal Court, the Ministers asked a designated judge of this Court to hold a hearing to determine whether the certificate is reasonable. Sections 76 to 81 of the IRPA describe the judicial process that follows and the powers and duties of the designated judge.

[13] After reviewing the materials provided by the Ministers, the designated Judge concluded that the request that he hold a hearing *ex parte* and *in camera* was justified by questions of national security. The hearing was therefore held in the absence of the appellant and his counsel pursuant to paragraphs 78(d) and (e) of the IRPA.

[8] En passant ainsi d'une pléthore à une synthèse des questions constitutionnelles en litige, nous croyons qu'aucun aspect des prétentions de l'appellant n'a été omis. De fait, l'audition devant notre Cour a porté sur ces points ainsi regroupés.

Les faits et la procédure

[9] L'appellant, M. Adil Charkaoui, est un résident permanent du Canada depuis 1995, en attente de sa citoyenneté canadienne. Le 21 mai 2003, il est mis sous arrêt et en détention. Le mandat d'arrêt est émis en vertu de l'article 82 de la LIPR, suite à un certificat de sécurité déposé à la Cour fédérale le même jour selon l'article 77 de cette même Loi.

[10] Le certificat de sécurité est signé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que par le solliciteur général du Canada. Il atteste que l'appellant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité au sens des articles 33, 34 et 77 de la LIPR.

[11] L'appellant est détenu depuis cette date. Le mérite de sa détention a été révisé à trois reprises tel que l'exige le principe de révision continue contenu à l'article 83 de la LIPR: sur le caractère continu de la révision, voir *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.F.).

[12] Faisant trêve de détails, il suffit de dire que les intimés ont des motifs raisonnables de croire que l'appellant est membre de l'organisation terroriste d'Oussama ben Laden et qu'il se livre, s'est livré ou se livrera à des activités terroristes. Par dépôt du certificat de sécurité à la Cour fédérale, les ministres ont demandé à un juge désigné de cette Cour de tenir une audience afin de décider du caractère raisonnable du certificat. Les articles 76 à 81 de la LIPR décrivent le cheminement du processus judiciaire qui s'ensuit ainsi que les pouvoirs et devoirs du juge désigné.

[13] Après révision du matériel fourni par les ministres, le juge désigné a conclu que la demande dont il était saisi de tenir une audience en l'absence de l'autre partie (*ex parte*) et en privé (*in camera*) était justifiée par des questions de sécurité nationale. L'audience fut donc tenue en l'absence de l'appellant et de ses avocats conformément aux alinéas 78d) et e) de la LIPR.

[14] Following this hearing, specifically on May 26, 2003, as required by paragraphs 78(g) and (h) of the IRPA, the designated Judge provided the appellant with some information, the disclosure of which would not be injurious to national security or to the safety of any person.

[15] A new hearing was held in early July 2003, at which the appellant called witnesses and filed affidavit evidence. A few days later, a new hearing was held in the absence of the appellant and his counsel. Needless to say, the latter objected to each of the hearings held in their absence.

[16] In an order dated July 15, 2003 [[2004] 1 F.C.R. 528 (F.C.)], the designated Judge informed the appellant of his concerns arising out of the review of the information he had received, in order to allow him to respond to it. To date, the appellant has not deigned to do so. More precisely, the designated Judge hoped to receive from the appellant clarifications concerning his contacts with certain individuals and information about his life in Morocco from 1992 to 1995 and in Canada from 1995 to 2000, including his trips. Finally, he urged the appellant to provide some particulars about his trip to Pakistan from February to July 1998.

[17] Because of the possibility of fluctuations in national security matters and the discovery of new information, the designated Judge adopted a policy of ongoing disclosure of evidence and information to the appellant. That is why, on July 17, 2003, he allowed some information that until then had been protected to be given to the appellant. This information informed the appellant that Abou Zubaida, considered a close collaborator of Usama bin Laden, had recognized him in a photograph and designated him as a person he had seen in Afghanistan in 1993 and in 1997-1998.

[18] On August 14, 2003, further protected information was given to the appellant with the authorization of the designated Judge. First of all, the photograph that Abou Zubaida had been shown for identification purposes was given to the appellant on July 17, 2003. Secondly, he was informed that Ahmed Ressay had also recognized him in two photos, adding

[14] Suite à cette audience, plus précisément le 26 mai 2003, tel que requis par les alinéas 78g) et h) de la LIPR, le juge désigné a transmis à l'appelant des renseignements dont la divulgation ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui.

[15] Une nouvelle audience fut tenue au début de juillet 2003, à laquelle l'appelant fit entendre des témoins et déposa des preuves par affidavit. Quelques jours plus tard, une nouvelle audience eut lieu en l'absence de l'appelant et de ses avocats. Il va sans dire que ceux-ci se sont objectés à chacune de ces audiences tenues en leur absence.

[16] Dans une ordonnance du 15 juillet 2003 [[2004] 1 R.C.F. (C.F.)], le juge désigné a fait part à l'appelant de ses préoccupations découlant de l'examen des renseignements qu'il avait reçus, et ce, afin de lui permettre d'y répondre. À ce jour, l'appelant n'a pas daigné le faire. Plus précisément, le juge désigné aurait aimé recevoir de l'appelant des éclaircissements sur ses contacts avec certains individus et des informations sur sa vie au Maroc de 1992 à 1995 ainsi qu'au Canada de 1995 à 2000, y compris ses voyages. Enfin, il invitait l'appelant à fournir des précisions sur son voyage au Pakistan de février à juillet 1998.

[17] En raison des fluctuations possibles en matière de sécurité nationale et de la découverte de nouveaux renseignements, le juge désigné a adopté une politique de communication continue de la preuve et des renseignements à l'appelant. C'est pourquoi, le 17 juillet 2003, il a permis que des renseignements jusqu'alors protégés soient remis à l'appelant. Ceux-ci informaient ce dernier que M. Abou Zubaida, qualifié de proche collaborateur d'Oussama ben Laden, l'avait reconnu sur une photographie et désigné comme une personne qu'il avait vue en Afghanistan en 1993 et en 1997-1998.

[18] Le 14 août 2003, d'autres renseignements protégés furent transmis à l'appelant avec l'autorisation du juge désigné. Tout d'abord, la photographie que M. Abou Zubaida a visionnée pour fins d'identification fut remise à l'appelant le 17 juillet 2003. Ensuite, on l'informa que M. Ahmed Ressay l'avait aussi reconnu sur deux photos, tout en ajoutant qu'il l'avait rencontré

that he had met him in Afghanistan in the summer of 1998 when the two were training in the same camp. Upon seeing the appellant's photograph, Mr. Ressay identified the appellant under the name of Zubeir Al-Maghrebi, just as Abou Zubaida had done one month previously.

[19] The appellant's application for a declaration of unconstitutionality first appeared in the context of an application for release made on July 2, 2003: see the Appeal Record, vol. 5, at page 913. A notice of constitutional questions under rule 69 of the *Federal Court Rules*, [SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] was signed on September 17, 2003 and served on the parties concerned. The scope of the constitutional issues was somewhat expanded in this notice since sections 33, 84 and 85 [of the IRPA] were added to the list of those previously indicated, 77 to 83: see the Appeal Record, Vol. 6, at pages 1169 to 1174.

[20] It is therefore in the particular context of a motion relating to the detention that an expanded application for review of the constitutional validity of the process of determination of the reasonableness of the security certificate was submitted to the designated Judge.

Analysis of the decision and the issues

1. Does the designated Judge have jurisdiction to examine constitutional questions raised in the context of a judicial examination under sections 76 to 85 of the IRPA?

Jurisdiction of the designated Judge and the appropriate procedure

[21] The respondents contend that the Judge designated under section 76 of the IRPA, on a review of the reasons for detention, does not have jurisdiction to determine the constitutional validity of certain provisions of the Act. They rely on the case law established under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (the former Act), and argue that these precedents have survived the changes made by the new Act. They submit, in the alternative, that if the designated Judge had jurisdiction, he did not exercise it in accordance with the appropriate procedure. They are asking that we set aside the impugned decision and order

en Afghanistan à l'été 1998 alors que tous les deux s'entraînaient dans le même camp. M. Ressay a identifié l'appelant sous le nom de Zubeir Al-Maghrebi, exactement comme l'avait fait M. Abou Zubaida, un mois auparavant, à la vue de la photographie de l'appelant.

[19] La demande de déclaration d'inconstitutionnalité de l'appelant est d'abord apparue dans le contexte d'une demande pour sa remise en liberté faite le 2 juillet 2003: voir le Dossier d'appel, vol. 5, à la page 913. Un avis de questions constitutionnelles conformément à la règle 69 des *Règles de la Cour fédérale*, [DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] fut signé le 17 septembre 2003 et signifié aux parties concernées. La portée du débat constitutionnel s'en trouvait quelque peu élargie puisqu'on ajoutait les articles 33, 84 et 85 [de la LIPR] à la liste de ceux déjà indiqués, soit 77 à 83: voir le Dossier d'appel, vol. 6, aux pages 1169 à 1174.

[20] C'est donc dans le contexte particulier d'une requête portant sur la détention qu'une demande élargie de déclaration d'inconstitutionnalité du processus de détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité fut soumise au juge désigné.

Analyse de la décision et des questions en litige

1. Le juge désigné a-t-il compétence pour examiner les questions constitutionnelles soulevées dans le cadre de la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR?

La compétence du juge désigné et la procédure appropriée

[21] Les intimés soutiennent que le juge désigné en vertu de l'article 76 de la LIPR pour contrôler les motifs de la détention n'a pas compétence pour décider de la validité constitutionnelle de certaines des dispositions de cette Loi. Ils s'appuient sur la jurisprudence établie eu égard à l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, telle qu'amendée, (l'ancienne Loi) et plaident que cette jurisprudence survit aux changements apportés par la LIPR. Ils soutiennent, de manière ancillaire, que si le juge désigné avait compétence, il ne l'a pas exercée dans le cadre de la procédure appropriée. Ils nous demandent d'annuler la décision attaquée et d'ordonner

that the matter be heard *de novo* by a different judge in the context of a distinct file that would take the form of an action for a declaration of constitutional invalidity.

[22] To appreciate more clearly the comparison with the former Act, it will be useful to reproduce the relevant provisions [s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31)]:

40.1 (1) Notwithstanding anything in this Act, where the Minister and the Solicitor General of Canada are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports received and considered by them, that a person, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person described in subparagraph 19(1)(c.1)(ii), paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or subparagraph 19(2)(a.1)(ii), they may sign and file a certificate to that effect with an immigration officer, a senior immigration officer or an adjudicator.

...

(3) Where a certificate referred to in subsection (1) is filed in accordance with that subsection, the Minister shall

(a) forthwith cause a copy of the certificate to be referred to the Federal Court for a determination as to whether the certificate should be quashed; and

(b) within three days after the certificate has been filed, cause a notice to be sent to the person named in the certificate informing the person that a certificate under this section has been filed and that following a reference to the Federal Court a deportation order may be made against the person.

(4) Where a certificate is referred to the Federal Court pursuant to subsection (3), the Chief Justice of that Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section shall

(a) examine within seven days, *in camera*, the security or criminal intelligence reports considered by the Minister and the Solicitor General and hear any other evidence or information that may be presented by or on behalf of those Ministers and may, on the request of the Minister or the Solicitor General, hear all or part of such evidence or information in the absence of the person named in the certificate and any counsel representing the person where, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the evidence or information should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

que l'affaire soit entendue de nouveau par un autre juge dans le cadre d'un dossier distinct qui prendrait la forme d'une action en déclaration d'inconstitutionnalité.

[22] Il sera utile, pour mieux comprendre la comparaison avec l'ancienne Loi, d'en reproduire les extraits pertinents [art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31)]:

40.1 (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent, s'ils sont d'avis, à la lumière de renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont ils ont eu connaissance, qu'une personne qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent appartiendrait à l'une des catégories visées au sous-alinéa 19(1)c.1(ii), aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f) g), j), k) ou l) ou au sous-alinéa 19(2)a.1(ii), signer et remettre une attestation à cet effet à un agent d'immigration, un agent principal ou un arbitre.

[...]

(3) En cas de remise de l'attestation prévue au paragraphe (1), le ministre est tenu:

a) d'une part, d'en transmettre sans délai un double à la Cour fédérale pour qu'il soit décidé si l'attestation doit être annulée;

b) d'autre part, dans les trois jours suivant la remise, d'envoyer un avis à l'intéressé l'informant de la remise et du fait que, à la suite du renvoi à la Cour fédérale, il pourrait faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

(4) Lorsque la Cour fédérale est saisie de l'attestation, le juge en chef de celle-ci ou le juge de celle-ci qu'il délègue pour l'application du présent article:

a) examine dans les sept jours, à huis clos, les renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont le ministre et le solliciteur général ont eu connaissance et recueille les autres éléments de preuve ou d'information présentés par ces derniers ou en leur nom; il peut en outre, à la demande du ministre ou du solliciteur général, recueillir tout ou partie de ces éléments en l'absence de l'intéressé et du conseiller la représentant, lorsque, à son avis, leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes;

(b) provide the person named in the certificate with a statement summarizing such information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, as will enable the person to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the issue of the certificate, having regard to whether, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the information should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(c) provide the person named in the certificate with a reasonable opportunity to be heard;

(d) determine whether the certificate filed by the Minister and the Solicitor General is reasonable on the basis of the evidence and information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, and, if found not to be reasonable, quash the certificate; and

(e) notify the Minister, the Solicitor General and the person named in the certificate of the determination made pursuant to paragraph (d).

...

(6) A determination under paragraph (4)(d) is not subject to appeal or review by any court.

(7) Where a certificate has been reviewed by the Federal Court pursuant to subsection (4) and has not been quashed pursuant to paragraph (4)(d),

(a) the certificate is conclusive proof that the person named in the certificate is a person described in subparagraph 19(1)(c.1)(ii), paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or subparagraph 19(2)(a.1)(ii); and

(b) the person named in the certificate shall, notwithstanding section 23 or 103 but subject to subsection (7.1), continue to be detained until the person is removed from Canada.

(7.1) The Minister may order the release of a person who is named in a certificate that is signed and filed in accordance with subsection (1) in order to permit the departure from Canada of the person, regardless of whether the Chief Justice or the designated judge has yet made the determination referred to in paragraph (4)(d).

(8) Where a person is detained under subsection (7) and is not removed from Canada within 120 days after the making of the removal order relating to that person, the person may apply to the Chief Justice of the Federal Court or to a judge of the Federal Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section for an order under subsection (9).

b) fournit à l'intéressé un résumé des informations dont il dispose, à l'exception de celles dont la communication pourrait, à son avis, porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes, afin de permettre à celui-ci d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu à l'attestation;

c) donne à l'intéressé la possibilité d'être entendu;

d) décide si l'attestation est raisonnable, compte tenu des éléments de preuve et d'information à sa disposition, et, dans le cas contraire, annule l'attestation;

e) avise le ministre, le solliciteur général et l'intéressé de la décision rendue aux termes de l'alinéa d).

[...]

(6) La décision visée à l'alinéa (4)d) ne peut être portée en appel ni être revue par aucun tribunal.

(7) Toute attestation qui n'est pas annulée en application de l'alinéa (4)d) établit de façon concluante le fait que la personne qui y est nommée appartient à l'une des catégories visées au sous-alinéa 19(1)c.1(ii), aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f), g), j), k) ou l) ou au sous-alinéa 19(2)a.1(ii) et l'intéressé doit, par dérogation aux articles 23 ou 103 mais sous réserve du paragraphe (7.1), continuer d'être retenu jusqu'à son renvoi du Canada.

(7.1) Le ministre peut ordonner la mise en liberté de la personne nommée dans l'attestation afin de lui permettre de quitter le Canada, que la décision visée à l'alinéa (4)d) ait ou non été rendue.

(8) La personne retenue en vertu du paragraphe (7) peut, si elle n'est pas renvoyée du Canada dans les cent vingt jours suivant la prise de la mesure de renvoi, demander au juge en chef de la Cour fédérale ou au juge de cette cour qu'il délègue pour l'application du présent article de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (9).

(9) On an application referred to in subsection (8) the Chief Justice or the designated judge may, subject to such terms and conditions as the Chief Justice or designated judge deems appropriate, order that the person be released from detention if the Chief Justice or designated judge is satisfied that

(a) the person will not be removed from Canada within a reasonable time; and

(b) the person's release would not be injurious to national security or to the safety of persons.

(a) Jurisdiction

[23] The cases under the former Act established that the designated judge (then referred to as the delegated judge) did not have jurisdiction to decide constitutional questions in the context of examining the reasonableness of the certificate, but that he had such jurisdiction in examining the reasons for detention.

[24] In *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.), at paragraph 23, Denault J., who was the delegated Judge, found that his only role was not to

. . . determine whether the Minister and the Solicitor General were correct in their assessment of the evidence presented to them but rather, in accordance with paragraph 40.1(4)(d), [to] determine whether the security certificate is reasonable on the basis of the evidence and information available to me. . . .

He added:

I have an obligation to enforce the applicable legislation and, in the context of this hearing, it is not my role to determine whether the section in question is contrary to the rights and liberties guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the latter point [at note 7], he noted that

The respondent has launched an action in this Court challenging the constitutional validity, applicability and operability of section 40.1 of the Act.

[25] In *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (F.C.T.D.), Cullen J., who was not the delegated judge, was hearing a motion for recognition of the delegated judge's jurisdiction to hear submissions on the constitutional validity of the former Act. He dismissed the motion and concluded, at paragraphs 13-14:

(9) Sur présentation de la demande visée au paragraphe (8), le juge en chef ou son délégué ordonne, aux conditions qu'il estime indiquées, que l'intéressé soit mis en liberté s'il estime que:

a) d'une part, il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable;

b) d'autre part, sa mise en liberté ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes.

a) la compétence

[23] La jurisprudence rendue sous l'ancienne Loi établit que le juge désigné (alors dit juge délégué) n'avait pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable du certificat (alors dit attestation), mais qu'il avait cette compétence dans le cadre du contrôle des motifs de la détention.

[24] Dans *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^o inst.), au paragraphe 23, le juge Denault, qui était le juge délégué, a conclu que son seul rôle consistait non pas à

[. . .] décider si le ministre et le solliciteur général ont bien évalué la preuve qui leur a été soumise, mais plutôt, conformément à l'alinéa 40.1(4)d), à décider si l'attestation de sécurité est raisonnable à la lumière des éléments de preuve et d'information dont je dispose.

Il ajoutait:

J'ai l'obligation d'appliquer la loi pertinente et, dans le contexte de la présente audience, il ne m'appartient pas de décider si la disposition en cause est contraire aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il notait [à la note 7], sur ce dernier point, que

L'intimé a intenté une action devant la présente Cour pour contester la constitutionnalité, l'applicabilité et la force opérante de l'article 40.1 de la Loi.

[25] Dans *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (C.F. 1^o inst.), le juge Cullen, qui n'était pas le juge délégué, était saisi d'une requête visant à reconnaître au juge délégué la compétence de considérer des arguments relatifs à la constitutionnalité de l'ancienne Loi. Il a rejeté la requête et conclu comme suit, aux paragraphes 13 et 14:

While accepting the principles set out in the above-noted cases, the applicant's argument is based on the assumption that the designated judge is a "court of competent jurisdiction" to hear Charter arguments. If the designated judge has no jurisdiction to hear Charter arguments, then the lack of an appeal is irrelevant. In my view, the lack of appeal is premised on an assumption that the designated judge does not have such jurisdiction. It is a further indication that Parliament intended that the designated judge only consider whether the certificate is reasonable on the basis of the available evidence. Questions of Charter infringement demand a much higher standard of proof and are incompatible with merely an assessment of reasonableness.

In summary, the clear language of section 40.1 of the *Immigration Act* is incompatible with extensive Charter review and it is my conclusion that the designated judge in the review of a certificate does not have jurisdiction to consider arguments and grant remedies pursuant to subsection 24(1) *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[26] In *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616 (T.D.), Rothstein J. (as he then was), who was not the delegated judge, on an application for judicial review brought simultaneously with the application for review of the certificate, had before him an application for interim relief that would result in the applicant's release from custody. The Judge notes, at paragraph 7 of his reasons, that it was because of the lack of jurisdiction of the delegated judge that the applicant claimed he had to bring a distinct application for judicial review in order to obtain a review of the constitutional issues. Having dismissed the application for interim relief on the ground that the balance of inconvenience weighed in favour of the Ministers, Rothstein J. refrained from deciding the issues of jurisdiction and procedure that were before him. However at paragraph 9, he expressed the following opinion, in *obiter*:

Initially, I would have thought that a constitutional challenge to legislation would have to be brought by action as was done in *Ahani*, *supra*. However, in this case the applicant also challenges the constitutionality of the Ministers' certificate. In addition, I note the *dicta* of Bastarache J. in the recent Supreme Court of Canada decision in *Canada*

S'il reconnaît les principes énoncés dans les affaires susmentionnées, l'argument du requérant s'appuie sur l'hypothèse que le juge délégué est un tribunal compétent pour trancher les questions relatives à la Charte. Si le juge délégué n'est pas compétent pour trancher ces questions, l'absence de droit d'appel n'a pas d'importance. Selon moi, l'absence de droit d'appel trouve sa prémisse dans l'hypothèse que le juge délégué n'est pas compétent à cet égard. C'est là une autre indication que le Parlement avait l'intention que le juge délégué détermine uniquement le caractère raisonnable de l'attestation en fonction des éléments de preuve dont il dispose. Les questions relatives aux infractions à la Charte exigent une norme de preuve beaucoup plus élevée et sont incompatibles avec la simple évaluation du caractère raisonnable d'une décision.

En résumé, la formulation limpide de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* est incompatible avec un examen approfondi en vertu de la Charte, et je conclus que le juge délégué chargé de l'examen d'une attestation n'est pas compétent pour entendre les arguments et pour accorder des réparations en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[26] Dans *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616 (1^{re} inst.), le juge Rothstein (tel était alors son titre), siégeant alors en première instance, qui n'était pas le juge délégué, était saisi, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire instituée parallèlement à la demande d'examen de l'attestation, d'une demande de mesures provisoires visant la remise en liberté du demandeur. Le juge note, au paragraphe 7 de ses motifs, que c'est en raison de l'absence de compétence du juge délégué que le demandeur se dit obligé d'introduire une demande de contrôle judiciaire distincte, afin que puissent être examinées les questions constitutionnelles. Ayant rejeté la demande de mesures provisoires au motif que la balance des inconvénients penchait en faveur des ministres, le juge Rothstein s'est abstenu de trancher les questions de compétence et de procédure dont il était saisi. Il a cependant émis l'opinion qui suit, au paragraphe 9, en remarque incidente:

D'emblée, il m'aurait semblé que la contestation d'une loi au motif qu'elle est inconstitutionnelle doit être introduite sous la forme d'une action, comme on l'a fait dans *Ahani* (précité). Toutefois, dans la présente affaire, le demandeur s'attaque aussi à la constitutionnalité de l'attestation des ministres. Je note aussi les remarques incidentes du juge Bastarache dans la

(*Canadian Human Rights Commission*) v. *Canadian Liberty Net*, [1998] S.C.J. No. 31 (QL) in which he makes reference to an originating notice of motion for a free-standing injunction. This question of procedure entails significant analysis and on this application the arguments were not fully developed. Further, the parties did not deal with the application, if any, of *Canadian Liberty Net*, *supra*. Given my decision to dismiss the application for interim relief on the basis of balance of inconvenience favouring the Ministers, such extensive analysis is unnecessary. I shall assume the present proceeding to be a valid one for bringing this request for interim relief before the Court.

Incidentally, he refused to decide whether, assuming that the constitutionality issue necessarily had to be brought in the Federal Court in the form of an action, he could order pursuant to section 18.4 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] that the application for judicial review that was before him could be brought as if it were an action.

[27] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 192 (C.A.) (an appeal unrelated to the decision of Cullen J.), this Court considered whether the delegated judge, in the review of the reasons for detention, had jurisdiction to determine constitutional issues. Pursuant to subsection 40.1(9) of the former Act, the delegated judge had ordered the release of Suresh subject to certain conditions. The specific question before the Court of Appeal was “whether a designated judge . . . has jurisdiction to hear any constitutional issues that arise from an order made by that judge pursuant to subsection 40.1(9)” (at paragraph 1). Suresh argued that certain conditions imposed by the delegated judge contravened freedom of expression and association under the Charter.

[28] McDonald J.A., on behalf of the Court, said, at paragraph 9, he was

. . . convinced that there is nothing in the Act limiting a designated judge on jurisdictional grounds from considering constitutional issues on a subsection 40.1(8) application.

and added that

décision récente de la Cour suprême du Canada, *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] A.C.S. n° 31 (QL), dans laquelle il parle d’un avis de requête visant l’obtention d’une injonction autonome. Alors que cette question de procédure exige une analyse approfondie, les plaidoiries dans la présente affaire en ont fort peu traité. Les parties n’ont pas abordé la pertinence de *Canadian Liberty Net* (précité), s’il en est. Étant donné que j’ai décidé de rejeter la demande de mesures provisoires au motif que la balance des inconvénients est en faveur des ministres, une analyse aussi détaillée est inutile. Je vais considérer que la procédure adoptée pour demander les mesures provisoires à cette Cour est appropriée.

Il refusait par ailleurs de décider si, dans l’hypothèse où la question de la validité constitutionnelle devait nécessairement être introduite devant la Cour fédérale sous forme d’action, il pouvait ordonner, en vertu de l’article 18.4 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], que la demande de contrôle judiciaire dont il était saisi puisse être instruite comme s’il s’agissait d’une action.

[27] Notre Cour s’est penchée, dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 4 C.F. 192 (C.A.) (un appel non relié à la décision du juge Cullen), sur la question de savoir si le juge délégué, dans le cadre du contrôle des motifs de la détention, avait compétence pour trancher des questions constitutionnelles. Le juge délégué, en application du paragraphe 40.1(9) de l’ancienne Loi, avait ordonné la remise en liberté de Suresh à certaines conditions. La question précise dont était saisie la Cour d’appel était «d’examiner si un juge délégué [. . .] a compétence pour entendre les questions constitutionnelles découlant d’une ordonnance que lui-même a rendue en application du paragraphe 40.1(9)» (au paragraphe 1). Suresh prétendait que certaines conditions imposées par le juge délégué portaient atteinte à la liberté d’expression et d’association protégée par la Charte.

[28] Le juge McDonald, au nom de la Cour, s’est dit, au paragraphe 9:

[. . .] convaincu que la Loi ne comporte aucune disposition déniaut au juge délégué la compétence pour connaître des questions constitutionnelles relatives à une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8).

et ajoutait que

The cases cited by the appellant [*Baroud, Suresh and Singh*] as standing for the proposition that constitutional issues can not be considered are, in any event, easily distinguished on their facts.

[29] McDonald J.A. then went on to distinguish the *Baroud* and *Suresh* cases on their facts, noting, at paragraph 11, that because in *Suresh*:

... paragraph 40.1(4)(d) of the Act only gave the designated judge jurisdiction to consider the reasonableness of the certificate, constitutional arguments could not be entertained.

He added, at paragraphs 12 and 13:

I would note that a prominent factor giving rise to Cullen J.'s decision in *Suresh* was that subsection 40.1(6) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act sets out that a determination under paragraph 40.1(4)(d) is not subject to appeal or review by any court. There is no such corresponding limit pertaining to subsection 40.1(8) of the Act. Further, both *Suresh* and *Baroud* were concerned with attacking the constitutionality of an entire section of the Act (for instance, in *Suresh*, clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B)) whereas in the case at bar, we are concerned only with the constitutionality of the terms of an order made by the designated judge. These cases are, therefore, distinguishable on the ground that they arose under a different section of the Act which limits any right of appeal and on the ground that they were concerned with entirely different issues.

Thus, I find that a designated judge under subsection 40.1(8) of the Act has jurisdiction to entertain Charter arguments with respect to the constitutionality of the terms of any order made under subsection 40.1(9) of the Act. Indeed, a designated judge is compelled to consider the constitutionality of any order he or she makes pursuant to this subsection. Unlike a proceeding under subsection 40.1(4) he has the remedy available: namely, the appropriate wording of the release conditions. [Footnote omitted.]

[30] This Court therefore concluded, in *Suresh*, in *obiter*, that the delegated judge had jurisdiction to decide constitutional issues in the context of his review of the reasons for detention, but it based this conclusion largely on the fact that the decision of the delegated judge in this regard was appealable.

[31] What is the situation under the IRPA?

quoi qu'il en soit, les précédents cités par l'appelant [*Baroud, Suresh et Singh*] comme posant que le juge délégué ne peut connaître des questions constitutionnelles portent sur des faits n'ayant aucun rapport avec les faits de la cause en instance.

[29] S'employant ensuite à distinguer dans les faits les affaires *Baroud* et *Suresh*, le juge McDonald souligne que dans l'affaire *Suresh*, au paragraphe 11:

[...] l'alinéa 40.1(4)d) de la Loi n[']habilitait [le juge] qu'à examiner si l'attestation était raisonnable, il ne pouvait donc connaître des questions constitutionnelles.

Il ajoutait, aux paragraphes 12 et 13:

J'estime qu'un facteur primordial qui présidait à la décision du juge Cullen dans *Suresh* était que le paragraphe 40.1(6) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 29, art. 4] de la Loi prévoit que la décision rendue sous le régime de l'alinéa 40.1(4)d) est sans appel. Rien de tel n'est prévu à l'égard de la décision rendue en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi. Qui plus est, il y avait dans *Suresh* comme dans *Baroud* remise en question de toute une disposition de la Loi (par exemple les divisions 19(1)e)(iv)(C) et 19(1)f)(iii)(B) dans *Suresh*), alors qu'en l'espèce, est seule en cause la constitutionnalité des conditions de l'ordonnance rendue par le juge délégué. On peut donc distinguer l'affaire en instance des causes citées, en ce qu'elles se rapportaient à une autre disposition de la Loi qui exclut le droit d'appel et qu'elles portaient sur des points litigieux entièrement différents.

Je conclus donc que le juge délégué en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi a compétence pour connaître des arguments tirés de la Charte sur la constitutionnalité des conditions de l'ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9). De fait, il est tenu d'en considérer la constitutionnalité. À la différence de la procédure visée au paragraphe 40.1(4), il dispose au départ du moyen de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté selon les circonstances. [Note en bas de page omise.]

[30] Notre Cour a donc conclu, dans *Suresh*, en remarque incidente, que le juge délégué avait compétence pour trancher des questions constitutionnelles dans le cadre de son contrôle des motifs de la détention, mais elle fondait cette conclusion, en grande partie, sur le fait que la décision du juge délégué à cet égard était susceptible d'appel.

[31] Qu'en est-il en vertu de la LIPR?

[32] In *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451 (F.C.A.), this Court held that the designated judge's decision on review of the reasons for detention was not subject to appeal under the new Act. It follows that the jurisdiction of the designated judge can no longer be justified by McDonald J.A.'s *obiter dictum* in *Suresh*. The solution must be found elsewhere.

[33] The designated Judge in this case (Mr. Justice Simon Noël) rightly notes that in the absence of any express attribution of jurisdiction, the Court may, because of the particular function it performs and the structure, powers and processes conferred on it by Parliament, have implicitly been given jurisdiction to grant the Charter relief that is sought (see *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, at page 641).

[34] Noël J. concluded that the IRPA implicitly gave the designated judge the jurisdiction that was not assigned to him by the former Act. In reaching this conclusion, he relies primarily on paragraph 3(3)(d) of the IRPA, which provides that "This Act is to be construed and applied in a manner that . . . ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter*", and the English text of paragraph 78(c) of the IRPA, which states that the judge "shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit".

[35] With respect, we do not think that these provisions alter the jurisdiction of the designated judge for the purposes that concern us here. Paragraph 3(3)(d) is a routine provision that applies to everyone who is required by the Act to make decisions, whether it is a visa officer, the Immigration Division, the Refugee Protection Division, the Minister, the designated judge, a judge sitting on judicial review or the Federal Court of Appeal. This paragraph is not attributive of any new jurisdiction.

[36] The English text of paragraph 78(c) does not confer any new jurisdiction, either. It is addressed to the form of the hearing, and nothing more. The French text is clear. In regard to the English text, we acknowledge

[32] Notre Cour a décidé, dans *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.F.), que la décision du juge désigné relativement au contrôle des motifs de la détention n'était pas susceptible d'appel en vertu de la LIPR. Il s'ensuit que la remarque incidente du juge McDonald, dans *Suresh*, ne peut plus asseoir la compétence du juge désigné. Il faut chercher ailleurs la solution.

[33] Le juge désigné en l'espèce (le juge Simon Noël) rappelle à juste titre qu'à défaut d'attribution expresse de compétence, le législateur peut, par la fonction du tribunal judiciaire en cause et par la structure, les pouvoirs et les mécanismes dont l'a doté le Parlement, avoir implicitement conféré la compétence d'accorder le redressement recherché en vertu de la Charte (voir *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, à la page 641).

[34] Le juge Noël a conclu que la LIPR reconnaît implicitement au juge désigné la compétence que ne lui reconnaissait pas l'ancienne Loi. Il s'appuie principalement, pour en arriver à cette conclusion, sur l'alinéa 3(3)d) de la LIPR, qui prévoit que «L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [. . .] d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte*», ainsi que sur le texte anglais de l'alinéa 78c) de la LIPR qui prescrit que le juge «*shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit*».

[35] Avec égards, nous ne croyons pas que ces dispositions modifient la compétence du juge désigné pour les fins qui nous concernent ici. L'alinéa 3(3)d) est une clause de style qui vaut à l'égard de toutes les personnes qui sont appelées par la LIPR à rendre des décisions, qu'il s'agisse de l'agent de visa, de la Section de l'immigration, de la Section de la protection des réfugiés, du ministre, du juge désigné, du juge siégeant en contrôle judiciaire ou de la Cour d'appel fédérale. Cet alinéa n'attribue aucune compétence nouvelle.

[36] Le texte anglais de l'alinéa 78c) ne confère lui non plus aucune compétence nouvelle. Il vise la forme de l'audition, et rien de plus. Le texte français est clair. Quant au texte anglais, nous reconnaissons que l'emploi

that the use of the words “determination”, in the introductory clause of section 78, and “matter” in paragraph 78(a), to express the word “*affaire*” that is used throughout the French text, and the use of the words “all matters” in the English text of paragraph 78(c), which have no equivalent in the French text, are not the happiest choices, but in our opinion there is no doubt what they mean: the designated judge hears the matter—which includes the ancillary questions of proof and procedure—informally and expeditiously.

[37] We note as well that the English text of paragraph (c) uses the word “deal”, which is rendered by “*procède*” in the French text, and this in our view confirms that section 78 is addressed to procedure and not jurisdiction. It is further on, in sections 80 and 83, that the jurisdiction of the designated judge is established.

[38] Finally, the type of informal procedure contemplated by paragraph 78(c) is incompatible with the type of procedure that would allow a Court to decide constitutional issues.

[39] However, we reach the same conclusion as Noël J., but by a somewhat different route. Our reasons are related to the concept of designated judge, the recent recognition of the jurisdiction of a designated judge to make certain decisions that are subject to appeal, and to some legislative changes.

[40] First, a word about the concept of “designated judge” that Noël J. rightly refurbished. This concept, we think, has been distorted by the case law, mainly out of the mistaken belief—to which we will return—that once it is said that the judge’s final decision is not appealable, he can have no decision-making powers other than those closely associated with the limited mandate conferred on him as designated judge. When we go back to the origin of the concept, as Noël J. did at paragraphs 35 and 36 of his reasons, we find that Parliament’s intention was not to make the “designated judge” a second-rank judge invested with fewer powers than a non-designated judge, but to ensure the presence of judges who are sufficiently informed to hear matters pertaining to national security. The designated judge’s specialization has meant, over the years, that his expertise as a generalist judge has been put on the “back burner”, which is an error: it is an added

des mots «*determination*», dans la phrase liminaire de l’article 78, et «*matter*» dans l’alinéa 78a), pour rendre le mot «*affaire*» employé à chaque occasion dans le texte français, ainsi que l’emploi des mots «*all matters*», dans le texte anglais de l’alinéa 78c), qui n’ont pas d’équivalent dans le texte français, ne sont pas des plus heureux, mais leur sens, à notre avis, ne fait aucun doute: le juge désigné entend l’affaire—ce qui comprend les questions ancillaires de preuve et de procédure—sans formalisme et de façon expéditive.

[37] Nous notons aussi que le texte anglais de l’alinéa c) emploie le mot «*deal*», qui est rendu par «*procède*» dans le texte français, ce qui confirme, selon nous, que l’article 78 vise la procédure et non la compétence. C’est plus loin, aux articles 80 et 83, qu’est établie la compétence du juge désigné.

[38] Finalement, le type de procédure informelle qu’envisage l’alinéa 78c) est incompatible avec le type de procédure qui permet à une Cour de trancher des questions constitutionnelles.

[39] Nous en arrivons cependant à la même conclusion que le juge Noël, mais par un cheminement quelque peu différent. Nos motifs sont reliés au concept de juge désigné, à la reconnaissance récente de la compétence d’un juge désigné de rendre certaines décisions susceptibles d’appel et à des changements législatifs.

[40] Un mot, d’abord, sur le concept de «*juge désigné*» que le juge Noël a bien fait de dépoussiérer. Ce concept nous paraît avoir été déformé par la jurisprudence, principalement pour cette croyance erronée—sur laquelle nous reviendrons—que sa décision ultime étant dite non susceptible d’appel, le juge désigné ne pouvait avoir d’autres pouvoirs décisionnels que ceux intimement associés au mandat restreint qui lui était confié en tant que juge désigné. Quand on remonte à l’origine du concept comme l’a fait le juge Noël aux paragraphes 35 et 36 de ses motifs, on constate que le but recherché par le législateur n’était pas de faire du «*juge désigné*» un juge de second rang investi de moins de pouvoirs qu’un juge non désigné, mais d’assurer la présence de juges suffisamment avertis pour entendre les affaires relatives à la sécurité nationale. La spécialisation du juge désigné a fait en sorte, au fil des ans, que son

value, for a judge of the Federal Court, to be a designated judge, and his general expertise as a judge is enhanced, not diminished, by his specialization as a designated judge. As Noël J. notes, at paragraphs 37 and 39 of his reasons,

It should be emphasized that the designation procedure established by these provisions is not intended to limit the judge's powers. Indeed, the designated judge exercises the ordinary functions of a puisne judge. Only the circumstances in which the judge is carrying out the functions are exceptional, in the sense that they involve national security.

...

To summarize, in addition to the full jurisdiction of a Federal Court judge, designated judges have the jurisdiction specifically granted to them under section 76 *et seq.* of the IRPA. Thus, when hearing immigration matters, designated judges do not lose their status of Federal Court judge; they retain all their powers, and also have the powers that result from being a designated judge.

[41] Moreover, the expression “designated judge” is misleading in that it disguises the fact that the judge is a representative of the Chief Justice (see section 76) and the fact that, in effect, it is the Court, and not the judge, that renders the decision. As subsection 77(1) says, the Ministers refer the certificate to the Federal Court “which shall make a determination under section 80” (our underlining). Parliament intended, therefore, that it would be the Court, at its highest level moreover, that would hear and determine questions related to national security.

[42] By restoring to the designated judge his “letters patent of nobility”, Noël J. and this Court are simply returning to what was said by Mr. Justice Dickson [as he then was] in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.*, [1982] 2 S.C.R. 518, at page 527, a case in which the Supreme Court of Canada reversed itself and removed the concept of “*persona designata*” from the legal lexicon:

. . . I would declare that whenever a statutory power is conferred upon a s. 96 [of the BNA Act] judge or officer of a

expertise en tant que juge généraliste a été mise en veilleuse, ce qui est une erreur: c'est une valeur ajoutée, pour un juge de la Cour fédérale, que d'être un juge désigné et son expertise générale en tant que juge est rehaussée plutôt que diminuée par sa spécialisation en tant que juge désigné. Ainsi que le rappelle le juge Noël aux paragraphes 37 et 39 de ses motifs,

Il est important de souligner que la procédure de désignation établie dans ces dispositions n'a pas pour but de limiter les pouvoirs du juge. En effet, le juge désigné exerce ses fonctions ordinaires de juge puîné. Ce ne sont que les circonstances dans lesquelles il exerce ses fonctions qui sont exceptionnelles, en ce sens qu'elles ont trait à la sécurité nationale.

[. . .]

En somme, le juge désigné possède toute la compétence d'un juge de la Cour fédérale et possède également une compétence qui lui est spécifiquement accordée en vertu de l'article 76 et suivants de la LIPR. Lorsqu'il entend des dossiers d'immigration, le juge désigné ne perd donc pas son statut de juge de la Cour fédérale; il conserve tous ses pouvoirs et possède de surcroît ceux qui découlent du fait d'être un juge désigné.

[41] D'ailleurs, l'expression «juge désigné» est trompeuse dans la mesure où elle masque le fait que c'est d'un représentant du juge en chef dont il s'agit (voir l'article 76) et le fait qu'en définitive, c'est la Cour, et non le juge, qui rend la décision. Ainsi que le dit le paragraphe 77(1), les ministres déposent le certificat à la Cour fédérale «pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80» («refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80») (notre soulignement). Le Parlement a ainsi voulu que ce soit la Cour, à son plus haut niveau hiérarchique par surcroît, qui soit saisie de questions reliées à la sécurité nationale.

[42] En redonnant au juge désigné ses lettres de noblesse, le juge Noël et nous-mêmes ne faisons que revenir à ces propos du juge Dickson [tel était alors son titre], dans *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la page 527, une affaire où la Cour suprême du Canada avait fait volte-face et évacué du vocabulaire juridique le concept de «*persona designata*»:

[. . .] je déclare que chaque fois qu'une loi confère un pouvoir à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour visée à l'art. 96 [de

court, the power should be deemed exercisable in an official capacity as representing the court, unless there is express provision to the contrary.

[43] Next, a word about the power now given to a designated judge to make certain decisions that are subject to appeal. One of the premises of Denault, Cullen JJ. and McDonald J.A. in the aforementioned cases was that a delegated judge could make only the final decision that he had a specific mandate to make, i.e. the one dealing with the reasonableness of the certificate. It was in fact common at the time to limit the delegated judge's jurisdiction and to say that since his decision concerning the certificate was without appeal, he could not make any other decision that itself was subject to appeal.

[44] This approach was likely explained by the analogy that was made with the case law dealing with revocation of citizenship. Under subsection 18(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, the Federal Court had to determine whether there had been fraud, false representation or knowing concealment of material circumstances when a person was admitted to Canada, and the Court's decision, under subsection 18(3), was final and not subject to appeal. Under Rule 900 *et seq.* of the *Federal Court Rules* then in force [C.R.C., c. 663], which set out a special procedure on citizenship appeals, the Court's practice was to designate a judge, referred to as a reference judge, to hear the appeal.

[45] This narrow interpretation of the reference judge's jurisdiction proved to be mistaken, as time went by. It was the Supreme Court of Canada's 1997 judgment in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, that initiated a more realistic interpretation of subsection 18(3) of the *Citizenship Act*. A motion to stay the proceedings had been presented to a judge other than the reference judge. The motion was allowed and the proceedings were stayed. The Minister appealed the decision to the Federal Court of Appeal [[1997] 1 F.C.

l'AANB], il doit être considéré comme un pouvoir qui peut être exercé par ce juge ou ce fonctionnaire en sa qualité officielle de représentant de la cour, à moins d'une disposition expresse en sens contraire.

[43] Un mot, ensuite, sur le pouvoir maintenant reconnu d'un juge désigné de rendre certaines décisions qui sont susceptibles d'appel. Une des prémisses des juges Denault, Cullen et McDonald, J.C.A. dans les affaires précitées était qu'un juge délégué ne pouvait rendre que la décision ultime qu'il avait le mandat spécifique de rendre, soit celle portant sur le caractère raisonnable de l'attestation. Il était en effet courant, à cette époque, de restreindre la compétence du juge délégué et de dire que, puisque sa décision en ce qui a trait à l'attestation était sans appel, il ne pouvait rendre aucune autre décision qui serait, elle, susceptible d'appel.

[44] Cette façon de voir s'expliquait vraisemblablement par l'analogie qui était faite avec la jurisprudence portant sur les affaires de révocation de citoyenneté. En effet, en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, la Cour fédérale était appelée à décider s'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels lors de l'admission d'une personne au Canada, et la décision de la Cour, selon le paragraphe 18(3), était définitive et non susceptible d'appel. En vertu des Règles 900 et suivantes des *Règles de la Cour fédérale* qui étaient alors en vigueur [C.R.C., ch. 663] et qui prescrivaient une procédure particulière relativement aux appels en matière de citoyenneté, la pratique de la Cour était de désigner un juge, dit juge du renvoi, pour entendre l'appel.

[45] Cette interprétation restrictive de la compétence du juge de renvoi s'est avérée, avec le temps, erronée. C'est l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, en 1997, dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, qui a donné le coup d'envoi d'une interprétation plus réaliste du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*. Une requête en suspension des procédures avait été présentée à un juge autre que le juge du renvoi. La requête fut accueillie et les procédures furent suspendues. Le ministre a porté la décision en appel devant la Cour

828], but *Tobiass*' counsel asked that the appeal be set aside for lack of jurisdiction. In their opinion, subsection 18(3) of the *Citizenship Act* immunized the decision staying the proceedings from any appeal. The Court of Appeal, in the majority, dismissed the motion and returned to its jurisdiction. The Supreme Court of Canada upheld the existence of the right of appeal in these words, at paragraphs 51, 57, 58 and 66:

This conclusion flows from the wording of s. 18. Section 18(1) refers to a very particular kind of decision: a decision as to whether a person "has obtained, retained, renounced or resumed citizenship" by false pretences. However, a stay of proceedings is entered for reasons which are completely unrelated to the circumstances surrounding the obtaining, retaining, renouncing or resuming of citizenship. Indeed, a decision to order (or not to order) a stay of proceedings is different from the type of determination that the Court is called upon to make under subsection 18(1).

...

However, whether s. 18(1) is interpreted narrowly as encompassing only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, or more broadly to include the interlocutory decisions made in the context of a s. 18(1) hearing which are related to this determination, it is apparent that it does not encompass an order granting or denying a stay of proceedings.

Unlike interlocutory decisions, a stay of proceedings will not be made in order to more efficiently determine the ultimate question of whether citizenship was obtained by false pretences. An order staying proceedings is therefore not related to this ultimate decision.

...

The power to order a stay does not flow by necessary implication from the power to decide if citizenship was obtained by false pretences, set out at s. 18(1). Rather, it is a power which not only has its source in a different statutory provision (s. 50 of the *Federal Court Act*) but is also unrelated to the power set out at s. 18(1). To borrow the words of Lamer C.J. in *Hinse*, it is a "separate, divisible judicial act" (p. 626).

[46] Since *Tobiass*, this Court has recognized the right of appeal from other types of decisions made in the

d'appel fédérale [[1997] 1 C.F. 828], mais les procureurs de *Tobiass* ont demandé l'annulation de l'appel pour défaut de compétence. À leur avis, le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* mettait la décision suspendant les procédures à l'abri de tout appel. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté la requête et reconnu sa compétence. La Cour suprême du Canada a confirmé l'existence du droit d'appel en ces termes, aux paragraphes 51, 57, 58 et 66:

Cette conclusion découle du libellé de l'art. 18. Le paragraphe 18(1) renvoie à un genre très particulier de décision: il s'agit de décider si une personne a acquis, conservé ou répudié la citoyenneté ou a été réintégrée dans celle-ci par des moyens frauduleux. Cependant, la suspension des procédures est ordonnée pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté ni avec la réintégration dans celle-ci. En effet, la décision d'ordonner (ou de ne pas ordonner) la suspension des procédures diffère du genre de décision que la cour est appelée à rendre sous le régime du par. 18(1).

[. . .]

Cependant, que le par. 18(1) soit interprété de façon stricte de manière à viser seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, ou de façon plus libérale afin d'englober les jugements interlocutoires se rapportant à cette décision qui sont rendus dans le cadre d'une audience visée par le par. 18(1), il est manifeste qu'il ne comprend pas une ordonnance accordant ou refusant la suspension des procédures.

Contrairement aux jugements interlocutoires, la suspension des procédures ne sera pas prononcée afin de trancher plus efficacement la question ultime de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux. L'ordonnance qui suspend les procédures n'est donc pas liée à cette décision ultime.

[. . .]

Le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures ne découle pas nécessairement du pouvoir de décider si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux prévu au par. 18(1). Au contraire, c'est un pouvoir qui non seulement a pour origine une disposition législative différente (l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*) mais n'a pas de rapport avec le pouvoir visé au par. 18(1). Pour reprendre les termes du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Hinse*, c'est un «acte judiciaire distinct et divisible» (p. 626).

[46] Depuis *Tobiass*, notre Cour a reconnu le droit d'en appeler d'autres types de décisions rendues dans le

context of a reference. For example, in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657 (C.A.), the Court, at paragraphs 35 and 37, held that a judgment on the possibility of proceeding by summary judgment was appealable:

When one looks at the purpose and objective of subsections 18(1) and (3), it seems to me that the decision from which there can be no appeal is the one made by the judge hearing the entire matter, who determines in light of all the facts whether there was a fraudulent act. In the case at bar, the decision by the Motions Judge is not a decision made on the issue before the reference judge, namely a decision on whether there was a fraudulent act.

...

I further consider that a decision on the scope and requirements of the summary judgment proceeding is similar to a decision ordering a stay of proceedings, and this is not covered by the appeal prohibition contained in subsection 18(3): see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraph 57. Both decisions are procedural in nature. One, the stay of proceedings, is designed to terminate proceedings, and the other, the summary judgment procedure, either to terminate or to shorten proceedings by terminating a part of them. At no time, however, does a decision on the validity of recourse to either of these procedural vehicles affect or impinge on the matter being heard by the Trial Division under subsection 18(1), namely a determination of whether the respondent has obtained entry to Canada by fraud or false representation.

[47] Mr. Justice Marc Noël, in *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.), has held that a decision on a judge's bias was not covered by subsection 18(3) of the *Citizenship Act* and was appealable. (See also the decisions of Stone J.A. in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.) and Isaac J.A. [as he then was] in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast*, 2002 FCA 292; [2002] F.C.J. No. 1036 (QL), who query the scope of subsection 18(3).) This Court, in *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394; [2004] F.C.J. No. 1982 (QL), has recently decided that a decision pertaining to the partiality of the judge was subject to appeal

cadre d'un renvoi. Ainsi, dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657 (C.A.), la Cour a décidé, aux paragraphes 35 et 37 qu'un jugement relatif à la possibilité de procéder par jugement sommaire était susceptible d'appel:

Or, lorsque l'on regarde le but et l'objectif des paragraphes 18(1) et 18(3), il m'apparaît que la décision qui n'est pas susceptible d'appel est la décision rendue par le juge saisi de toute l'affaire qui détermine, à la lumière de tous les faits, s'il y a eu ou non manœuvre dolosive. En l'espèce, la décision prise par la juge des requêtes n'est pas une décision rendue sur l'affaire dont est saisi le juge de renvoi, à savoir une décision sur l'existence ou non d'une manœuvre dolosive.

[...]

Je suis également d'avis qu'une décision sur la portée et les critères d'application de la procédure de jugement sommaire s'apparente à une décision ordonnant une suspension d'instance qui, elle, n'est pas couverte par l'interdiction d'appel prévue au paragraphe 18(3): voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, au paragraphe 57. Les deux décisions sont de nature procédurale. L'une, la suspension d'instance, vise à mettre un terme aux procédures, l'autre, la procédure de jugement sommaire, vise soit à y mettre un terme, soit à en abrégier la durée en mettant un terme à une partie. Mais en aucun temps, la décision sur le bien-fondé de recourir à l'un ou l'autre de ces véhicules procéduraux ne touche ou ne porte atteinte à la question dont la Section de première instance est saisie en vertu du paragraphe 18(1), soit la détermination que l'intimé a ou non obtenu par fraude ou fausses représentations son entrée au Canada.

[47] Le juge Marc Noël, dans *Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.), a décidé qu'une décision portant sur la partialité d'un juge n'était pas visée par le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* et était susceptible d'appel. (Voir, aussi, les décisions du juge Stone, J.C.A., dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.F.) et du juge Isaac, J.C.A. [tel était alors son titre], dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast*, 2002 CAF 292; [2002] A.C.F. n° 1036 (QL), qui s'interrogent sur la portée du paragraphe 18(3).) Cette Cour, dans *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), vient de décider qu'une

notwithstanding subsection 80(3) of the IRPA.

[48] If it is agreed that the designated judge may, in the exercise of the powers conferred by sections 80 and 83 of the IRPA, make some decisions that are subject to appeal, then there should be no further question as to his jurisdiction to make them. It seems obvious to us that a decision on the constitutional validity of the IRPA has to do with the jurisdiction of the Court and not the reasonableness of the certificate, that it constitutes a separate, divisible judicial act, to repeat the words of the Court in *Tobiass*, and that it is consequently appealable.

[49] Finally, a word on the legislative changes. Under the former Act, the delegated judge was assigned two specific mandates: to examine the reasonableness of the certificate, and to order, in the circumstances described in subsection 40.1(9), the release. The IRPA gives the designated judge a third mandate: to determine whether the Minister's decision, on an application for protection filed under subsection 112(1), is "lawfully" made. This additional mandate is found in section 80, the same section that gives the designated judge the mandate to examine the reasonableness of the certificate. If lawfulness is the issue, it is a question of law, and as the Supreme Court of Canada tells us, questions of law include constitutional questions (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 40):

In cases where the empowering legislation contains an express grant of jurisdiction to decide questions of law, there is no need to go beyond the language of the statute. An express grant of authority to consider or decide questions of law arising under a legislative provision is presumed to extend to determining the constitutional validity of that provision.

[50] If a designated judge now has explicit jurisdiction to decide constitutional questions in the exercise of one of the three mandates conferred on him by the IRPA, it is not unreasonable to think that Parliament, by implication, intended that he also have this jurisdiction

décision portant sur la partialité d'un juge n'était pas visée par le paragraphe 80(3) de la LIPR.

[48] Si l'on accepte que le juge désigné puisse, dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 80 et 83 de la LIPR, rendre des décisions susceptibles d'appel, sa compétence de les rendre ne devrait donc plus être remise en question. Or, il nous semble évident qu'une décision portant sur la constitutionnalité de la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat, qu'elle constitue un acte judiciaire distinct et divisible, pour reprendre les mots de la Cour cités dans *Tobiass* et qu'elle est, en conséquence, susceptible d'appel.

[49] Un mot, enfin, sur les changements législatifs. Sous l'ancienne Loi, le juge délégué se voyait confier deux mandats spécifiques: celui d'examiner le caractère raisonnable de l'attestation et celui d'ordonner, dans les circonstances décrites au paragraphe 40.1(9), la mise en liberté. La LIPR confie au juge désigné un troisième mandat, celui de décider de la «légalité» de la décision du ministre relativement à la demande de protection qui aurait été déposée en vertu du paragraphe 112(1). Ce mandat additionnel se retrouve à l'article 80, ce même article qui confie au juge désigné le mandat d'examiner le caractère raisonnable du certificat. Qui dit légalité dit questions de droit, et selon l'enseignement récent de la Cour suprême du Canada, qui dit questions de droit suppose questions constitutionnelles (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 40):

Lorsque la loi habilitante confère expressément le pouvoir de trancher des questions de droit, l'on peut s'en tenir à son libellé. L'attribution expresse du pouvoir d'examiner ou de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative est présumée conférer également le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition.

[50] Si un juge désigné a maintenant, de manière expresse, compétence pour trancher des questions constitutionnelles dans l'exercice d'un des trois mandats que lui confère la LIPR, il n'est pas déraisonnable de penser que le législateur a implicitement voulu qu'il ait

in the exercise of the other two.

(b) Procedure

[51] Still to be determined is whether the designated judge may decide constitutional questions by way of a motion instead of by way of an action or an application for judicial review.

[52] Noël J. was careful, in this case, to dissociate the motion on the constitutional validity of the IRPA from the judicial review of the reasons for detention. He held a distinct, independent, formal hearing under the procedural rules that are generally applicable. The argument in Court and the reasons he gave steered clear of the specific facts of the *Charkaoui* case. The questions that were argued were questions of law and they were decided on the basis of a record that the parties considered complete. It was by choice and not for lack of procedural options that the Ministers filed no evidence pertaining to justification under section 1 of the Charter.

[53] It should be noted, in relation to the procedure followed, that the review of the reasons for detention is conducted in the general context of the application for judicial review of the reasonableness of the certificate that the Ministers must refer to the Federal Court under subsection 77(1). It is the Ministers, therefore, and not the permanent resident, who bring the matter before the Court. This is a *sui generis* proceeding. It is not one of the initiating proceedings covered in rule 61 of the *Federal Court Rules, 1998*: it is not an action, an application for judicial review or an appeal. In such a case, rule 169 tells us, the proceeding is governed by the rules applicable to actions, in so far, of course, as those rules are compatible with those set out in section 78 of the IRPA. Rule 169 cites, by way of example, references under section 18 of the *Citizenship Act*. It could have cited, as a further example, applications made under section 76 *et seq.* of the IRPA.

[54] There was for a long time a passionate debate in this Court over the appropriate procedure for challenging the constitutionality of a statute. The decision of

également cette compétence dans l'exercice des deux autres.

b) la procédure

[51] Il reste à déterminer si le juge désigné peut trancher des questions constitutionnelles par voie de requête plutôt que par voie d'action ou de demande de contrôle judiciaire.

[52] Le juge Noël a pris bien soin, en l'espèce, de dissocier la requête visant la constitutionnalité de la LIPR de l'examen judiciaire du contrôle des motifs de la détention. Il a tenu une audience distincte, autonome, formelle, selon les règles de procédure généralement applicables. Le débat devant lui, ainsi que les motifs qu'il a prononcés, ont fait abstraction des faits précis de l'affaire *Charkaoui*. Ce sont des questions de droit qui ont été plaidées et décidées sur la base d'un dossier que les parties jugeaient complet. C'est par choix, et non par manque de moyens procéduraux, que les ministres n'ont déposé aucune preuve relative à la justification en vertu de l'article 1 de la Charte.

[53] En ce qui a trait à la procédure suivie, il faut se rappeler que le contrôle des motifs de la détention se fait dans le contexte général de la demande d'examen judiciaire du caractère raisonnable du certificat que les ministres ont l'obligation de déposer en Cour fédérale aux termes du paragraphe 77(1). La Cour est donc saisie de l'affaire non pas par la personne intéressée, mais par les ministres. Il s'agit d'une procédure *sui generis*. Elle ne constitue aucune des procédures introductives d'instance prévues à la règle 61 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*: elle n'est ni action, ni demande de contrôle judiciaire, ni appel. En ce cas, nous dit la règle 169, cette procédure est régie par les règles applicables aux actions dans la mesure, bien sûr, où ces règles sont compatibles avec celles prévues à l'article 78 de la LIPR. La règle 169 donne, en exemple, les renvois visés à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. Elle aurait pu donner, comme autre exemple, les demandes faites en vertu des articles 76 et suivants de la LIPR.

[54] Le débat a longtemps fait rage, en cette Cour, sur la question de savoir quelle était la procédure appropriée pour contester la constitutionnalité d'une loi. La décision

Rothstein J. in *Singh*, is one such illustration. While there was no dispute that an action was an appropriate vehicle, there was no consensus as to whether an application for judicial review might be as well, which meant that counsel, as in *Singh*, had to show some imagination. The debate was definitively decided in *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404 (C.A.) and in *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.); the Court also has jurisdiction to hear constitutional challenges of statutory provisions in the context of a judicial review proceeding.

[55] We refer to that debate and to its ultimate resolution in order to illustrate how far we have come, in this Court, from that procedural era which aroused the ire of litigants, counsel and judges alike. Although they were made in the context of a judicial review proceeding, we think the following remarks by Mr. Justice Robertson, at paragraph 6 of his reasons in *Moktari*, likewise apply in an action, and thus, through the operation of rule 169, to the judicial examination provided in the IRPA:

We hasten to add that while the 1992 amendments to the *Federal Court Act* were aimed at effecting significant changes in the law governing judicial review in this Court, it is equally obvious that to permit parallel proceedings arising from a single decision would diminish the capacity of this Court to dispense justice in an expedient and efficient manner. The confusion over whether declaratory relief is available in judicial review proceedings has caused some litigants to initiate a judicial review application in this Court and then commence an action, for example, in the superior court of a province for the purpose of challenging the constitutional validity of the applicable legislation: the complexities of the situation are outlined fully in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 (C.A.). In our view the right to seek and obtain declaratory relief in judicial review proceedings is as much a matter of statutory interpretation as it is a matter of practical necessity especially in the field of immigration law. One need only look at the thousands of judicial review applications processed by the Trial Division of this Court in any one year to appreciate that the initiation of parallel but unnecessary proceedings can only work against the best interests of justice.

du juge Rothstein, dans *Singh*, en est une illustration. S'il était acquis qu'une action était un véhicule approprié, il ne l'était pas qu'une demande de contrôle judiciaire puisse l'être aussi, ce qui forçait les procureurs, comme dans *Singh*, à faire preuve d'imagination. Le débat a été tranché dans *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.) et dans *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.); la Cour a compétence, aussi, pour entendre les contestations constitutionnelles de dispositions législatives dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire.

[55] Nous faisons référence à ce débat et à la solution ultime qu'il a connue pour illustrer à quel point est révolue, en cette Cour, cette ère procédurière qui faisait le dam des justiciables, des plaideurs et des juges. Bien que prononcés dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire, nous croyons que les propos suivants du juge Robertson, J.C.A., au paragraphe 6 de ses motifs dans *Moktari*, s'appliquent aussi au cadre d'une action, donc, par le jeu de la règle 169, au cadre de l'examen judiciaire prévu dans la LIPR:

Nous nous empressons d'ajouter que les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur la Cour fédérale* visaient à modifier en profondeur les règles de droit régissant le contrôle judiciaire devant cette Cour, mais il est également évident que si des procédures parallèles découlant d'une seule décision pouvaient être engagées, il serait plus difficile pour cette Cour de rendre justice avec célérité et d'une façon efficace. La confusion qui règne au sujet de la question de savoir si un jugement déclaratoire peut être demandé dans une procédure de contrôle judiciaire a amené certains plaideurs à présenter une demande de contrôle judiciaire devant cette Cour, puis à intenter une action, par exemple devant la cour supérieure d'une province, afin de contester la constitutionnalité des dispositions législatives applicables: les subtilités de la situation sont énoncées d'une façon exhaustive dans la décision *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206 (C.A.). À notre avis, le droit de solliciter et d'obtenir un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire est autant une question d'interprétation de la loi qu'une question de nécessité pratique, en particulier dans le domaine du droit de l'immigration. Il suffit de mentionner les milliers de demandes de contrôle judiciaire que la Section de première instance de cette Cour traite au cours d'une année donnée pour se rendre compte que

[56] Also relevant are these remarks by Mr. Justice Gonthier in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, at paragraphs 28 and 29, although they were made in the context of the debate over the jurisdiction of administrative tribunals to decide constitutional issues:

First, and most importantly, the Constitution is, under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, “the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. The invalidity of a legislative provision inconsistent with the *Charter* does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to protect those whom it adversely affects. In that sense, by virtue of s. 52(1), the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. Courts may not apply invalid laws, and the same obligation applies to every level and branch of government, including the administrative organs of the state. Obviously, it cannot be the case that every government official has to consider and decide for herself the constitutional validity of every provision she is called upon to apply. If, however, she is endowed with the power to consider questions of law relating to a provision, that power will normally extend to assessing the constitutional validity of that provision. This is because the consistency of a provision with the Constitution is a question of law arising under that provision. It is, indeed, the most fundamental question of law one could conceive, as it will determine whether the enactment is in fact valid law, and thus whether it ought to be interpreted and applied as such or disregarded.

From this principle of constitutional supremacy also flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts: see *Douglas College, supra* [*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570], at pp. 603-4. In La Forest J.’s words, “there cannot be a Constitution for arbitrators and another for the courts” (*Douglas College, supra*, at p. 597).

[57] Paraphrasing Robertson J.A. and Gonthier J., we say that it would work against the best interests of justice

l’introduction de procédures parallèles mais inutiles peut uniquement aller à l’encontre de la justice.

[56] Sont pertinents, aussi, ces propos du juge Gonthier dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)*, aux paragraphes 28 et 29, même s’ils sont prononcés dans le contexte du débat entourant la compétence des tribunaux administratifs de trancher des questions constitutionnelles:

Premièrement—ce qui est le plus important—, la Constitution est, aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, «la loi suprême du Canada» et «elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». L’invalidité d’une disposition législative incompatible avec la *Charte* découle non pas d’une déclaration d’inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l’application du par. 52(1). Donc, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption, et l’obtention d’un jugement déclaratoire à cet effet n’est qu’un moyen parmi d’autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice. En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1). Les tribunaux judiciaires ne doivent pas appliquer des règles de droit invalides, et il en va de même pour tout niveau ou organe de gouvernement, y compris un organisme administratif de l’État. De toute évidence, un fonctionnaire ne saurait être tenu de s’interroger et de se prononcer sur la constitutionnalité de chaque disposition qu’il est appelé à appliquer. Toutefois, s’il est investi du pouvoir d’examiner les questions de droit liées à une disposition, ce pouvoir englobe habituellement celui d’évaluer la constitutionnalité de cette disposition. Cela s’explique par le fait que la compatibilité d’une disposition avec la Constitution est une question de droit découlant de l’application de cette disposition. À vrai dire, il n’y a pas de question de droit plus fondamentale puisqu’elle permet de déterminer si, dans les faits, la disposition est valide et, par conséquent, si elle doit être interprétée et appliquée, ou s’il y a lieu de ne pas en tenir compte.

Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles: voir *Douglas College, précité* [*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570], p. 603-604. Pour reprendre les propos du juge La Forest, «il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux» (*Douglas College, précité*, p. 597).

[57] Paraphrasant les propos des juges Robertson et Gonthier, nous disons que c’est aller à l’encontre de la

to force litigants to undertake parallel proceedings based on a single decision, *a fortiori* when such proceedings are brought in the same Court. Such is the principle that must now guide us when, as in the case at bar, one party, the respondents, argues that the other party, the appellant, should have brought a parallel proceeding in the Federal Court.

[58] It seems obvious to us, in this case, that the respondents' submission must be rejected. It is the Ministers who brought the originating proceeding, the application for judicial examination, and the appellant, in challenging his detention, is simply pleading in his defence that some provisions of the IRPA are unconstitutional. Logically, this defence ought to be arguable by a motion within the framework of the original proceeding without the need to initiate a parallel proceeding or to open a new file.

[59] This motion, while it is presented in the context of the original proceeding, is an independent and distinct proceeding that, by its nature and its effects, escapes the rules of procedure established for the original proceeding and the rules of procedure established for the presentation of ordinary motions. Clearly, this cannot amount to deciding informally whether a statutory provision is or is not constitutional, and both the parties and the Judge are entitled to require the application of the ordinary rules of evidence and adjudication. In some ways, it is a mini-trial within a trial, and this mini-trial can, as in this case, take the form of an ordinary motion.

[60] The parties might have proceeded otherwise and before another judge. Since the procedure they adopted by mutual agreement has not adversely affected anyone, has enabled the parties to present all the evidence they considered necessary, and has helped to resolve on the merits and in complete equity the issue that was before the Court, it is in the best interests of justice that this Court respect the choice of the parties. It would be downright ridiculous, in the circumstances, to set aside the decision that was given and to order that the same debate be resumed in the same Court and possibly in this Federal Court of Appeal merely because a new file

justice que de forcer des justiciables à entreprendre des procédures parallèles découlant d'une seule décision, *a fortiori* lorsque ces procédures parallèles seraient introduites devant la même Cour. Tel est le principe qui, désormais, doit nous guider lorsque, comme en l'espèce, une partie, les intimés, soutient que l'autre partie, l'appellant, aurait dû entreprendre une procédure parallèle devant la Cour fédérale.

[58] Il nous paraît évident, ici, que la prétention des intimés doit être rejetée. Ce sont les ministres qui ont institué la procédure introductive d'instance, soit la demande d'examen judiciaire, et l'appellant, lorsqu'il conteste sa détention, ne fait que se défendre en plaçant que des dispositions de la LIPR sont inconstitutionnelles. Cette défense, en toute logique, devrait pouvoir être plaidée par requête dans le cadre de la procédure originale, sans qu'il soit nécessaire d'instituer une procédure parallèle ni d'ouvrir un nouveau dossier.

[59] Cette requête, même si elle est présentée dans le cadre de la procédure originale, est une procédure autonome et distincte qui échappe, de par sa nature et ses effets, aux règles de procédure établies pour la procédure originale ainsi qu'aux règles de procédure établies pour la présentation de simples requêtes. Il ne saurait évidemment être question de décider sans formalisme de la constitutionnalité de lois et les parties autant que le juge ont le droit d'exiger que s'appliquent les règles ordinaires de preuve et d'audience. C'est, en quelque sorte, un mini-procès à l'intérieur d'un procès, ce mini-procès pût-il prendre, comme en l'espèce, la forme d'une simple requête.

[60] Les parties auraient pu procéder autrement et devant un autre juge. Comme la procédure qu'elles ont retenue d'un commun accord n'a causé aucun préjudice à qui que ce soit, qu'elle a permis aux parties de faire toute la preuve qu'elles jugeaient nécessaire et qu'elle a permis de résoudre sur le fond et en toute équité le litige qui était soumis, l'intérêt de la justice exige que cette Cour respecte le choix des parties. Il serait carrément ridicule, dans les circonstances, d'annuler la décision rendue et d'ordonner que le même débat soit repris devant la même Cour et, éventuellement, devant cette Cour d'appel fédérale pour le simple motif qu'un

should have been opened and a parallel procedure taken.

[61] The respondents propose, essentially, that the procedure be the one taken in *Ahani* and *Baroud*: while the designated Judge considers informally and expeditiously the reasonableness of the certificate and the reasons for detention, another judge of the Court, in the context of an action, should consider the constitutional questions raised by the individual concerned. This is still a possible procedure, but in itself it is not perfect. It entails a duplication of proceedings and will not necessarily result in any real saving of time since, as happened in *Ahani*, the execution of the removal order was stayed by the Minister until final judgment was rendered on the constitutional questions. The procedure taken in the case at bar, subject of course to the acquiescence of the parties and the Judge, has reduced the paperwork and the costs, facilitated the hearing of the constitutional arguments (since the Judge need not be apprised of the factual basis of the case or the requirements peculiar to national security cases), and let the Federal Court of Appeal itself decide whether it was necessary to stay the review of the reasons for detention pending the appeal, which it has agreed to do in this case but to which it might not have agreed.

[62] We conclude, then, that the designated Judge had jurisdiction to determine the constitutional questions that were put before him and that he did not commit any reviewable error, in the circumstances, by doing so in the context of a motion.

2. Do sections 77 and 78 of the IRPA contravene the rights under the Charter with respect to a fair trial before an independent and impartial tribunal, when, for example, the designated judge must determine the “reasonableness” of the security certificate issued by the ministers and not the merits of the case?

[63] This question raised by the appellant warrants special attention. His complaint is directed at the entire process Parliament has established for determining whether he constitutes a danger to national security and

nouveau dossier eût dû être ouvert et une procédure parallèle, suivie.

[61] Les intimés proposent, essentiellement, que la procédure soit celle suivie dans *Ahani* et dans *Baroud*: pendant que le juge désigné se penche de façon informelle et expéditive sur le caractère raisonnable du certificat et sur les motifs de détention, un autre juge de la Cour se penche, dans le cadre d’une action, sur les questions constitutionnelles que soulève la personne intéressée. Cette façon de procéder demeure possible, mais elle n’est elle-même pas parfaite. Elle entraîne un dédoublement des procédures et ne permet pas nécessairement une économie de temps réelle puisque, comme il est arrivé dans *Ahani*, l’exécution de la mesure de renvoi a été suspendue par le ministre jusqu’à ce que jugement final soit rendu sur les questions constitutionnelles. La procédure suivie en l’espèce, sous réserve bien sûr de l’acquiescement des parties et du juge, a réduit la paperasse et les coûts, facilité l’audition des arguments de nature constitutionnelle puisque le juge n’a pas eu besoin d’être éclairé sur le fondement factuel de l’affaire non plus que sur les exigences propres à des dossiers de sécurité nationale, et laissé la Cour d’appel fédérale décider elle-même s’il y avait lieu de suspendre le contrôle des motifs de la détention pendant l’appel, ce qu’elle a accepté de faire en l’espèce mais qu’elle aurait pu ne pas accepter.

[62] Nous en arrivons ainsi à la conclusion que le juge désigné avait compétence pour trancher les questions constitutionnelles qui lui étaient soumises et qu’il n’a pas commis d’erreur susceptible de révision, dans les circonstances, en le faisant dans le cadre d’une requête.

2. Est-ce que les articles 77 et 78 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par la Charte quant au droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, notamment par le fait que le juge désigné doit trancher le «caractère raisonnable» du certificat de sécurité émis par les ministres et non le fond de l’affaire?

[63] Cette question soulevée par l’appellant mérite une attention particulière. Il se plaint de l’ensemble du processus mis en place par le législateur pour déterminer s’il constitue un danger pour la sécurité nationale et si sa

whether his detention is justified in the circumstances. He cites the cumulative effect of the following factors which, he says, deprive him of the right to a fair and equitable hearing by an impartial and independent tribunal:

(a) the decision that leads to his inadmissibility is taken by the executive authority and not by a judge;

(b) the Judge's role is improperly and unjustly limited to verifying the reasonableness of the security certificate when he should be assessing its merits;

(c) the decision of the designated Judge is made on the basis of secret evidence to which the appellant does not have access;

(d) he does not obtain a summary of the information that is not disclosed to him;

(e) there is no means for him to test the validity and credibility of this information and thus it is difficult if not impossible for him to refute it;

(f) the standard of evidence adopted by Parliament to justify the issuance of a security certificate is too minimal, since it is enough to have reasonable grounds to believe that the acts described in section 34 have occurred, are occurring or may occur when this standard should have been more stringent and require that the acts be proved according to the standard of the balance of probabilities;

(g) under paragraph 78(j), the designated judge may admit and base his decision on any evidence that he considers useful, even if it is inadmissible at trial;

(h) the notions of "reasonable grounds" and "danger to the security of Canada" are vague and overly broad;

(i) the decision of the designated Judge has far-reaching implications for a permanent resident like the appellant, who will be deported from the territory, when this decision is final and without appeal; and

(j) the appellant is deprived of the right to be released on bail.

détention est justifiée dans les circonstances. Il invoque l'effet cumulatif des facteurs suivants, lesquels, selon lui, le prive du droit à une audience juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant:

a) la décision qui conduit à son interdiction de territoire est prise par le pouvoir exécutif et non par un juge;

b) le rôle du juge se limite indûment et injustement à la vérification du caractère raisonnable du certificat de sécurité alors qu'il devrait en apprécier le bien-fondé;

c) la décision du juge désigné se prend à partir de preuves secrètes auxquelles il n'a pas accès;

d) il n'obtient pas de résumé de l'information qui ne lui est pas dévoilée;

e) il n'existe aucun moyen pour lui de tester la validité et la crédibilité de cette information et, donc, il lui est difficile, voire impossible, de la réfuter;

f) la norme de preuve retenue par le législateur pour justifier l'émission d'un certificat de sécurité est trop minimale puisqu'il suffit d'avoir des motifs raisonnables de croire que les gestes décrits à l'article 34 sont survenus, surviennent ou peuvent survenir alors que cette norme aurait dû être plus astreignante et exiger que les gestes soient prouvés selon la norme de la prépondérance de la preuve;

g) aux termes de l'alinéa 78j), le juge désigné peut admettre et fonder sa décision sur toute preuve qu'il estime utile, même si elle est inadmissible en justice;

h) les notions de «motifs raisonnables» et de «danger pour la sécurité du Canada» sont des notions imprécises et de portée excessive;

i) la décision du juge désigné est lourde de conséquences pour un résident permanent comme l'appellant qui sera expulsé du territoire, alors que cette décision est finale et sans appel; et

j) l'appellant est privé du droit à une remise en liberté sous cautionnement.

Factors to be considered and their cumulative impact

[64] It is appropriate to analyse each of the allegations relating to these factors and their cumulative impact.

(a) the decision that leads to inadmissibility is taken by the executive and not by a judge

[65] It is undeniable that the initial inadmissibility decision is made by the executive, as are thousands of other decisions made by government ministers, but that decision is subject to the intervention of the judiciary as is often the case for the decisions of federal agencies or a multitude of ministerial or governmental decisions. So there is nothing unlawful, still less abnormal, in a decision of public interest being taken by a minister of the government who is responsible for enforcing the statute under which that decision is made.

[66] In fact, as legislators or as members of the executive, it is the elected parliamentarians, representatives of the population, who are vested with the power to manage and administer the public interest and security. The reason is quite simple, as Lord Hoffmann stated in *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at page 895, cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33, as well as by this Court in *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 185 C.C.C. (3d) 129, at paragraph 18, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, October 22, 2003. Speaking of the events of September 11 in New York and Washington, Lord Hoffmann wrote [at page 897]:

They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences

Facteurs à considérer et leur impact cumulatif

[64] Il convient d'analyser chacune des allégations relatives à ces facteurs et leur impact cumulatif.

a) la décision qui conduit à l'interdiction de territoire est prise par le pouvoir exécutif et non par un juge

[65] Il est indéniable que la décision initiale d'interdiction de territoire est prise par le pouvoir exécutif, comme d'ailleurs des milliers d'autres décisions prises par les ministres du gouvernement, mais elle est sujette à intervention du pouvoir judiciaire comme c'est aussi souvent le cas pour les décisions d'organismes fédéraux ou une multitude de décisions ministérielles ou gouvernementales. Il n'y a donc rien d'illégal, encore moins d'anormal, à ce qu'une décision d'intérêt public soit prise par un ministre du gouvernement, chargé de l'application de la loi en vertu de laquelle cette décision est prise.

[66] En fait, à titre de législateurs ou de membres de l'exécutif, ce sont les parlementaires élus, représentants de la population, qui sont investis du pouvoir de gérer et d'administrer l'intérêt et la sécurité publiques. La raison en est bien simple comme l'a énoncé lord Hoffmann dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), à la page 895, cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, paragraphe 33 et repris par notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Ribic* (2003), 185 C.C.C. (3d) 129, au paragraphe 18, permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada rejetée le 22 octobre 2003. Parlant des événements du 11 septembre à New York et à Washington, lord Hoffmann écrit [à la page 897]:

[TRADUCTION] Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des

of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

[67] Like the designated Judge, we do not see “how the independence of the judiciary has been violated by Parliament empowering the Ministers to make a decision regarding the admissibility of a permanent resident on grounds of security, and by its subjecting this decision to review by a designated Judge”: see the decision of the designated Judge, paragraph 115.

[68] This complaint of the appellant is in our view absolutely without merit, unfounded and consequently of no effect.

(b) the judge’s role is improperly and unjustly limited to verifying the reasonableness of the security certificate when he should be assessing its merits

[69] Once again, there is nothing novel or exceptional in Parliament’s approach: the entire process of judicial review of decisions by government or federal agencies is limited to verifying the legality of these decisions, that is, verifying their compliance with the law. This does not entail an analysis of the merits or appropriateness of such decisions nor does it give the court or tribunal the power to make the decision that it considers best. If the decision was made in compliance with the law, the court or tribunal must respect it even though it would have preferred some other decision. Where it is not in compliance, the matter must be sent back for redetermination, this time in compliance with the dictates of the law. We are unable to see how this process compromises the independence and impartiality of the court or tribunal.

[70] Parliament has chosen, in the interests of opportuneness, responsibility and accountability, not to give the designated judge the duty and the power to rule on the actual merits of a security certificate. Bearing in mind what Lord Hoffmann said in *Rehman*, we do not doubt either the lawfulness or the wisdom of this choice.

personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu’elle peut écarter.

[67] À l’instar du juge désigné, nous ne voyons pas «en quoi le fait que le législateur attribue aux ministres la compétence de prendre une décision concernant l’interdiction de territoire d’un résident permanent pour raison de sécurité et qu’il assujettisse cette décision au contrôle d’un juge désigné brime l’indépendance du judiciaire»: voir la décision du juge désigné, paragraphe 115.

[68] Cette doléance de l’appellant nous apparaît absolument sans mérite, sans fondement et, par conséquent, sans impact.

(b) le rôle du juge se limite indûment et injustement à la vérification du caractère raisonnable du certificat de sécurité alors qu’il devrait en apprécier le bien-fondé

[69] Encore une fois, cette approche du législateur n’est pas nouvelle et n’affiche rien de dérogatoire: tout le processus de révision judiciaire des décisions gouvernementales ou de celles des organismes fédéraux se limite à une vérification de la légalité de ces décisions, c’est-à-dire à une vérification de leur conformité avec la loi. Il n’emporte pas une analyse du mérite ou de l’opportunité de ces décisions ainsi que le pouvoir pour le tribunal de rendre la décision qu’il estime être la meilleure. Si la décision a été prise en conformité avec la loi, le tribunal est tenu de la respecter même s’il préfère qu’elle eut été autre. Dans le cas contraire, il doit la retourner pour qu’une nouvelle décision soit prise qui, cette fois, se conformera aux prescriptions impératives de la loi. Nous ne pouvons voir en quoi ce processus compromet l’indépendance et l’impartialité du tribunal.

[70] Le Parlement a choisi pour une question d’opportunité, de responsabilité et d’imputabilité de ne pas confier au juge désigné la fonction et le pouvoir de juger du mérite même d’un certificat de sécurité. Compte tenu des propos de lord Hoffmann dans l’affaire *Rehman*, nous ne doutons ni de la légalité ni de la sagesse de ce choix.

[71] Counsel for the appellant also argued, relying on *Rehman*, and *Chahal v. United Kingdom* (1996), 23 E.H.R.R. 413, that this limited role of the designated judge was unconstitutional. Her argument is that in England, in contrast to the power of the designated judge in this country, the Immigration Appeals Commission may review, in fact and in law, the decision of the Secretary of State that, in the interests of national security, the expulsion of a person suspected of terrorist activities would serve the public interest. This power was granted following the decision of the European Court of Human Rights in the *Chahal* case, in which the Court held that the system, established under British domestic law, did not give a person whose rights under the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, the European Convention on Human Rights (Convention) had been breached by a representative of the State an effective remedy for their recognition and enforcement, as required by Article 13 of the Convention. Counsel for the appellant argues that the designated judge does not have the power to assess the truthfulness of the facts that are put before him and that this is the conclusion he himself reached. She cites in support of her contention the sentence we have underlined in the following four lines, which are found at the beginning of paragraph 128 of the decision:

These standards do not require that the designated judge seek proof of the existence of the facts. Rather, they require that the judge analyse the evidence as a whole and determine whether it provides reasonable grounds to believe there are reasons justifying the inadmissibility, arrest warrant and continued detention. [Emphasis added.]

[72] The appellant's interpretation of this sentence is both incorrect and unfair to the designated Judge, who did his utmost to delimit and define clearly his role.

[73] First of all, this passage of the designated Judge's reasons, which the appellant sets apart from its context, forms part of the discussion of the burden and standard of proof applicable to the exercise of the three powers referred to above, the inadmissibility, arrest and continued detention. When read and replaced in its context, as it must be, it becomes evident that, by these

[71] La procureure de l'appelant a aussi soutenu que ce rôle limité du juge désigné était inconstitutionnel en s'inspirant des affaires *Rehman*, et *Chahal c. Royaume-Uni* (1996), 23 E.H.R.R. 413. Son argument consiste à dire qu'en Angleterre, contrairement au pouvoir dont dispose ici le juge désigné, la Commission d'appel de l'immigration peut réviser, en fait et en droit, la décision du Secrétaire d'État que, dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'expulsion d'une personne soupçonnée d'activités terroristes servirait le bien public. Ce pouvoir fut octroyé suite à la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Chahal* où la Cour jugea que le système qui avait été mis en place par le droit interne britannique n'accordait pas, à une personne dont les droits reconnus par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221. Convention européenne des Droits de l'Homme (Convention), avaient été violés par un représentant de l'État, un recours effectif pour les faire valoir et reconnaître, tel que l'exige l'article 13 de la Convention. La procureure de l'appelant soutient que le juge désigné n'a pas le pouvoir d'apprécier la véracité des faits qui lui sont soumis et que c'est la conclusion à laquelle il en est lui-même venu. Elle cite à l'appui de sa prétention la phrase que nous avons soulignée dans les quatre lignes suivantes que l'on retrouve au début du paragraphe 128 de la décision:

Ces normes n'exigent pas que le juge désigné recherche la preuve de l'existence des faits mais plutôt qu'il analyse l'ensemble de la preuve en se demandant si celle-ci permet d'avoir une croyance raisonnable qu'il existe des motifs justifiant l'interdiction de territoire, le mandat d'arrestation et le maintien de la détention. [Nous soulignons.]

[72] L'interprétation que l'appelant fait de cette phrase est à la fois incorrecte et injuste pour le juge désigné qui s'est évertué à bien cerner et définir son rôle.

[73] Tout d'abord, ce passage du juge désigné, que l'appelant isole de son contexte, se situe dans le cadre de la discussion du fardeau et de la norme de preuve applicables à l'exercice des trois pouvoirs ci-haut mentionnés, soit l'interdiction de territoire, l'arrestation et le maintien en détention. Lorsque lu et replacé dans son contexte comme il se doit, il devient évident que,

words, the designated Judge is saying that the evidence need not establish with certainty, or beyond a reasonable doubt, the existence of these facts. The sentence that follows the one on which the appellant rests his argument shows this clearly:

While the preponderance of the evidence is not the standard, there must nevertheless be a serious possibility that the facts exist based on reliable, credible evidence.

[74] But even more probative evidence of the lack of merit in this contention of the appellant is found in paragraph 118 of the decision, in which the designated Judge gives a definition of his role that is overlooked by the appellant:

In order to carry out this role properly, the designated judge must have thorough knowledge of the case. This enables the designated judge to distinguish between the information that can be disclosed and the information that cannot. The designated judge must prepare a summary that excludes protected information, but enables the person concerned to be reasonably informed both during the hearing and when the information is reviewed in his and his representatives' absence. The designated judge "must nevertheless be curious, concerned by what is advanced, and maintain a sceptical attitude with the objective of conducting a critical review of the facts. He must verify the human, technical and documentary sources, their reliability and the truth of what they may relate. To the degree possible, the information must come from more than one source and must not be subject to an imprecise interpretation. Moreover, the designated judge may examine witnesses who can shed light on the protected information and documents. Where necessary, he may question their interpretation of the facts and verify whether there are not other possible interpretations that might tend to favour the respondent. In a word, the designated judge must seriously test the protected documentation and information. This is a demanding role, which must be fully performed given the interests at stake." [Emphasis added.]

Paragraph 78(j) of the IRPA gives the designated judge the power to receive evidence and consequently the power to assess its truthfulness, reliability and credibility. That is what, in this case, the designated Judge understood about the duties assigned to him; it is what he clearly stated and described and it is precisely the exercise in which he engaged. We are satisfied that the unconstitutionality alleged by the appellant in this regard has no factual basis or legal foundation.

par ces termes, le juge désigné indique que la preuve n'a pas à établir avec certitude, ou hors de tout doute raisonnable, l'existence de ces faits. Cette phrase qui suit celle sur laquelle l'appelant repose son argument le démontre bien:

Bien que les normes ne soient pas la prépondérance de la preuve, il doit tout de même exister à la lumière d'éléments fiables et fondés, une possibilité sérieuse que ces faits existent.

[74] Mais une preuve encore plus probante de l'absence de mérite de cette prétention de l'appelant se retrouve au paragraphe 118 de la décision où le juge désigné donne une définition de son rôle, ignorée par l'appelant:

Pour bien remplir son rôle, le juge désigné doit avoir une très bonne connaissance du dossier. Cette connaissance lui permet de distinguer les renseignements qui peuvent être communiqués de ceux qui ne peuvent l'être. Il doit faire un résumé excluant les renseignements protégés, résumé qui permettra à la personne concernée d'être suffisamment informée lors des audiences et lors de l'examen des renseignements qui ont lieu en son absence et en l'absence de ses représentants. Le juge désigné «doit tout de même être curieux, préoccupé par ce qui est avancé et être d'un scepticisme ayant comme objectif de faire un examen critique des faits. Il doit vérifier les sources tant humaines, techniques que documentaires, leur fiabilité et la véracité de ce qu'elles peuvent rapporter. Dans la mesure du possible, l'information doit provenir de plus d'une source et ne doit pas être sujette à une interprétation imprécise. De plus, le juge désigné peut interroger les témoins pouvant apporter un éclairage sur l'information et les documents protégés. Il peut, le cas échéant, questionner leur interprétation des faits et vérifier s'il n'y a pas d'autres possibilités d'interprétation pouvant jouer en faveur de l'intimé. En un mot, le juge désigné doit tester sérieusement la documentation et l'information protégées. C'est un rôle exigeant qui doit être assumé pleinement étant donné les enjeux». [Nous soulignons.]

L'alinéa 78j) de la LIPR confère au juge désigné le pouvoir de recevoir et d'admettre des preuves et, en conséquence, d'en apprécier la véracité, la fiabilité et la crédibilité. C'est ce qu'en l'espèce le juge désigné a compris de la fonction qui lui était assignée, c'est ce qu'il a dit et décrit clairement et c'est précisément l'exercice auquel il s'est livré. Nous sommes satisfaits que l'inconstitutionnalité alléguée par l'appelant à ce titre n'a ni assise factuelle, ni fondement juridique.

- | | |
|---|---|
| (c) <u>the decision of the designated judge is made on the basis of secret evidence to which the appellant does not have access</u> | c) <u>la décision du juge désigné se prend à partir de preuves secrètes auxquelles l'appellant n'a pas accès</u> |
| (d) <u>the appellant does not obtain a summary of the information that is not disclosed to him</u> | d) <u>l'appellant n'obtient pas de résumé de l'information qui ne lui est pas dévoilée</u> |
| (e) <u>there is no means for the appellant to test the validity and credibility of this information and thus it is difficult if not impossible for him to refute it</u> | e) <u>il n'existe aucun moyen pour l'appellant de tester la validité et la crédibilité de cette information et, donc, il lui est difficile, voire impossible, de la réfuter</u> |

[75] These three factors are related, and to avoid tedious and unnecessary repetition we will discuss them together. They are, in fact, at the heart of this particular problem posed by the need to protect national security while respecting the principles of fundamental justice where there is an infringement of someone's right to life or security. They derogate in a significant way from the adversarial process normally adhered to in criminal and civil matters. They raise—properly in this context—the following question: does the special process established by Parliament to determine whether the executive's denial of access to Canada of a permanent resident, his arrest and his detention are justified, comply with the principles of fundamental justice?

[76] Before examining the appellant's submissions on this question, it is necessary to qualify somewhat the factors as stated.

[77] It is true that some evidence that is not disclosed to the appellant may be used by the designated judge in making his decision and perhaps, in some extreme cases, which is not the situation here, it might serve as the sole basis for that decision. Generally speaking, however, the evidence will be comprised of various elements most of which will have been disclosed or given to the person covered by the security certificate, either in whole or in the form of a summary that will allow him to gain reasonable knowledge of the content, nature and scope of the evidence.

[78] It is also true that the appellant does not obtain a summary of the evidence or aspects of the evidence the disclosure of which would be injurious to national security. But this truth should not be taken in the absolute,

[75] Ces trois facteurs sont reliés et, afin d'éviter des répétitions tout aussi ennuyeuses qu'inutiles, nous les traiterons ensemble. Ils se situent, de fait, au cœur de cette problématique particulière que soulève la nécessité de protéger la sécurité nationale tout en respectant les principes de justice fondamentale lorsqu'une atteinte est portée à la vie ou à la sécurité d'une personne. Ils introduisent une dérogation importante au processus contradictoire normalement suivi en matière pénale et civile. Ils suscitent, à juste titre dans le présent contexte, l'interrogation suivante: le processus dérogatoire, mis en place par le Parlement pour déterminer si sont justifiées l'interdiction de territoire d'un résident permanent par le pouvoir exécutif, son arrestation et sa détention, respecte-t-il les principes de justice fondamentale?

[76] Avant d'examiner les prétentions de l'appellant sur cette question, il y a lieu d'apporter certains bémols aux facteurs tel qu'énoncés.

[77] Il est vrai que certains éléments de preuve non communiqués à l'appellant peuvent contribuer à la prise de décision par le juge désigné et, peut-être même dans certains cas extrêmes, ce qui n'est pas la situation ici, servir seuls de fondement à celle-ci. Mais généralement la preuve sera constituée de divers éléments qui, pour la plupart auront été communiqués ou remis à la personne visée par le certificat de sécurité, soit intégralement, soit sous forme de résumé lui permettant ainsi d'en connaître suffisamment la teneur, la nature et la portée.

[78] Il est également vrai que l'appellant n'obtient pas de résumé de la preuve ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale. Mais cette vérité ne doit pas être prise dans l'absolu et

still less in the abstract. It is manifested in a procedural framework that includes a number of steps and guarantees. In other words, the lack of a summary should be resituated and gauged in its context, and in particular the context of judicial examination by a designated judge.

[79] Indeed, over and above the guarantees that the designated Judge mentions and discusses in paragraph 97 *et seq.* of his decision, let us note that the obligation he has to disclose evidence is ongoing since the appellant is entitled, under paragraph 78(h), to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the security certificate. Moreover, as the designated Judge mentions, citing the following extract from the judgment of the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 47, the government's duty must be performed with impartiality and honesty, and it requires that evidence that is adverse to its interest must be disclosed:

As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest.

[80] Furthermore, throughout the process, the designated judge plays a pro-active role in the interest of ensuring fairness. At paragraph 101 of his decision, he wrote:

In order to carry out this difficult task, the designated judge has access to all the information on which the Ministers' decisions are based, without exception. . . .

Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means. Designated judges take account of the fact that the information was obtained in confidence from a source in Canada or a foreign source, or that the information is already in the public domain. They ask the Ministers' representatives about the quality of the investigation and inquire into whether the events

encore moins dans l'abstrait. Elle se manifeste dans un cadre procédural comprenant plusieurs étapes et plusieurs garanties. En d'autres termes, l'absence de résumé doit être replacée et mesurée dans son contexte, particulièrement celui de l'examen judiciaire par un juge désigné.

[79] En effet, au delà des garanties que le juge désigné mentionne et discute aux paragraphes 97 et suivants de sa décision, rappelons que l'obligation qu'il a de communiquer la preuve est continue puisque l'appelant a le droit, en vertu de l'alinéa 78h), d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat de sécurité. De plus, comme le mentionne le juge désigné citant l'extrait suivant de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 47, celle imposée au gouvernement doit être assumée avec impartialité et honnêteté et elle requiert que les éléments défavorables à la position gouvernementale soient divulgués:

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables.

[80] En outre, durant tout le processus, le juge désigné joue un rôle pro-actif destiné à en assurer l'équité. Au paragraphe 101 de sa décision, il écrit:

Pour qu'il puisse effectuer cette difficile tâche, le juge désigné a accès à tous les renseignements, sans exception, utilisés par les ministres pour en arriver à leurs décisions [. . .]

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible. Il tient compte du fait que les renseignements ont été obtenus sous le sceau du secret, soit d'une source canadienne ou d'une source étrangère, ou que ces renseignements font déjà partie du domaine public. Il s'enquiert auprès des représentants des

can be interpreted differently. They decide which information can be disclosed to the person concerned and provide a summary of the evidence containing nothing which would, if disclosed, be injurious to national security or to the safety of any person. The summary must enable the person concerned to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the signing of the certificate, the issuance of the warrant of arrest and the detention. [Emphasis added.]

[81] In the exercise of his role, and in order to maximize the disclosure of information and compliance with the principles of fundamental justice, the judge has the power to order that documents be turned over, obliterating only those passages that, for example, might reveal the identity of a source or compromise its security or endanger national security. Some documents may be severed for the purposes of release to the affected individual. The judge may order that all or part of the information be included in the summary given to this individual and the Minister is always free to withdraw this information from the proceedings in order to maintain its confidentiality: see *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.), at paragraph 53; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, November 18, 2004, [2004] S.C.C.A. No. 354.

[82] Finally, while there is no denying that it is harder for the appellant to test the validity and credibility of the information that is not disclosed to him, the fact is that he is assisted in this task by the designated Judge who has the heavy responsibility of maintaining a balance between the parties and accordingly respect for the principles of fundamental justice. It should also be kept in mind that the appellant has the right to testify and call witnesses to refute the allegations and the evidence against him.

[83] These preliminary remarks lead us to the examination of the appellant's submissions concerning the failure to comply with the principles of fundamental justice.

[84] As mentioned at the very outset of these reasons, the appellant contends that the protection of national

Ministres de la qualité de l'enquête et s'interroge quant à la possibilité que des événements puissent être interprétés différemment. Il décide quels renseignements peuvent être dévoilés à la personne concernée et fournit un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ce résumé doit suffisamment informer la personne concernée des circonstances qui ont donné lieu à la signature du certificat et au lancement du mandat d'arrestation et de la détention. [Nous soulignons.]

[81] Dans l'exercice de son rôle et afin de maximiser la communication de l'information ainsi que le respect des principes de justice fondamentale, le juge a le pouvoir d'ordonner que des documents soient remis en n'y oblitérant que les passages qui, par exemple, peuvent révéler l'identité d'une source et en compromettre la sécurité ou mettre en péril la sécurité nationale. Des documents peuvent être scindés à des fins de remise à la personne impliquée dans la procédure. Le juge peut ordonner que toute ou une partie de l'information soit incluse dans le résumé remis à cette personne et le ministre a toujours le loisir de retirer cette information des procédures afin d'en préserver la confidentialité: voir *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.F.), au paragraphe 53; permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée le 18 novembre 2004, [2004] S.C.C.A. n° 354.

[82] Enfin, s'il est indéniable qu'il est plus difficile pour l'appelant de tester la validité et la crédibilité de l'information qui ne lui est pas dévoilée, le fait est qu'il est assisté dans cette tâche par le juge désigné à qui incombe la lourde responsabilité de maintenir l'équilibre entre les parties et, partant, le respect des principes de justice fondamentale. Il ne faut pas également perdre de vue que l'appelant a le droit de témoigner et de faire entendre des témoins pour réfuter les allégations et les preuves qui pèsent contre lui.

[83] Ces remarques préliminaires nous amènent à l'étude des prétentions de l'appelant relatives au non-respect des principes de justice fondamentale.

[84] Tel que mentionné au tout début des présents motifs, l'appelant prétend que la protection de la

security does not justify any derogation from the normal process that is followed in the courts. His memorandum of facts and law contains a number of excerpts from decisions of the European Court of Human Rights and European courts. These decisions were made in the context of criminal, civil or disciplinary proceedings. We will reproduce just four of them to illustrate our comments. They are found at paragraphs 54, 57, 61 and 62 of the memorandum:

Voisine v. France, February 8, 2000, paragraph 30, European Court of Human Rights

[TRANSLATION] The right to an adversarial proceeding within the meaning of article 6§1, as interpreted by the cases, implies in principle the right of the parties to a trial to have disclosed and to discuss any evidence or observation presented to the judge, even if by an independent magistrate, for the purpose of influencing his decision.

Nideröst-Huber v. Switzerland, February 18, 1997, paragraph 24, European Court of Human Rights

[TRANSLATION] The notion of a fair trial also implies in principle the right for a party in a proceeding to examine any evidence or observation presented to the judge and to discuss it.

Kostovski No. 10/1988/154/208, October 25, 1989, paragraph 41, European Court of Human Rights

[TRANSLATION] The evidence must in principle be produced to the accused in a public hearing for an adversarial debate.

Delta No. 26/1989/186/246, November 20, 1990, paragraph 36, European Court of Human Rights

[TRANSLATION] The evidence must normally be produced to the accused in a public hearing, for an adversarial debate. [Emphasis added.]

It can be seen from these excerpts, through the use of the words “in principle” or “normally”, that the obligation to disclose evidence is not erected as an absolute principle. It applies to normal situations. But the threat of terrorism or a threat to national security does not represent or reflect a situation of normality, at least not in our country. The decisions to which the appellant refers us are, therefore, not of great assistance to him, all the more in that we are not in the context of a trial, and the procedure pertaining to the determination of the reasonableness of

sécurité nationale ne justifie aucune dérogation au processus normal qui a cours devant les tribunaux. Son mémoire des faits et du droit contient un certain nombre d'extraits de décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de cours européennes. Ces décisions sont intervenues dans le cadre de procès criminels, civils ou disciplinaires. Nous n'en reprendrons que quatre pour illustrer nos commentaires. On les trouve aux paragraphes 54, 57, 61 et 62 du mémoire:

Voisine c. France, 8 février 2000, paragraphe 30, Cour Européenne des droits de l'Homme

Le droit à une procédure contradictoire au sens de l'article 6§1, tel qu'interprété par la jurisprudence, «implique en principe le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision».

Nideröst-Huber c. Suisse, 18 février 1997, paragraphe 24, Cour Européenne des droits de l'Homme

La notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter.

Kostovski no. 10/1988/154/208, 25 octobre 1989, paragraphe 41, Cour Européenne des droits de l'Homme

Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique en vue d'un débat contradictoire.

Delta no. 26/1989/186/246, 20 novembre 1990, paragraphe 36, Cour Européenne des droits de l'Homme

Les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. [Nous soulignons.]

On peut voir de ces extraits, par l'utilisation des mots «en principe» ou «normalement», que l'obligation de communiquer la preuve n'est pas érigée en principe absolu. Elle s'applique aux situations normales. Or, la menace terroriste ou à la sécurité nationale ne représente ni ne reflète une situation de normalité, du moins pas dans notre pays. Ces décisions auxquelles l'appellant nous réfère ne lui sont donc pas d'un grand secours, d'autant plus que nous ne sommes pas dans le cadre d'un procès, la procédure relative à la détermination du

the security certificate does not result in a civil sentence or a criminal conviction. These decisions, in fact, simply pose the question in relation to abnormal situations without answering it, while indicating that there is a time and a place for derogation.

[85] The appellant also called in aid the decision in *Kiareldeen v. Ashcroft*, 273 F.3d 542 (3rd Cir. 2001). A reading of this decision reveals that, in the context of a proceeding to deport the appellant for terrorist activities, in this case his involvement in the 1993 bombing of the World Trade Center, a New Jersey District Court, hearing a *habeas corpus* petition, found that the U.S. authorities had not provided sufficient evidence to justify removal from the country [*sub nom. Kiareldeen v. Reno*, 71 F. Supp. 2d 402 (D.N.J. 1999)]. A major portion of the evidence consisted of summaries of confidential information originating from the Federal Bureau of Investigation (FBI), which had refused to turn over the information itself. The District Court stated categorically that the government's reliance on secret evidence was a breach of due process. It also criticized the government for not believing in the sufficiency of its evidence since it had not laid any criminal charge. It said that in its opinion the statutory provision, which denied aliens facing deportation the right of access to information concerning national security, was unconstitutional in the circumstances in which it was applied in that case. The government was then ordered to pay the fees and costs of the applicant's attorney.

[86] The government appealed the District Court decision on the merits of the *habeas corpus* and obtained a stay of execution. Some time later, it desisted from this appeal, but it filed another appeal against the order to pay the attorney fees and costs [*sub nom. Kiareldeen v. Reno*, 92 F. Supp. 2d 403 (D.N.J. 2000)]. It was this order only that was before the Court of Appeals for the Third Circuit and the Court was very careful to explain that it was not ruling on the merits of the District Court decision, thereby leaving that question open for future determination: see pages 6 and 12 of the decision.

caractère raisonnable du certificat de sécurité ne débouchant ni sur une condamnation civile, ni sur une déclaration de culpabilité au pénal. Elles ne font, en fait, que poser la question en rapport avec les situations anormales sans y répondre, tout en indiquant qu'il y a place et matière à dérogation.

[85] L'appelant a aussi invoqué à sa rescousse la décision *Kiareldeen v. Ashcroft*, 273 F.3d 542 (3rd Cir. 2001). La lecture de cette décision révèle que, dans le cadre d'une procédure d'expulsion de l'appelant pour des activités terroristes, notamment son implication dans l'attentat à la bombe du World Trade Center en 1993, une Cour de district du New Jersey, saisie d'une demande d'*habeas corpus*, a conclu que les autorités américaines n'avaient pas fourni une preuve suffisante justifiant le renvoi hors du pays [*sub nom. Kiareldeen v. Reno*, 71 F. Supp. 2d 402 (D.N.J. 1999)]. Une partie importante de la preuve consistait en des résumés d'information confidentielle provenant du Bureau Fédéral d'Investigation (FBI), ce dernier ayant refusé de remettre l'information elle-même. La Cour de district énonça d'une manière catégorique que le fait pour le gouvernement de s'en remettre à des preuves secrètes violait les normes d'équité procédurale (*due process*). De plus, elle reprocha au gouvernement de ne pas croire en la suffisance de sa preuve puisqu'il n'avait pas porté d'accusation criminelle. Elle se dit d'avis que la disposition législative, qui niait aux étrangers faisant face à des mesures d'expulsion le droit d'accès à l'information concernant la sécurité nationale, était inconstitutionnelle dans les circonstances où elle fut appliquée en l'espèce. Le gouvernement fut alors condamné à payer les dépens ainsi que les frais de l'avocat de l'appelant.

[86] Le gouvernement s'inscrivit en appel de la décision au mérite de la Cour de district sur l'*habeas corpus* et obtint un sursis d'exécution. Quelque temps plus tard, il se désista de cet appel, mais il en logea un autre à l'encontre de la condamnation aux dépens et aux frais de l'avocat [*sub nom. Kiareldeen v. Reno*, 92 F. Supp. 2d 403 (D.N.J. 2000)]. C'est de cette condamnation seulement dont la Cour d'appel pour le troisième circuit était saisie et elle prit grand soin de préciser qu'elle ne se prononçait pas sur le mérite de la décision de la Cour de district, laissant ainsi cette

[87] To adjudicate on the question of fees and costs, the Court of Appeals had to determine whether the government was justified in bringing deportation proceedings against the appellant. It allowed the appeal. First, the Court held that Mr. Kiareldeen had been given enough information to defend himself in the proceedings taken against him, the proof being that he had triumphed in the District Court, which had ordered his release.

[88] Second, the Court rejected Mr. Kiareldeen's argument that his right to due process had been breached by the fact that hearsay evidence had been admitted when it had not been established that the persons at the origin of the hearsay could be called to testify. At page 549, the Court wrote: "the simple response to this contention is that hearsay evidence is, in fact, admissible in removal proceedings."

[89] Discussing the confidentiality of the information and the refusal to disclose it, and the criticism of the government for its unwillingness to lay criminal charges, the Court of Appeals wrote, at pages 552-553:

That the FBI would be unwilling to compromise national security by revealing its undercover sources, is both understandable and comforting. That a court would then choose to criticize the FBI for being unwilling to risk undermining its covert operations against terrorists is somewhat unnerving.

The district court also criticized the government for its apparent unwillingness to also bring criminal charges against Kiareldeen. It stated that "even the government does not find its own allegations sufficiently serious to commence criminal proceedings".

This statement illustrates both a simplistic and entirely uninformed view of the processes by which the Justice Department investigates and deals with suspected terrorists within our borders. It completely disregards the often complex determinations involved in releasing confidential counter-terrorism intelligence into the public arena through its introduction into both administrative hearings and court proceedings. Such a criticism implies that the government may only utilize information against an individual in a civil context, such as in deportation procedures, if it also intends to commence criminal proceedings against that same individual.

question ouverte pour une détermination future: voir les pages 6 et 12 de la décision.

[87] Pour adjuger sur la question des dépens et des frais, la Cour d'appel devait déterminer si le gouvernement était justifié d'entamer des procédures d'expulsion de l'appelant. Elle accueillit l'appel. Tout d'abord, elle jugea que M. Kiareldeen avait eu suffisamment d'information pour se défendre à l'encontre des procédures prises contre lui, la preuve en étant qu'il avait triomphé devant la Cour de district qui avait ordonné sa remise en liberté.

[88] Ensuite, elle rejeta l'argument de M. Kiareldeen que son droit à l'équité procédurale avait été violé du fait que des preuves de ouï-dire avaient été admises alors qu'il n'avait pas été établi que les personnes à l'origine du ouï-dire ne pouvaient être assignées à témoigner. À la page 549, la Cour écrit: [TRADUCTION] «il y a une réponse fort simple à cet argument: le ouï-dire est admis dans les procédures d'expulsion».

[89] Discutant de la confidentialité de l'information et du refus de la communiquer ainsi que du reproche fait au gouvernement de n'avoir voulu porter des accusations criminelles, la Cour d'appel écrit aux pages 552 et 553:

[TRADUCTION] Il est normal et rassurant que le FBI se refuse à compromettre la sécurité nationale en révélant ses sources. Il est même quelque peu troublant qu'un tribunal se permette de reprocher au FBI de refuser de mettre en péril les opérations clandestines qu'il mène à l'encontre de terroristes.

La Cour de district a également reproché au gouvernement son manque apparent de volonté de porter, en plus, des accusations criminelles contre Kiareldeen. Elle a affirmé que «le gouvernement lui-même ne considère pas ses propres allégations suffisamment sérieuses pour tenter des procédures criminelles».

Cette affirmation témoigne d'une vision simpliste et tout-à-fait mal informée des méthodes qu'emploie le Justice Department pour enquêter sur des personnes qu'il soupçonne de se livrer à des activités terroristes sur notre territoire et pour traiter de leur cas. Cette affirmation ignore complètement les décisions souvent complexes qui doivent être prises lorsqu'il s'agit de rendre accessibles au public, par le biais de leur divulgation dans le cadre de procédures administratives ou judiciaires, des informations confidentielles obtenues dans la lutte contre le terrorisme. Cette critique suppose que le gouvernement ne peut se servir des informations qu'il détient sur un individu

Such a fettering of the Executive Branch has no support in either case law or statute. [Emphasis added.]

In light of these remarks by the Court of Appeals, we do not think the District Court's decision, on which the appellant relies, has the moral authority he attributes to it.

[90] In *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1997] 2 S.C.R. v, this Court upheld the constitutional validity of section 40.1 of the former *Immigration Act*. These provisions have been reproduced almost integrally, *mutatis mutandis*, in the IRPA. And they have also undergone and successfully passed the test of constitutionality under section 7 of the Charter.

[91] Indeed, in *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the appellant, a citizen of India, applied for refugee status. The Immigration and Refugee Board declared him inadmissible on the ground that he was a member of a terrorist organization. Certain information that could be injurious to national security was not disclosed to the appellant. In attacking the decision he alleged that the procedure adhered to was in breach of the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter.

[92] Assuming without deciding that section 7 of the Charter applied, and comparing the new provisions with the old ones, our colleague Mr. Justice Rothstein found that the procedure in the new Act was appreciably the same and that the principles identified in *Ahani*, applied. Consequently, the process of the IRPA met the standards of fundamental justice.

[93] The appellant contends that the decisions in *Ahani* and *Sogi*, do not apply to the facts in the instant case because the appellant is a permanent resident while, in the two previous decisions, it was aliens requesting refugee status. He adds that in *Ahani*, the application and

dans une procédure civile, telle une procédure de déportation, que s'il a également l'intention de s'en servir contre ce même individu dans des procédures criminelles. Un tel asservissement du Pouvoir Exécutif ne trouve appui ni dans la jurisprudence ni dans la législation. [Nous soulignons.]

Compte tenu de ces propos de la Cour d'appel, nous ne croyons pas que la décision de la Cour de district sur laquelle l'appellant s'appuie a cette autorité morale qu'il lui attribue.

[90] Notre Cour dans l'affaire *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (C.A.F.), permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée, [1997] 2 R.C.S. v, a confirmé la validité constitutionnelle de l'article 40.1 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Ces dispositions ont été reprises quasi-intégralement, en faisant les adaptations nécessaires, dans la LIPR. Ces dernières ont, elles aussi, subi et passé avec succès le test de la constitutionnalité eu égard à l'article 7 de la Charte.

[91] En effet, dans l'affaire *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, l'appellant, en provenance de l'Inde, fit une demande de statut de réfugié. Devant la Commission du statut de réfugié, l'appellant fut déclaré inadmissible au motif qu'il était membre d'une organisation terroriste. Certaines informations pouvant porter atteinte à la sécurité nationale ne furent pas dévoilées à l'appellant. Il attaqua la décision en alléguant que la procédure suivie violait les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte.

[92] Prenant pour acquis sans le décider que l'article 7 de la Charte s'appliquait et comparant les nouvelles dispositions avec les anciennes, notre collègue, le juge Rothstein, conclut que la procédure de la Loi nouvelle était sensiblement la même et que les principes dégagés dans l'affaire *Ahani*, s'appliquaient. En conséquence, le processus de la LIPR rencontrait les normes de justice fondamentale.

[93] L'appellant prétend que les décisions dans *Ahani* et *Sogi*, n'ont pas d'application aux faits de la présente cause parce que l'appellant est un résident permanent alors que, dans les deux décisions précédentes, il s'agissait d'étrangers demandant un statut de réfugié. Il

implications of international law were not raised, while paragraph 3(3)(f) of the IRPA now requires compliance with the international instruments that Canada has signed:

3. . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

. . .

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

. . .

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

Finally, still in relation to the *Ahani* case, he argues that the legal context was distinct and quite different under the former Act, when the decision did not amount to a removal order and there was a judicial review procedure.

[94] Apart from the fact that the appellant is a permanent resident, the other differences he notes were in our opinion considered and rejected either explicitly or implicitly by Mr. Justice MacKay of the Federal Court and by this Court, which upheld his decision: see *Sogi*, at paragraphs 16 to 19, 24 and 39. We should not lose sight of the issue in dispute, in this case. It is not inappropriate to repeat it: Does the procedure by which a designated judge of the Federal Court reviews the reasonableness of a security certificate contravene section 7 of the Charter in that it allows some confidential information, which is not disclosed to the appellant on grounds of national security, to be seen, analysed and considered by the judge in making his decision?

[95] In *Sogi*, the problem was even more delicate since it involved a determination of the validity of this process when the decision concerning the confidentiality of the

ajoute que dans l'affaire *Ahani*, l'application et la portée du droit international n'avaient pas été soulevées alors que maintenant le paragraphe 3(3)(f) de la LIPR oblige que l'on se conforme aux instruments internationaux que le Canada a signés:

3. [. . .]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet:

[. . .]

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[. . .]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

Enfin, toujours en rapport avec l'affaire *Ahani*, il soutient que le cadre juridique était distinct et bien différent sous l'ancienne loi alors que la décision n'équivalait pas à une mesure de renvoi et qu'il existait une procédure de contrôle judiciaire.

[94] À l'exception du fait que l'appellant est un résident permanent, les autres différences qu'il indique ont, à notre avis, été considérées et rejetées soit explicitement, soit implicitement par le juge MacKay de la Cour fédérale et notre Cour qui a confirmé sa décision: voir *Sogi*, aux paragraphes 16 à 19, 24 et 39. Il ne faut pas perdre de vue, ici, la question en litige. Il n'est pas inapproprié de la répéter: la procédure par laquelle un juge désigné de la Cour fédérale examine le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité contrevient-elle à l'article 7 de la Charte du fait qu'elle permet que des informations confidentielles, qui ne sont pas communiquées à l'appellant pour des raisons de sécurité nationale, puissent être vues, analysées et considérées par le juge dans sa prise de décision?

[95] Dans l'affaire *Sogi*, le problème était encore plus épineux puisqu'il s'agissait de déterminer la validité de ce même processus lorsque la décision quant à la

information is taken by a member of the Immigration and Refugee Board. This Court has ruled that this procedure fulfills the principles of fundamental justice inasmuch as a complainant could have a judge of the Federal Court determine the merits or lack thereof of maintaining the confidentiality of the information that could be harmful to national security. At paragraphs 24 and 25, Rothstein J.A. expresses the Court's opinion in these words:

The procedure under the former Act which required a Federal Court judge to make the initial and only decision regarding non-disclosure was found in *Ahani* to be in accordance with fundamental justice. As long as the availability of judicial review provides the appellant with an opportunity to have a Federal Court judge decide the propriety of keeping the information confidential, the IRPA procedure must also be found to be in accordance with the principles of fundamental justice.

The question is whether the appellant has that opportunity.

In the present case, the appellant had this opportunity since the request for review of the protected information was brought before a judge of the Federal Court following the referral of the security certificate in accordance with section 77 of the IRPA.

[96] There remains the question of the appellant's permanent resident status and therefore the fact that he is not an alien seeking entry to Canada. In our humble submission, the answer to this argument is twofold.

[97] Firstly, permanent resident status is revocable on grounds of inadmissibility under sections 33-46 of the IRPA. A permanent resident has no absolute right to remain in Canada and this status, by itself, cannot allow him access to information that might compromise national security. That this right is not absolute and may be revoked without such revocation violating the Constitution was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pages 733-734:

confidentialité de l'information est prise par un membre de la Commission de protection du statut de réfugié. Notre Cour a statué que cette façon de procéder rencontrait les principes de justice fondamentale en autant qu'un plaignant pouvait faire déterminer par un juge de la Cour fédérale le mérite ou démerite de garder confidentielle l'information pouvant porter atteinte à la sécurité nationale. Aux paragraphes 24 et 25, le juge Rothstein, J.C.A. exprime en ces termes l'opinion de la Cour:

Dans *Ahani*, il a été décidé que le processus de l'ancienne Loi selon lequel un juge de la Cour fédérale devait prendre la décision initiale et la seule décision concernant la non-divulgation était conforme aux principes de justice fondamentale. Tant et aussi longtemps que le contrôle judiciaire permet à l'appelant de demander à un juge de la Cour fédérale de décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé, le processus de la LIPR devra lui aussi être jugé conforme aux principes de justice fondamentale.

La question est de savoir si l'appelant a cette possibilité.

Dans le cas présent, l'appelant a eu cette opportunité puisque la demande d'examen des renseignements à protéger a été portée devant un juge de la Cour fédérale par suite du dépôt du certificat de sécurité conformément à l'article 77 de la LIPR.

[96] Reste la question du fait que l'appelant possède le statut de résident permanent et, donc, qu'il n'est pas un étranger cherchant à obtenir droit d'entrée au Canada. Bien humblement soumis, la réponse à cet argument est double.

[97] Premièrement, le statut de résident permanent est révoqué pour raisons d'interdiction de territoire tel que prévu aux articles 33 à 46 de la LIPR. Un résident permanent n'a pas de droit absolu de demeurer au Canada et ce statut, à lui seul, ne saurait lui permettre d'accéder à des informations pouvant compromettre la sécurité nationale. Que ce droit n'est pas absolu et peut être révoqué sans que cette révocation n'enfreigne la Constitution a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 733 et 734:

The distinction between citizens and non-citizens is recognized in the *Charter*. While permanent residents are given the right to move to, take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province in s. 6(2), only citizens are accorded the right “to enter, remain in and leave Canada” in s. 6(1).

Thus Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada.

In this regard, his status does not differ from that of a person who is turned back at the border or who requests political asylum and obtains temporary residence status.

[98] Secondly, the right of access to information that could be harmful to national security by a person who, on reasonable grounds, is believed to have engaged, be engaging or intending to engage in terrorist activities does not depend on that person’s legal status. In *Ribic*, Mr. Ribic was a Canadian citizen facing criminal charges. Had he been allowed access to confidential information that could be injurious to national security instead of denied such access, as was the case, the risk to national security would have not have been any less present, less genuine or less serious because he was a Canadian citizen. In other words, whether the hat worn by a person is that of Canadian citizen, permanent resident, temporary resident or mere visitor, his inability to access information that might jeopardize or is jeopardizing national security depends on his deeds and on the State’s need to protect itself from attacks on or breaches of its security or the safety of the individuals who make up that state, irrespective of their legal or social status.

[99] The appellant refers us to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, in which the Court reaffirmed the right of an accused in a criminal trial to cross-examine a prosecution witness. Again, this is a statement of principle in a criminal case which, as we saw in the *Ribic* case, must be qualified when national security is at issue. Whatever the case, the Supreme Court in *Ruby*, acknowledged, at paragraphs 39,

La distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la *Charte*. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d’établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit «de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir», que garantit le par. 6(1).

Le Parlement a donc le droit d’adopter une politique en matière d’immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu’il leur soit permis d’entrer au Canada et d’y demeurer.

En cela, son statut n’est pas différent de celui de la personne qui est refoulée aux frontières ou qui demande asile politique et obtient un statut de résidence temporaire.

[98] Deuxièmement, le droit d’accès à une information pouvant porter atteinte à la sécurité nationale, par une personne que l’on croit, pour des motifs raisonnables, s’être livrée, se livrer ou vouloir se livrer à des activités terroristes ne dépend pas du statut juridique de cette personne. Dans l’affaire *Ribic*, M. Ribic était un citoyen canadien faisant face à des accusations criminelles. Si le droit d’accès aux renseignements confidentiels pouvant porter atteinte à la sécurité nationale lui avait été consenti plutôt que refusé comme ce fut le cas, l’atteinte à la sécurité nationale n’eût pas, pour autant, été inexistante, moins réelle et moins sérieuse parce qu’il était citoyen canadien. En d’autres termes, que le chapeau qu’une personne porte en soit un de citoyen canadien, de résident permanent, de résident temporaire ou de simple visiteur, son interdiction d’accès à de l’information pouvant mettre ou mettant en péril la sécurité nationale dépend de ses faits et gestes ainsi que de la nécessité pour l’État de se prémunir et de se protéger contre des attaques ou des atteintes à sa sécurité ou à celle des individus qui le composent, quel que soit leur statut juridique ou social.

[99] L’appelant nous renvoie à la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193 où la Cour a réaffirmé le droit d’un accusé dans un procès criminel de contre-interroger un témoin à charge de la poursuite. Encore là, il s’agit d’une affirmation de principe dans une affaire criminelle qui, comme nous l’avons vu dans l’affaire *Ribic*, doit être nuancée lorsque la sécurité nationale est mise en cause.

40 and 44, that the notion of procedural fairness and the rules of natural justice are principles of fundamental justice, but that the parameters of fairness depend on the context of the particular case. For example, the exclusion of a party during the hearing of certain arguments by the State was recognized as an exceptional albeit permissible derogation from the general rule that the right of a party to a fair hearing includes the right to know the evidence of the adverse party in order to answer anything that is detrimental to one's case.

[100] If we were to accept the appellant's position that national security cannot justify any derogations from the rules governing adversarial proceedings we would be reading into the Constitution of Canada an abandonment by the community as a whole of its right to survival in the name of a blind absolutism of the individual rights enshrined in that Constitution. We fail to discern any legislative intention along those lines, quite the contrary. We adopt the words of the Court of Appeals for the Third Circuit in *Kiareldeen v. Ashcroft*, at page 556:

Few interests can be more compelling than a nation's need to ensure its own security. It is well to remember that freedom as we know it has been suppressed in many countries. Unless a society has the capability and will to defend itself from the aggressions of others, constitutional protections of any sort have little meaning.

The individual right to liberty and the security of the person can only be exercised within an institutional framework or social order that commands respect and is respected. It no longer has much meaning or scope when, collectively, the society charged with ensuring its protection has lost its own right to liberty and security as a result of terrorist activities that it was powerless to prevent or eradicate owing to this individual right that it was to protect and intended to protect. The choice, as Justice Jackson said in *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at page 37, "is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either."

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a reconnu dans l'affaire *Ruby*, aux paragraphes 39, 40 et 44, que la notion d'équité procédurale et les règles de justice naturelle font partie des principes de justice fondamentale, mais que les paramètres de l'équité dépendent du contexte de l'affaire en question. Aussi, l'exclusion d'une partie pendant l'audition de certains arguments de l'État fut-elle reconnue comme une dérogation exceptionnelle, mais permise, à la règle générale qui veut que le droit d'une partie à une audience équitable emporte le droit de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause.

[100] Accepter la position de l'appelant que la sécurité nationale ne saurait justifier de dérognations aux règles du débat contradictoire, c'est voir dans la Constitution canadienne un abandon par la collectivité de son droit à la survie au nom d'un absolutisme aveugle des droits individuels qu'elle enchâsse. Nous ne discernons aucune intention législative en ce sens, bien au contraire. Nous faisons nôtres les propos de la Cour d'appel pour le troisième circuit dans l'affaire *Kiareldeen v. Ashcroft*, à la page 556:

[TRADUCTION] Il est peu de besoins plus pressants pour une nation que celui d'assurer sa propre sécurité. Il est bon de se rappeler que la liberté telle que nous la connaissons a été supprimée en de nombreux pays. Les protections constitutionnelles, de quelque nature qu'elles soient, ne signifient pas grand'chose si la société n'a pas la capacité et la volonté de se défendre contre ceux qui l'agressent.

Le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre institutionnel ou d'un ordre social qui commande le respect et que l'on respecte. Il n'a plus beaucoup de signification et de portée lorsque, collectivement, la société mandatée d'en assurer la protection a perdu son propre droit à la liberté et à la sécurité en raison d'activités terroristes qu'elle a été impuissante à prévenir ou à éradiquer à cause de ce droit individuel qu'elle devait et voulait protéger. Le choix qui s'offre, disait le juge Jackson dans l'affaire *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), à la page 37, [TRADUCTION] «n'est pas un choix entre l'ordre ou la

[101] Parliament weighed the interests at stake, those of the litigant and those of the community. It made a choice that recognizes the right to collective security while prescribing a procedure in which a judge, endowed with the necessary independence and impartiality, decides whether the disclosure of information or evidence would be injurious to national security or to the safety of any person. The appellant's arguments based on factors (c), (d) and (e) do not, in our opinion, have a cumulative impact that would enable us to conclude that the process established by Parliament is constitutionally invalid.

- (f) the standard of evidence adopted by Parliament to justify the issuance of a security certificate is too minimal, since it is enough to have reasonable grounds to believe that the acts described in section 34 have occurred, are occurring or may occur when this standard should have been more stringent and require that the acts be proved according to the standard of the balance of probabilities

[102] The "reasonable grounds" test is generally the standard used for the institution of prosecutions for blameworthy acts and for the exercise of preventive or investigative powers. For example, a police officer's power of arrest, an application for a search warrant and the issuance of the warrant by a justice must be based on reasonable grounds (see sections 487 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68; S.C. 1994, c. 44, s. 36; 1997, c. 18, s. 41; c. 23, s. 12; 1999, c. 5, s. 16], 495 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 75], 507(4), 512 [as am. *idem*, s. 82; S.C. 1997, c. 18, s. 58], 524(1), 525(5) and 679(6) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]). In the case of preventive action, the police officer must have reasonable grounds to believe that a person is about to commit an indictable offence or to breach his or her promise to appear and that it is in the public interest to carry out an arrest. This applies as well to an information accusing an individual of having committed an indictable or other offence (sections 506 and 778 of the *Criminal Code*).

liberté. C'est un choix entre la liberté avec ordre et l'anarchie sans l'une ni l'autre».

[101] Le Parlement canadien a soupesé les intérêts en jeu, ceux du justiciable et ceux de la collectivité. Il en est arrivé à faire un choix qui reconnaît le droit à la sécurité collective tout en prescrivant une procédure où un juge, jouissant de l'indépendance et de l'impartialité requises, décide si la divulgation de renseignements ou d'éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Les arguments de l'appelant fondés sur les facteurs c), d) et e) n'ont pas, à notre avis, un impact cumulatif permettant de conclure à l'inconstitutionnalité du processus mis en place par le législateur.

- f) la norme de preuve retenue par le législateur pour justifier l'émission d'un certificat de sécurité est trop minimale puisqu'il suffit d'avoir des motifs raisonnables de croire que les gestes décrits à l'article 34 sont survenus, surviennent ou peuvent survenir alors que cette norme aurait dû être plus astreignante et exiger que les gestes soient prouvés selon la norme de la prépondérance de la preuve

[102] Le critère des «motifs raisonnables» est généralement la norme retenue pour l'introduction de poursuites pour des gestes répréhensibles ainsi que pour l'exercice de pouvoirs préventifs ou d'enquête. Ainsi, à titre d'exemples, le pouvoir d'arrestation d'un individu par un policier, la demande d'obtention d'un mandat de perquisition et la délivrance du mandat par le juge de paix ont pour fondement les motifs raisonnables (voir les articles 487 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68; L.C. 1994, ch. 44, art. 36; 1997, ch. 18, art. 41; ch. 23, art. 12; 1999, ch. 5, art. 16], 495 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 75], 507(4), 512 [mod. *idem*, art. 82; L.C. 1997, ch. 18, art. 58] 524(1), 525(5) et 679(6) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]). Pour ce qui est de l'aspect préventif, le policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne est sur le point de commettre un acte criminel ou de violer sa promesse de comparaître de sorte qu'il est dans l'intérêt public de procéder à son arrestation. Il en va de même pour la dénonciation qui reproche à un individu la commission d'un acte criminel ou d'une infraction (articles 506 et 778 du *Code criminel*).

[103] The “reasonable grounds” standard requires more than suspicions. It also requires more than a mere subjective belief on the part of the person relying on them. The existence of reasonable grounds must be established objectively, that is, that a reasonable person placed in similar circumstances would have believed that reasonable grounds existed, in the case of an arrest, to make the arrest: *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at page 250.

[104] This “reasonable grounds” standard has been characterized as an “important protection” without which “even the most democratic society could all too easily fall prey to the abuses and excesses of a police state”: at page 249. Yet, the Supreme Court of Canada writes, “society also needs protection from crime. This need requires that there be a reasonable balance achieved between the individual’s right to liberty and the need for society to be protected from crime. Thus the police need not establish more than reasonable and probable grounds for an arrest”, at pages 249 and 250.

[105] In the case at bar, inadmissibility must be based, under section 33 of the IRPA, on the Minister’s reasonable grounds to believe that the acts or omissions referred to in sections 34 to 37 have occurred, are occurring or, if preventive considerations are involved, may occur. It is necessary, therefore, that a reasonable person, placed in similar circumstances and with the same facts, would arrive at the same belief. Thus, according to the cases, the “reasonable grounds” standard, applied to past or current wrongful acts, is not too minimal or weak a standard. It is sufficient.

[106] As to the preventive aspect, facts that might occur, the standard may *prima facie* seem too weak and consequently inadequate for the protection of individual rights since it is combined with a possibility, and not a probability, that the facts will occur. While it is true that the occurrence of the facts is stated in terms of possibility, the designated Judge was right in finding that there ought to be a serious possibility that these facts might occur and that this serious possibility should be assessed on the

[103] La norme des «motifs raisonnables» requiert plus que des soupçons. Elle exige aussi plus qu’une simple croyance subjective de la part de celui qui les invoque. L’existence des motifs raisonnables doit être établie objectivement, c’est-à-dire qu’une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait cru à l’existence de motifs raisonnables, dans le cas d’une arrestation, de procéder à l’arrestation: *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, à la page 250.

[104] Cette norme des «motifs raisonnables» a été qualifiée «d’importante mesure protectrice» en l’absence de laquelle «même la société la plus démocratique ne pourrait que trop facilement devenir la proie des abus et des excès d’un État policier»: à la page 249. Mais, écrit la Cour suprême du Canada, «la société a besoin également de protection contre le crime. Ce besoin commande l’établissement d’un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime. C’est pourquoi il suffit que la police établisse l’existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l’arrestation»: aux pages 249 et 250.

[105] En l’espèce, pour fonder l’interdiction de territoire, le ministre doit, aux termes de l’article 33 de la LIPR, avoir des motifs raisonnables de croire que les actes ou omissions mentionnés aux articles 34 à 37 sont survenus, sont en train de survenir ou, et il s’agit là de l’aspect préventif, peuvent survenir. Il faut donc qu’une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances et avec les mêmes faits en arrive à la même croyance. La norme «des motifs raisonnables» appliquée aux faits délictuels passés ou en cours de réalisation n’est donc pas, selon la jurisprudence, une norme trop minimale ou trop faible. Elle est suffisante.

[106] Pour ce qui est de l’aspect préventif, soit des faits qui peuvent survenir, la norme peut, à première vue, sembler trop faible et, par conséquent, inadéquate pour protéger les droits individuels puisqu’elle est jumelée à une possibilité, et non à une probabilité, que les faits surviennent. S’il est vrai que la survenance des faits est énoncée en terme de possibilité, le juge désigné a eu raison de conclure qu’il doit s’agir d’une possibilité sérieuse que ces faits puissent survenir et que cette

basis of reliable, credible evidence: see paragraph 128 of his decision.

[107] In fact, the situation in this case resembles that found in *Suresh*, in which the Supreme Court of Canada had to analyse the concept of “danger to the security of Canada”. At paragraph 88 of the decision, the Court concludes that there “must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada”. In the case at bar, we are of the opinion that there must be a real and serious possibility that the injurious facts alluded to in sections 34 to 37 would occur. When the notion of “possibility” is defined and circumscribed in this way, and its existence is to be assessed on the basis of reasonable grounds, we do not think that the statutory standard adopted for preventive intervention to protect national security is unreasonable or in breach of the principles of fundamental justice.

(g) under paragraph 78(j), the designated judge may admit, and base his decision on, any evidence that he considers useful, even if it is inadmissible at trial

[108] This argument by the appellant no doubt refers primarily, albeit not exclusively, to the admissibility of hearsay evidence. In itself, there is nothing objectionable in this, in this context, since the designated judge, well versed in this kind of evidence, has the power and the duty to assess its credibility and probative value. We note as well that this possibility of adducing evidence that would be inadmissible at trial is also available to the applicant and that on this point there is an equality of weapons and treatment. This factor, in our view, has little if any impact on procedural fairness, even if such impact is essentially and exclusively adverse to the appellant.

(h) the notions of “reasonable grounds” and “danger to the security of Canada” are vague and overly broad

[109] The appellant’s argument on this point is without merit. As mentioned previously, the Supreme Court of Canada has already characterized the reasonable grounds standard as “an important protection” and defined its

possibilité sérieuse doit s’apprécier à partir d’éléments de preuve fiables et fondés: voir le paragraphe 128 de sa décision.

[107] En fait, la situation ici s’apparente à celle que l’on retrouve dans l’affaire *Suresh* où la Cour suprême du Canada devait analyser le concept de «danger pour la sécurité du Canada». Au paragraphe 88 de la décision, la Cour conclut qu’il «doit exister une possibilité réelle et sérieuse d’un effet préjudiciable au Canada». En l’espèce, nous sommes d’avis qu’il doit exister une possibilité réelle et sérieuse que les faits préjudiciables prévus aux articles 34 à 37 se produisent. La notion de «possibilité» étant ainsi définie et balisée, et son existence devant s’apprécier à partir de motifs raisonnables, nous ne croyons pas que la norme législative retenue pour une intervention préventive visant à protéger la sécurité nationale est abusive et en violation des principes de justice fondamentale.

g) aux termes de l’alinéa 78j), le juge désigné peut admettre et fonder sa décision sur toute preuve qu’il estime utile, même si elle est inadmissible en justice

[108] Cet argument de l’appelant fait sans doute référence principalement, quoique non exclusivement, à l’admissibilité de preuves de ouï-dire. En soi, il n’y a pas, dans ce contexte, matière à objection, étant entendu que le juge désigné, rompu à ce genre de preuve, a le pouvoir et le devoir d’en apprécier la crédibilité et la valeur probante. Notons également que cette possibilité de produire des preuves inadmissibles en justice s’offre aussi au requérant et qu’il existe sur ce point égalité des armes et de traitement. Ce facteur nous apparaît de faible incidence sur l’équité procédurale si tant est qu’il en ait une et que celle-ci soit essentiellement et exclusivement préjudiciable à l’appelant.

h) les notions de «motifs raisonnables» et de «danger pour la sécurité du Canada» sont des notions imprécises et de portée excessive

[109] L’argument de l’appelant sur ce point est sans mérite. Tel que déjà mentionné, la Cour suprême du Canada a déjà qualifié la norme des motifs raisonnables «d’importante mesure protectrice» et en a déterminé les

parameters. In regard to the notion of “danger to the security of Canada”, the Court held that it is not unconstitutionally vague, that it is difficult to define and that the expression must be given a fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms: see *Suresh*, at paragraphs 82, 83 and 85.

(i) the decision of the designated Judge has far-reaching implications for a permanent resident like the appellant, who will be deported from the territory, when this decision is final and without appeal

[110] The inadmissibility that is provided and authorized by the IRPA, which results in removal from the country, may prove to have far-reaching implications for the person to whom it applies. But the validity of the process leading to removal is not gauged solely by the importance of the consequence that results from it. The fact is that the decision on the reasonableness of the security certificate issued by the Ministers is the product of a judicial decision made by an impartial and independent judge, at the conclusion of a process that meets the minimum standards of fundamental justice. The absence of one or more rights of appeal does not affect the constitutional validity of the process established by Parliament.

[111] Furthermore, the Ministers remains free to act or not to act on the inadmissibility. In fact, the Ministers may change their mind if the permanent resident satisfies them that his presence in Canada would not be detrimental to the national interest: see subsection 34(2) of the IRPA.

[112] Similarly, an application for protection may be made to the Minister of Citizenship and Immigration under section 112 of the IRPA and the lawfulness of the Minister’s decision on such an application is also reviewable by a designated judge: see section 80 of the IRPA.

[113] Thus there are safety valves and mechanisms that ensure an independent, fair determination by a judge of the facts and the law on which inadmissibility and a rejection of an application for protection are based. The

paramètres. Quant à la notion de «danger pour la sécurité du Canada», elle a conclu qu’elle n’était pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle, qu’elle était difficile à définir et qu’il fallait interpréter l’expression d’une manière large et équitable et en conformité avec les normes internationales: voir *Suresh*, aux paragraphes 82, 83 et 85.

i) la décision du juge désigné est lourde de conséquences pour un résident permanent comme l’appelant qui sera expulsé du territoire, alors que cette décision est finale et sans appel

[110] L’interdiction de territoire prévue et autorisée par la LIPR, qui débouche sur une expulsion du pays, peut s’avérer lourde de conséquences pour la personne à qui elle s’applique. Mais la validité du processus qui y conduit ne se mesure pas uniquement par l’importance de la conséquence qui en résulte. Le fait est que la décision quant au caractère raisonnable du certificat de sécurité émis par les ministres est la résultante d’une décision judiciaire prise par un juge impartial et indépendant, au terme d’un processus qui rencontre les normes minimales de justice fondamentale. L’absence d’un ou de multiples droits d’appel n’affecte pas la validité constitutionnelle du processus mis en place par le législateur.

[111] En outre, les ministres demeurent libres de donner ou ne pas donner suite à l’interdiction de territoire. De fait, ils peuvent se raviser si le résident permanent les convainc que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national: voir le paragraphe 34(2) de la LIPR.

[112] De même, le Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration peut être saisi d’une demande de protection en vertu de l’article 112 de la LIPR et la légalité de la décision du ministre relative à cette demande de protection est aussi révisable par un juge désigné: voir l’article 80 de la LIPR.

[113] Il existe donc des soupapes et des mécanismes permettant d’assurer une détermination judiciaire, indépendante et équitable des faits et du droit à la base de l’interdiction de territoire et du rejet d’une demande

appellant's argument based on the consequences of inadmissibility and the absence of a right of appeal from the judge's decision has no impact on the lawfulness of the process surrounding the referral of the certificate and its review in the Federal Court.

(j) the appellant is deprived of the right to be released on bail

[114] Under subsection 83(3) of the IRPA, the designated judge shall order the continued detention of a permanent resident who continues to be a danger to national security or to the safety of any person through the actions injurious to security that are listed in section 34. The permanent resident shall also remain in detention if the designated judge is satisfied that he is unlikely to appear at a proceeding or for removal. There is nothing surprising about this preventive measure given the gravity of the alleged or anticipated actions.

[115] Counsel for the appellant objects to the unfairness of this mandatory detention when, she says, the Immigration Division must, where there are reasons for detention, consider the existence of alternatives to detention and the possibility of using them. She bases her objection on paragraph 58(1)(a) of the IRPA, which is found in Division 6, and on paragraph 244(b) and sections 246 and 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, June 11, 2002 (the Regulations), which were adopted for the implementation of Division 6 of the IRPA governing detention and release.

[116] It is unnecessary to reproduce these sections in order to understand the issues. They refer to the danger that the arrested and detained person constitutes to the public and they identify the appropriate factors to be considered for the purposes of determining whether they apply to this person.

[117] The least that can be said is that the language of these sections lack vigor. The words "danger to the public" are sometimes rendered in French by "*danger pour le public*" (danger to the public) and sometimes by "*danger pour la sécurité publique*" (danger to public

de protection. L'argument de l'appellant fondé sur les conséquences de l'interdiction de territoire et l'absence de droit d'appel de la décision judiciaire n'a pas d'impact sur la légalité du processus entourant le dépôt du certificat et son examen en Cour fédérale.

j) l'appellant est privé du droit à une remise en liberté sous cautionnement

[114] En vertu du paragraphe 83(3) de la LIPR, le juge désigné doit ordonner le maintien en détention du résident permanent qui continue de constituer un danger pour la sécurité nationale ou d'autrui pour les faits et gestes préjudiciables à la sécurité prévus à l'article 34. Il doit aussi demeurer en détention si le juge désigné est satisfait que le résident permanent se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Il n'y a dans cette mesure préventive rien de surprenant compte tenu de la gravité des gestes reprochés ou anticipés.

[115] La procureure de l'appellant se plaint de l'inéquité de cette détention obligatoire alors que, dit-elle, la Section de l'immigration doit, lorsqu'il existe des motifs de détention, prendre en considération l'existence de solutions de rechange à la détention et la possibilité d'y recourir. Elle se fonde sur l'alinéa 58(1)a) de la LIPR que l'on retrouve dans la section 6 ainsi que sur l'alinéa 244b) et les articles 246 et 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, 11 juin 2002 (Règlement), lesquels ont été adoptés pour l'application de la section 6 de la LIPR relative à la détention et à la mise en liberté.

[116] Il n'est pas nécessaire de reproduire ces articles pour la compréhension du débat. Ils réfèrent d'une part, au danger que la personne arrêtée et détenue constitue pour le public et ils identifient les facteurs à prendre en considération aux fins de déterminer s'il s'agit d'une telle personne.

[117] Le moins que l'on puisse dire, c'est que le texte de ces articles manque de rigueur. Les termes «*danger to the public*» ont été tantôt rendus en français par «*danger pour le public*», tantôt par «*danger pour la sécurité publique*». L'article 246 du Règlement, qui se

security or safety). Section 246 of the Regulations, which is an attempt to list the factors to be considered in applying the notion of public danger, refers to a number of provisions in the IRPA: paragraph 101(2)(b), subparagraph 113(d)(i) or (ii), paragraph 115(2)(a) or (b) and subsection 121(2). Most of these provisions deal with serious crime and organized crime in the context of the public danger they pose. One would therefore be inclined, if not justified, to think that all of these provisions contemplate the usual threat to the public presented by traditional crime. But then section 246 of the Regulations and subparagraph 113(d)(ii) and paragraph 115(2)(b) of the IRPA, still in the context of applying the notion of public danger, require that danger to the security of Canada be considered. Yet section 34 of the IRPA, which serves as the basis for the mandatory detention under subsection 83(3) because the detained person is a danger to national security or the safety of any person (hence the public), provides in paragraph (d) that a person may be inadmissible if he or she is a danger to the security of Canada and, under subsection (2), admitted if his or her presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[118] In short, there is in these provisions an overlapping and entanglement of the notions of public danger, danger to public safety or security, danger to the security of Canada, danger to national security, detriment to the national interest and danger to the safety of any person: a veritable abstract work of art in which everyone can see or discover what they wish.

[119] In this context, the submission by counsel for the appellant that the Immigration Division may use alternatives to detention for a person who constitutes a danger to the security of Canada, as in the case of paragraph 34(d), while the designated judge cannot, is certainly not unreasonable. Section 85 of the IRPA, in fact, states that sections 82 to 84, including subsection 83(3) which makes the detention mandatory, prevail to the extent of any inconsistency with Division 6 and accordingly with the Regulations thereunder.

[120] But that does not mean, however, that the process that occurs before the designated judge in relation to the determination of the reasonableness of the certificate is unconstitutional. It is still necessary to establish

veut une énumération des facteurs à prendre en considération pour l'application de la notion de danger public, réfère à un certain nombre d'articles de la LIPR: alinéa 101(2)b), sous-alinéas 113d)(i) ou (ii), alinéas 115(2)a) ou b) et paragraphe 121(2). Pour la plupart, ces articles traitent de criminalité sérieuse et de criminalité organisée dans le contexte du danger public qu'elles posent. On serait donc porté à croire, sinon justifié de le faire, que tous ces articles envisagent la menace habituelle que pose au public la criminalité traditionnelle. Mais voilà: l'article 246 du Règlement et le sous-alinéa 113d)(ii) et l'alinéa 115(2)b) de la LIPR, toujours dans le contexte de l'application de la notion de danger public, requièrent de prendre en considération le danger pour la sécurité du Canada. Or, l'article 34 de la LIPR, qui sert de fondement à la détention mandatoire du paragraphe 83(3) parce que le détenu constitue un danger pour la sécurité nationale ou d'autrui (donc du public), prévoit à l'alinéa d) qu'une personne peut être interdite de territoire si elle constitue un danger pour la sécurité du Canada et, en vertu du paragraphe 2, admise si sa présence au Canada ne porte pas préjudice à l'intérêt national.

[118] En somme, il y a dans ces articles un chevauchement et un enchevêtrement des notions de danger public, danger pour la sécurité publique, danger pour la sécurité du Canada, danger pour la sécurité nationale, préjudice à l'intérêt national et danger pour la sécurité d'autrui: un véritable tableau d'art abstrait où chacun finit par y voir ou y découvrir ce qu'il veut.

[119] Dans ce contexte, la prétention de la procureure de l'appelant que la Section de l'immigration peut recourir à des solutions de rechange à la détention pour une personne qui constitue un danger pour la sécurité du Canada, comme dans le cas de l'alinéa 34d), alors que le juge désigné, lui, ne le peut pas, n'est certes pas déraisonnable. L'article 85 de la LIPR, de fait, énonce que les articles 82 à 84, dont le paragraphe 83(3) qui rend la détention mandatoire, l'emportent sur toute disposition incompatible de la section 6 et, partant, du Règlement qui en découle.

[120] Mais cela ne veut pas dire pour autant que le processus qui a cours devant le juge désigné relatif à la détermination du caractère raisonnable du certificat est inconstitutionnel. Encore faut-il établir une discrimi-

discrimination under section 15 of the Charter, which was not done in this proceeding. Furthermore, the difference in treatment is explained by the fact that the Immigration Division is confronted with many situations or circumstances, of varying gravity, in which it must decide between continued detention and release, with or without conditions. On the other hand, the situation is necessarily a serious one when, under section 77, two government Ministers launch the inadmissibility process through a certificate on grounds of security, serious criminality, organized criminality or violation of human or international rights and refer it to the Federal Court. It is not unreasonable, therefore, that Parliament would enact different measures reflecting some distinct situations and purposes. Finally, the lack of discretion of the designated judge when there is a danger to national security or the safety of any person may be justified by the nature of the activities contemplated in section 34 of the IRPA, including terrorist activities.

[121] Whatever the case, the detention of a permanent resident awaiting the determination of the reasonableness of the security certificate issued against him is not an unjustified measure where there is proof of a danger to national security or that he might not appear at the proceedings taken against him.

[122] To conclude on this second question raised on appeal, the protection of national security is not a caprice. It is a necessity for the purpose of protecting the social order which allows the exercise and development of the individual rights conferred by the Constitution, which we rightly cherish. We are satisfied that this necessity to protect national security can justify derogations from the system or process that normally prevails. We are also satisfied that the process established for the review of protected information, by which the Chief Justice of the Federal Court, or a judge he designates, examines the denial of access to that information, fulfills the minimum requirements of the principles of fundamental justice.

[123] Counsel for the appellant suggested during the hearing of the appeal that the process should provide recourse to a special counsel with a right of access to the

nation selon l'article 15 de la Charte, ce qui n'a pas été fait dans l'instance. En outre, la différence de traitement s'explique par le fait que la Section de l'immigration est confrontée à de multiples situations ou circonstances, généralement variables en gravité, où elle doit décider d'un maintien en détention ou d'une remise en liberté, avec ou sans condition. Par contre, la situation est nécessairement sérieuse lorsque, en vertu de l'article 77, deux ministres du gouvernement enclenchent le processus d'interdiction de territoire au moyen d'un certificat de sécurité, de grande criminalité, de criminalité organisée ou d'atteinte aux droits humains ou internationaux et en saisissent la Cour fédérale. Il n'est donc pas déraisonnable pour le législateur d'adopter des mesures différentes qui prennent en compte des réalités et des finalités distinctes. Enfin, l'absence de discrétion du juge désigné lorsqu'il y a un danger pour la sécurité nationale ou d'autrui peut se justifier par la nature des activités envisagées à l'article 34 de la LIPR, dont notamment les activités terroristes.

[121] Quoi qu'il en soit, la détention d'un résident permanent en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui n'est pas une mesure injustifiée lorsqu'il y a une preuve d'un danger pour la sécurité nationale ou qu'il se soustraira aux procédures entreprises contre lui.

[122] Pour conclure sur cette deuxième question soulevée en appel, la protection de la sécurité nationale n'est pas un caprice. Elle est une nécessité afin de protéger l'ordre social qui permet l'épanouissement et l'exercice de ces droits individuels que confère la Constitution et que nous chérissons à juste titre. Nous sommes satisfaits que cette nécessité de protéger la sécurité nationale peut justifier des dérogations au système ou au processus qui a normalement cours. Nous sommes également satisfaits que le processus mis en place pour l'examen de renseignements protégés, par lequel le juge en chef de la Cour fédérale, ou un juge qu'il désigne, examine le refus d'accès à ces renseignements, rencontre les exigences minimales des principes de justice fondamentale.

[123] La procureure de l'appellant a suggéré lors de l'audition de l'appel que le processus devrait prévoir le recours à un procureur spécial, possédant un droit

protected information who could assist the designated judge in the performance of his duties or assist the permanent resident's counsel who is unable to access that information. This special counsel would be able to cross-examine witnesses and thus to test more fully the reliability and credibility of the evidence submitted. We understood that she was expressing before us a desire for reform. We note that in *Ribic*, after an agreement between the parties and with the consent of the Attorney General of Canada, a special counsel was appointed with access to the protected information. He assisted Mr. Ribic's counsel, participated in the private and *in camera* hearings in his place and asked the witnesses the questions which the latter wished to have clarified.

[124] There is no doubt that the system, as it exists, complicates the task of the designated judge who must, in the absence of an applicant and his counsel, concern himself with the latter's interests in order to give equal treatment to the parties before him. Nothing precludes the executive or legislative authorities from granting more than the minimum guarantees under the Charter in order to satisfy the principles of fundamental justice. As Mr. Justice Bastarache says, "The Charter sets out minimum standards to which the common law and statute law must conform. It does not preclude the common law and statute law from offering additional protection": *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475, at paragraph 83; see also *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at page 142, where Chief Justice Lamer notes that the Constitution does not always guarantee the "ideal" situation.

[125] For example, the British Parliament, in section 6 of its legislation, the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* [(U.K.), 1997, c. 68], provides for the possible appointment by the Attorney General of a person to represent the interests of an appellant in proceedings before the Special Immigration Appeals Commission when he and his attorneys are excluded. Subsection 6(4) provides that a person thus appointed, chosen from among the specialized immigration Bar and Queen's Counsel and possessing the necessary security clearance, shall not be responsible to the person whose interests he or she is appointed to represent. But once this special advocate has examined the evidence or the

d'accès aux renseignements protégés, pour soit aider le juge désigné à exercer ses fonctions, soit assister le procureur de la personne qui ne peut accéder à ces renseignements. Ce procureur spécial serait en mesure de contre-interroger les témoins et ainsi de mieux tester la fiabilité et la crédibilité de la preuve soumise. Nous avons compris qu'elle exprimait devant nous un souhait de réforme. Nous notons que dans l'affaire *Ribic*, après entente entre les parties et avec le consentement du procureur général du Canada, un procureur spécial fut désigné et eut accès aux renseignements protégés. Il a ainsi assisté l'avocat de M. Ribic, participé aux audiences privées et à huis clos à sa place et posé aux témoins les questions que ce dernier voulait voir élucidées.

[124] Il est indubitable que le système, tel qu'il existe, rend la tâche particulièrement difficile pour le juge désigné qui doit, en l'absence d'un requérant et de ses avocats, se préoccuper des intérêts de ce dernier afin d'accorder un traitement équitable aux parties devant lui. Rien n'empêche les autorités exécutives ou législatives d'octroyer plus que les garanties minimales requises par la Charte pour satisfaire aux principes de justice fondamentale. Comme le dit le juge Bastarache, «La Charte établit des normes minimales auxquelles la common law et le droit écrit doivent se conformer. Elle ne les empêche pas d'offrir une protection additionnelle»: *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, au paragraphe 83; voir aussi *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la page 142 où le juge en chef Lamer rappelle que la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale».

[125] C'est ainsi, par exemple, que le législateur britannique a, à l'article 6 de sa loi intitulée *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* [(R.-U.), 1997, ch. 68], prévu la possibilité que soit nommée par le procureur général une personne pour représenter les intérêts d'un appelant dans des procédures devant la Commission d'appel de l'immigration lorsque lui et ses avocats en sont exclus. Le paragraphe 6(4) prévoit que la personne ainsi nommée, choisie parmi des avocats spécialisés en matière d'immigration, conseillers de la Reine et détenant la cote de sécurité nécessaire, n'est pas redevable à celui ou à celle dont elle représente les intérêts. Mais une fois que cet avocat spécialement

confidential information, he is no longer free to contact the appellant or his counsel. He may do so only in accordance with directions from the Secretary of State, in order to avoid any disclosure of confidential information, even by inadvertence: see sections 34 to 36, *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003* [S.I. 2003/1034].

[126] We have briefly alluded to the procedure that exists in England for two reasons: first, to note its existence, and second, to point out that its establishment would involve costs and would necessitate an analysis and a choice as to the role that the specially appointed person should be able to play. It seems apparent to us that the appropriateness of setting up such a mechanism and its establishment, with all that this implies, pertains more to the legislative or regulatory power than it does to the judiciary. Moreover, in the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police [*Second Report: Freedom and Security under the Law*] (the MacDonald Commission), to which the designated Judge refers at paragraph 35 of his decision, the Commission examined the question and did not consider this procedure to be appropriate for our system at that time. At Volume I, page 586, paragraph 104, the Commission wrote:

Hearings before a judge in our proposed system would be *ex parte* proceedings. . . . Submissions have been made to us that the proceedings should be made more adversarial by providing for the appointment of an officer to serve as 'a friend of the court'. This officer would appear before the judge and point out possible weaknesses or inadequacies in applications. While we think such a proposal has considerable merit and have considered it carefully, we have concluded that, on balance, it would not be advisable to adopt such a mechanism. The adversarial element afforded by such a procedure might be rather artificial and would make the process of approving applications unduly complex. Further, we think that an experienced judge is capable of giving adequate consideration to all relevant aspects of an application without the assistance of an adversarial procedure.

Parliament chose to follow this recommendation of the MacDonald Commission, which fulfills the minimum

nommé a pris connaissance de la preuve ou des renseignements gardés confidentiels, il ne peut plus librement entrer en contact avec l'appellant ou son procureur. Il ne peut le faire qu'en conformité avec les directives du Secrétaire d'État, de façon à éviter que, même par inadvertance, des informations confidentielles ne soient révélées: voir les articles 34 à 36, *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003* [S.I. 2003/1034].

[126] Nous avons brièvement fait mention de cette procédure qui existe en Angleterre pour deux raisons: premièrement, pour en souligner l'existence et, deuxièmement, pour faire ressortir que sa mise en place implique des coûts et qu'elle nécessite une analyse et un choix quant au rôle que doit pouvoir jouer la personne spécialement nommée. Il nous apparaît évident que l'opportunité de se doter d'un tel mécanisme et sa mise en place, avec ses tenants et aboutissants, relèvent plus du pouvoir législatif ou réglementaire que du pouvoir judiciaire. D'ailleurs, dans le rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada [*Deuxième rapport: La liberté et la sécurité devant la loi*] (la Commission MacDonald), auquel le juge désigné réfère au paragraphe 35 de sa décision, la Commission avait examiné la question et n'avait pas jugé à l'époque que cette procédure était opportune dans notre système. Au volume I, page 586, paragraphe 104, la Commission écrit:

Dans notre système, l'audition devant le juge serait une procédure unilatérale [. . .] On a prétendu qu'il faudrait conférer à la procédure un caractère plus accusatoire en prévoyant la nomination d'un officier qui aurait qualité d'intervenant bénévole. Cet officier signalerait au juge, au besoin, les faiblesses ou les lacunes des demandes. Cette proposition a beaucoup de mérite et nous l'avons examinée avec soin, mais nous avons conclu que, somme toute, un tel mécanisme ne convient pas. L'antagonisme que cette procédure engendrerait pourrait être plutôt artificiel et risquerait de compliquer outre mesure le processus d'approbation des demandes. De plus, nous estimons qu'un juge d'expérience n'a pas besoin d'une procédure accusatoire pour peser tous les aspects d'une demande.

Le législateur a choisi de suivre cette recommandation de la Commission MacDonald qui rencontre les garan-

guarantees of the principles of fundamental justice. It is Parliament's role, not ours, to reconsider it if appropriate.

[127] We turn now to consideration of the third question raised by the appeal.

(3) Does the judicial examination procedure under section 76 et seq. of the IRPA derogate from the appellant's status as a permanent resident and does it ensure equal treatment to all permanent residents declared inadmissible on security grounds?

[128] We replied in part to this question earlier when we were analysing the factors under question No. 2. It is sufficient to reiterate that the status of permanent resident is constitutionally revocable and that in this regard the grounds for revocation are the same for all permanent residents: see *Chiarelli*. We also concluded that the judicial examination procedure under section 76 et seq. of the IRPA does not adversely affect that status.

[129] As to the question of the equality of treatment of permanent residents who are declared inadmissible on security grounds, there is in the record, apart from the allegations, no proof of discrimination within the meaning of section 15 of the Charter.

(4) Are the IRPA provisions for detention of the person in question during the judicial examination of the security certificate consistent with the Charter and the Bill of Rights?

[130] We are satisfied that the provisions relating to the preventive detention of the appellant while awaiting the determination on the reasonableness of the security certificate meet the requirements of the Charter and the Bill of Rights. The grounds for the detention are serious and limited. They have a close and direct relationship to the objectives of the IRPA, the obligation to ensure the protection of national security and the right of the Parliament of Canada to control the access to and sojourn in Canada of permanent residents.

ties minimales des principes de justice fondamentale. C'est à lui, et non à nous, qu'il revient de la reconsidérer, s'il y a lieu.

[127] Il y a maintenant lieu de considérer la troisième question soulevée par l'appel.

3. Est-ce que la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 76 et suivants de la LIPR porte atteinte au statut de résident permanent de l'appellant et assure-t-elle un traitement égal à tous les résidents permanents déclarés inadmissibles pour raisons de sécurité?

[128] Nous avons déjà répondu en partie à cette question lorsque nous avons procédé à l'analyse des facteurs sous la question n° 2. Il suffit de réitérer que le statut de résident permanent est constitutionnellement révoquant et, qu'à cet égard, les motifs de révocation sont les mêmes pour tous les résidents permanents: voir *Chiarelli*. Nous avons aussi conclu que la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 76 et suivants de la LIPR ne porte pas atteinte à ce statut.

[129] Quant à la question de l'égalité de traitement des résidents permanents déclarés inadmissibles pour des raisons de sécurité, il n'y a au dossier, outre les allégations, aucune preuve de discrimination au sens de l'article 15 de la Charte.

4. Est-ce que les dispositions de la LIPR prévoyant la détention de la personne en cause pendant l'examen judiciaire du certificat de sécurité sont conformes à la Charte et à la Déclaration canadienne?

[130] Nous sommes satisfaits que les dispositions relatives à la détention préventive de l'appellant, en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité, rencontrent les exigences de la Charte et de la Déclaration canadienne. Les motifs autorisant la détention sont sérieux et limités. Ils ont un lien étroit et direct avec les objectifs de la LIPR, l'obligation d'assurer la protection de la sécurité nationale et le droit du Parlement canadien de contrôler l'accès et le séjour au Canada de résidents permanents.

[131] Furthermore, the procedure for ongoing review of the detention that Parliament has provided means that the appellant's right to release is under constant supervision and judicial protection, to ensure that it is not unlawfully or unjustly breached.

[132] Finally, as mentioned previously, the detention of a permanent resident pursuant to a security certificate is not an unjustified and unconstitutional measure when the evidence discloses that he might be a danger to national security or the safety of any person or that he might thwart the pursuit of justice by avoiding the proceedings taken against him.

(5) Are the expressions "reasonable grounds to believe" and "danger to the security of Canada" used in section 33 and subsection 34(1) of the IRPA vague, overly broad or discriminatory?

[133] We have already answered this question in the negative, at paragraphs 102 to 107.

(6) Does the public nature of the Ministers' security certificate that is referred to the Federal Court violate the Charter in so far as it would preclude a return of the person to his or her country of origin without risk?

[134] This ground of appeal was abandoned by the appellant.

(7) Does the absence of a right of appeal or judicial review of the decisions concerning the reasonableness of the certificate and, where applicable, the lawfulness of the Minister's decision in the context of the pre-removal risk assessment (section 112 of the IRPA) breach section 96 of the Constitution Act, 1867?

[135] There was no need to hear from the respondents on this question. It is trite law that the right of appeal is a statutory right and that it does not exist absent the appropriate statutory provision. Constitutionally, it is beyond question that Parliament has the power to grant or withhold a right of appeal in immigration matters.

[131] En outre, le mécanisme de révision continue de la détention que le législateur a prévu permet que le droit à la liberté de l'appelant soit sous constante surveillance et protection judiciaire afin d'empêcher qu'il ne soit illégalement ou injustement brimé.

[132] Enfin, tel que précédemment mentionné, la détention d'un résident permanent faisant l'objet d'un certificat de sécurité n'est pas une mesure injustifiée et inconstitutionnelle lorsque la preuve révèle qu'il pourrait constituer un danger pour la sécurité nationale ou d'autrui ou qu'il pourrait contrecarrer le cours de la justice en se soustrayant aux procédures prises contre lui.

5. Est-ce que les termes «motifs raisonnables de croire» et «danger pour la sécurité du Canada» utilisés à l'article 33 et au paragraphe 34(1) de la LIPR sont imprécis ou de portée excessive ou discriminatoire?

[133] Nous avons déjà répondu par la négative à cette question aux paragraphes 102 à 107.

6. Est-ce que le caractère public du certificat de sécurité des ministres déposé en Cour fédérale porte atteinte à la Charte dans la mesure où il empêcherait un retour sans risque de la personne dans son pays d'origine?

[134] Ce motif d'appel a été abandonné par l'appelant.

7. Est-ce que l'absence de droit d'appel ou de contrôle judiciaire des décisions quant au caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi (article 112 de la LIPR) porte atteinte à l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867?

[135] Nous n'avons pas eu besoin d'entendre les intimés sur cette question. Il est acquis en jurisprudence que le droit d'appel est un droit conféré statutairement et qu'il n'existe pas en l'absence d'une disposition législative l'octroyant. Au plan constitutionnel, la compétence du législateur de consentir ou non un droit

d'appel dans les matières relatives à l'immigration ne saurait être mise en doute.

[136] As to the "harm" factor that appears to underlie this complaint, it should not be forgotten that the absence of any right of appeal or judicial review applies to both parties to the proceeding; the appellant and the respondents alike can rejoice or lament this fact depending on the decision that is made.

[136] Quant à l'élément «préjudice» qui semble sous-tendre ce grief, il ne faut pas oublier que l'absence de droit d'appel ou de contrôle judiciaire existe pour les deux parties à la procédure: tant l'appelant que les intimés peuvent s'en réjouir ou le déplorer selon la décision rendue.

(8) Does the judicial examination procedure under sections 76 to 85 of the IRPA comply with Canada's international obligations, particularly in light of paragraph 3(3)(f) of the IRPA and the Covenant?

8. Est-ce que la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR respecte les obligations internationales du Canada, notamment eu égard à l'alinéa 3(3)f) de la LIPR et au Pacte?

[137] Paragraph 3(3)(f) of the IRPA requires that the Act be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory. The appellant cites in support the provisions of the Covenant, the Universal Declaration and the European Convention on Human Rights and alleges that the judicial examination procedure under section 77 *et seq.* of the IRPA contravenes them. There is no merit in this argument of the appellant.

[137] L'alinéa 3(3)f) de la LIPR requiert que l'interprétation et la mise en œuvre de celle-ci se conforment aux instruments internationaux sur les droits de l'homme que le Canada a signés. L'appelant se réclame des dispositions du Pacte, de la Déclaration universelle et de la Convention Européenne des droits de l'Homme et allègue que la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 77 et suivants de la LIPR y contrevient. Cet argument de l'appelant est sans aucun mérite.

[138] It should be mentioned that the Universal Declaration, which is a resolution of the General Assembly of the United Nations, is of no binding effect, although it plays an important role in customary international law. However, as stated earlier, Canada is a signatory to the Covenant, an instrument which in some ways serves to spell out the major principles set out in the Universal Declaration. As for the Convention, its role is a limited one in our domestic law. But in so far as its provisions are similar to those of the Covenant and our Charter, its interpretation by the European tribunals offers us an additional and relevant perspective, to be sure.

[138] Il convient de mentionner que la Déclaration universelle, qui est une résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, si elle joue un rôle important au niveau du droit international coutumier, n'a pas de force obligatoire. Par contre, tel que déjà mentionné, le Canada est signataire du Pacte, instrument qui, en quelque sorte, est venu préciser les grands principes énoncés dans la Déclaration universelle. Quant à la Convention, son rôle est ici, au plan domestique, limité. Mais dans la mesure où ses dispositions sont similaires à celles du Pacte et de notre Charte, l'interprétation qui en est faite par les tribunaux européens nous offre une perspective additionnelle et certes pertinente.

[139] Generally speaking, the provisions of the Covenant allow for the right to equality before the courts and tribunals and the right to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal (Article 14). Articles 12 and 13 include the right to liberty of

[139] Globalement, les dispositions du Pacte prévoient le droit à l'égalité devant les tribunaux et le droit à une audition équitable et publique par un tribunal compétent, indépendant et impartial (article 14). On retrouve aux articles 12 et 13 le droit à la libre

movement within the territory by a person who is lawfully there and the right for an alien facing expulsion to oppose it and be allowed to submit the reasons against his expulsion. But the Covenant's provisions also allow for derogations in the case of an emergency which threatens the life of the nation or a threat to national security, derogations that it is not necessary to analyse here in the absence of any evidence of a breach of articles 13 and 14.

[140] In fact, the United Nations Human Rights Committee, in its Communication No. 1051/2002 [*Views of the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*], confirmed the compliance of the judicial review procedure in section 77 of the IRPA with the provisions of the Covenant. At paragraph 10.5, the Committee makes the following observations in relation to an application from Mr. Ahani, who had unsuccessfully challenged the procedure in the Federal Court:

As to the claims under articles 6, 7, 13 and 14, with respect to the process and the fact of the author's expulsion, the Committee observes, at the initial stage of the process, that at the Federal Court's "reasonableness" hearing on the security certification the author was provided by the Court with a summary redacted for security concerns reasonably informing him of the claims made against him. The Committee notes that the Federal Court was conscious of the "heavy burden" upon it to assure through this process the author's ability appropriately to be aware of and respond to the case made against him, and the author was able to, and did, present his own case and cross-examine witnesses. In the circumstances of national security involved, the Committee is not persuaded that this process was unfair to the author. Nor, recalling its limited role in the assessment of facts and evidence, does the Committee discern on the record any elements of bad faith, abuse of power or other arbitrariness which would vitiate the Federal Court's assessment of the reasonableness of the certificate asserting the author's involvement in a terrorist organization. The Committee also observes that the Covenant does not, as of right, provide for a right of appeal beyond criminal cases to all determinations made by a court. Accordingly, the Committee need not determine whether the initial arrest and certification proceedings in question fell within the scope of articles 13 (as a decision pursuant to which an alien lawfully present is expelled) or 14 (as a determination of rights and obligations in a suit at law), as in any event the author has not made out a

circulation sur le territoire par la personne qui s'y trouve légalement ainsi que le droit pour un étranger que l'on veut expulser de s'opposer et de faire valoir des motifs à l'encontre de la mesure d'expulsion. Mais les dispositions du Pacte permettent aussi des dérogations en cas d'un danger public exceptionnel ou de menace à la sécurité nationale, dérogations qu'il n'est pas nécessaire ici d'analyser en l'absence d'une preuve de violation des articles 13 et 14.

[140] De fait, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans sa Communication No. 1051/2002 [*Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*], a confirmé la conformité de la procédure d'examen judiciaire de l'article 77 de la LIPR avec les dispositions du Pacte. Au paragraphe 10.5, le Comité livre les observations suivantes relativement à une demande de M. Ahani qui avait, sans succès, contesté devant la Cour fédérale la procédure d'examen judiciaire:

Pour ce qui est des allégations de violation des articles 6, 7, 13 et 14 relatives à l'expulsion de l'auteur et à la procédure à l'issue de laquelle il a été expulsé, le Comité relève tout d'abord que, à l'audience visant à établir le caractère raisonnable de l'attestation de danger pour la sécurité, la Cour fédérale a donné à l'auteur un résumé l'informant suffisamment des accusations portées contre lui. Le Comité note que la Cour fédérale avait conscience qu'elle avait la « lourde responsabilité » de faire en sorte dans cette procédure que l'auteur connaisse dûment les faits qui lui étaient reprochés et puisse y répondre et que l'auteur a effectivement pu défendre sa cause et interroger des témoins. Étant donné les questions de sécurité nationale qui étaient en jeu, le Comité n'est pas convaincu que cette procédure ait été injuste à l'égard de l'auteur. De plus, rappelant le rôle limité qui est le sien dans l'appréciation des faits et des éléments de preuve, le Comité ne discerne pas dans les documents dont il est saisi le moindre élément donnant à penser qu'il y ait eu mauvaise foi, abus d'autorité ou tout autre élément arbitraire qui entacherait l'appréciation faite par la Cour fédérale de l'attestation certifiant que l'auteur était impliqué dans une organisation terroriste. Le Comité note aussi que le Pacte ne prévoit pas, de droit, une possibilité de recours contre toutes les décisions prises par un tribunal, au-delà des affaires criminelles. Il n'a donc pas à déterminer si l'arrestation de l'auteur et la procédure relative à l'attestation relèvent du champ d'application de l'article 13 (en tant que décision en vertu de

violation of the requirements of those articles in the manner the Federal Court's "reasonableness" hearing was conducted. [Emphasis added.]

[141] Article 10 of the Universal Declaration and Article 6, paragraph 1 of the Convention confer rights similar to those in Article 14 of the Covenant.

[142] In terms of equality before the courts and tribunals, procedural fairness, judicial independence and the impartiality of the courts, our Charter is not outdone by any of these three international instruments. It confers rights and guarantees that are for all practical purposes identical. We indicated earlier that the judicial examination procedure under section 77 *et seq.* is in compliance with it. The same may be said, therefore, in relation to the three international instruments.

[143] Moreover, the European Court of Human Rights, in a decision dated October 5, 2000, *Maaouia v. France* (39652/98), [2000] ECHR 453, ruled that Article 6 of the Convention does not apply to exclusion orders. It is a "special preventive measure for the purposes of immigration control" that is often taken by administrative authorities: see paragraph 39 of the decision. As the Court states, at paragraph 40, "decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant's civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention."

Conclusion

[144] The designated Judge had jurisdiction to hear and determine the constitutional questions raised by the appellant within the context of the inadmissibility proceedings taken against him. But the appellant has been unable to demonstrate that the procedure for reviewing the reasonableness of the security certificate issued against him, and for reviewing the reasons for the continuing detention as well as the procedure for

laquelle un étranger légalement présent sur le territoire est expulsé) ou de l'article 14 (en tant que décision portant sur des droits et obligations de caractère civil), vu qu'en tout état de cause l'auteur n'a pas montré qu'il y a eu violation des dispositions de ces articles dans la conduite par la Cour fédérale de l'audience consacrée à déterminer le caractère «raisonnable» de l'attestation. [Nous soulignons.]

[141] L'article 10 de la Déclaration universelle et l'article 6, paragraphe 1 de la Convention confèrent des droits similaires à ceux de l'article 14 du Pacte.

[142] Sur les plans de l'égalité devant les tribunaux, de l'équité procédurale, de l'indépendance judiciaire ainsi que de l'impartialité des tribunaux, notre Charte n'est en reste avec aucun de ces trois instruments internationaux. Elle confère des droits et des garanties, à toutes fins pratiques, identiques. Nous avons déjà indiqué que la procédure d'examen judiciaire prévue aux articles 77 et suivants s'y conformait. Il en va donc de même pour les trois instruments internationaux.

[143] De plus, la Cour Européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia c. France* (39652/98), [2000] CEDH 453 a statué que l'article 6 de la Convention ne s'applique pas aux mesures d'interdiction de territoire. Il s'agit d'une «mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers» qui est souvent prise par l'autorité administrative: voir le paragraphe 39 de la décision. De dire la Cour au paragraphe 40, «des décisions relatives à l'entrée, au séjour ou à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention».

Conclusion

[144] Le juge désigné avait compétence pour entendre et décider les questions constitutionnelles soulevées par l'appelant dans le cadre des mesures d'interdiction de territoire prises contre ce dernier. Mais l'appelant n'a pu démontrer que la procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui et du contrôle des motifs de la détention ainsi que la procédure d'examen de renseignements à protéger

reviewing protected information under section 76 *et seq.* of the IRPA, do not meet the requirements of the Charter and the three international instruments to which he referred. Accordingly, we are of the opinion that the conclusions of the designated Judge must be upheld and that the appeal should be dismissed with costs.

* * *

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[145] RICHARD C.J.: I concur with the very thorough reasons and conclusion of my colleagues, Justices Décary and Létourneau. This appeal raises important issues regarding the role of the courts in national security matters as well as the role of counsel representing the federal government in such matters.

[146] One of the objectives of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) is to protect the security of Canadian society. It contains inadmissibility provisions for criminals, persons who constitute security threats, and those who have violated human rights.

[147] My colleagues have analysed in detail the provisions of the Act which concern inadmissibility based on these grounds and the requirement for judicial consideration of the certificate issued by the Ministers stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

[148] I wish to underline the importance of the role of the judiciary as well as the role of counsel appearing on behalf of the Ministers in such proceedings.

[149] Canada has a legitimate and compelling interest in protecting national security. The challenge confronting the government is how best to achieve an equilibrium between the dictates of national security and civil rights. The task of the law is to find ways to maintain national security without unduly sacrificing individual liberties. In

prévues aux articles 76 et suivants de la LIPR, ne rencontrent pas les exigences de la Charte et des trois instruments internationaux auxquels il s'est référé. En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer les conclusions du juge désigné et de rejeter l'appel avec dépens.

* * *

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[145] LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux motifs très détaillés et à la conclusion de mes collègues, les juges Décary et Létourneau. Le présent appel soulève d'importantes questions concernant le rôle des cours de justice en matière de sécurité nationale ainsi que le rôle de l'avocat représentant le gouvernement dans de telles affaires.

[146] L'un des objectifs de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) est d'assurer la sécurité de la société canadienne. Elle comprend des dispositions d'interdiction de territoire pour les criminels, les personnes qui constituent une menace à la sécurité et les personnes qui ont violé les droits de la personne.

[147] Mes collègues ont analysé en détail les dispositions de la Loi qui concernent l'interdiction de territoire fondée sur ces motifs et l'exigence relative à l'examen judiciaire du certificat émis par les ministres attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée.

[148] Je désire souligner l'importance du rôle de la magistrature ainsi que du rôle de l'avocat comparissant au nom des ministres dans de telles procédures.

[149] Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à protéger la sécurité nationale. Le gouvernement doit relever le défi qui consiste à atteindre le mieux possible un équilibre entre les préceptes de la sécurité nationale et les droits civils. La tâche du droit consiste à trouver des manières d'assurer la sécurité

order to meet this challenge, Parliament has included provisions in the Act which require judicial consideration of the reasonableness of the certificate issued by the Ministers and the protection of information whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person.

[150] Although the initial decision to withhold confidential information is made by the Ministers, this decision thereafter falls under the purview of the designated judge, including the determination of what information is to be placed in the summary given to the person named in the security certificate. The designated judge must also provide this person with the opportunity to be heard. If, in the designated judge's reasoned opinion, the withholding of the confidential information is not justified, the judge may order that the material be disclosed.

[151] It is therefore the designated judge who determines the need to withhold information from the party named in the certificate, not the Ministers. Thus, the role of the judiciary as interpreter of the law and defender of the Constitution remains unchanged.

[152] Judicial independence from both government influence and from other sources, including public opinion, is a constitutional right of every individual in Canada. It is the right to know that all legal questions brought before the courts will be resolved impartially and according to the law, without extraneous influence and intervention. By ensuring that decisions regarding the withholding of evidence and information are made by the designated judge and not by the Ministers, the Act endeavours to grant protection to the rights of the party named in the certificate while maintaining national security.

[153] I also wish to focus on the duty of counsel appearing on behalf of the Ministers in an *ex parte* proceeding under section 78 of the Act. I agree with my colleagues that counsel is under a duty of utmost good faith in the representations made to the judge. No relevant

nationale sans porter indûment atteinte aux libertés individuelles. Afin de relever ce défi, le législateur a inséré des dispositions dans la Loi qui exigent l'examen judiciaire du caractère raisonnable du certificat émis par les ministres et la protection des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[150] Bien que la décision initiale quant à la retenue de renseignements confidentiels soit prise par les ministres, cette décision relève par la suite de la compétence du juge désigné, notamment la décision quant à savoir quels renseignements doivent figurer dans le résumé donné à la personne visée par le certificat de sécurité. Le juge désigné doit donner à cette personne la possibilité d'être entendue. Si, de l'avis motivé du juge désigné, la retenue des renseignements confidentiels n'est pas justifiée, le juge peut ordonner que les documents soient divulgués.

[151] Il revient donc au juge désigné et non pas aux ministres de trancher quant à la nécessité de ne pas divulguer des renseignements à la personne visée par le certificat. Par conséquent, le rôle de la magistrature comme interprète du droit et défenseur de la Constitution demeure inchangé.

[152] L'indépendance judiciaire de l'influence du gouvernement ainsi que de l'influence provenant d'autres sources, notamment l'opinion publique, est un droit constitutionnel de toute personne au Canada. C'est le droit de savoir que l'ensemble des questions juridiques soumises aux tribunaux seront tranchées avec impartialité et en conformité avec le droit, sans qu'aucune influence ou intervention étrangère ne soit exercée. En veillant à ce que les décisions concernant la retenue d'éléments de preuve et de renseignements sont prises par le juge désigné et non par les ministres, la Loi s'efforce de protéger les droits de la personne visée par le certificat tout en assurant le maintien de la sécurité nationale.

[153] Je désire également insister sur la tâche de l'avocat comparissant au nom des ministres dans des procédures *ex parte* en vertu de l'article 78 de la Loi. Je suis d'accord avec mes collègues que l'avocat a l'obligation de présenter ses arguments au juge avec la

information may be withheld. The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has been recognized by the Supreme Court: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27.

[154] Applying this principle to proceedings under section 78 of the Act results in an obligation on counsel for the Ministers to put before the designated judge not only the protected evidence that serves to incriminate the subject of the security certificate, but also any and all information that could serve to exculpate that person. Counsel has a strict duty to put forward all the information in its possession, both favourable and adverse, regardless of whether counsel believes it is relevant. It is then up to the designated judge to decide whether or not the evidence is material.

bonne foi la plus absolue. Aucun renseignement pertinent ne peut être retenu. Le principe de la divulgation complète et fidèle dans les procédures *ex parte* est un principe de justice fondamentale qui a été reconnu par la Cour suprême: *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27.

[154] L'application de ce principe aux procédures prévues à l'article 78 de la Loi impose à l'avocat des ministres l'obligation de soumettre au juge désigné non seulement les éléments de preuve protégés qui servent à incriminer la personne visée par le certificat de sécurité, mais également tout renseignement qui pourrait servir à disculper cette personne. L'avocat a l'obligation stricte de fournir tous les renseignements qui sont en sa possession, favorables et défavorables, qu'il croit ou non à leur pertinence. Il revient alors au juge désigné de décider si l'élément de preuve est pertinent.

T-1233-04
2004 FC 1404

Daniel Normandin (*Applicant*)

v.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

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

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal,
September 20; Ottawa, October 13, 2004.

Parole — National Parole Board (NPB) having power to impose special residency condition on dangerous offender subject to long-term supervision order — Matter of statutory interpretation — Since pure question of law, correctness appropriate review standard — No specific provision for imposition of residency condition following expiry of dangerous offender's term of imprisonment — Expressio unius est exclusio alterius argument rejected — Corrections and Conditional Release Act, s. 134.1(2) broad enough to empower NPB to impose any condition considered reasonable, necessary to protect society, facilitate offender's reintegration — Charter, s. 7 not infringed — Application dismissed.

This was an application for judicial review of the imposition of a special residency condition by the National Parole Board (NPB) on the applicant. Convicted of sexual offences and other crimes, applicant was declared a dangerous offender under *Criminal Code*, subsection 753.1(1) and the Court ordered that once his term of imprisonment had been served he would be subject to long-term supervision within the community for a maximum of five years. The NPB imposed a 90-day residency condition.

The applicant argued that the NPB did not have the power to impose a residency condition on a dangerous offender. Under *Corrections and Conditional Release Act*, section 134.1 an offender subject to a long-term supervision order must observe the conditions prescribed by subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*. Residency is not found in the list of conditions. Subsection 133(4.1) (which allows residency conditions to be imposed upon an

T-1233-04
2004 CF 1404

Daniel Normandin (*demandeur*)

c.

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: NORMANDIN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.F.)

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 20
septembre; Ottawa, 13 octobre 2004.

Libération conditionnelle — Compétence de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la CNLC) d'imposer une condition spéciale d'assignation à résidence à un délinquant soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée — Question d'interprétation législative — Puisqu'il s'agit d'une pure question de droit, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte — Aucune disposition spécifique ne prévoit l'imposition d'une condition d'assignation à résidence immédiatement suivant l'expiration du mandat d'incarcération d'un délinquant à contrôler — L'argument fondé sur le principe expressio unius est exclusio alterius a été rejeté — L'art. 134.1(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition est suffisamment large pour donner à la CNLC le pouvoir d'imposer toute condition qu'elle juge raisonnable et nécessaire pour protéger la société et favoriser la réinsertion du délinquant — Il n'y a pas eu d'atteinte à l'art. 7 de la Charte — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'imposition par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la CNLC) d'une condition spéciale d'assignation à résidence au demandeur. Déclaré coupable de délits à connotation sexuelle et d'autres crimes, le demandeur fut déclaré délinquant à contrôler en vertu du paragraphe 753.1(1) du *Code criminel* et la Cour a ordonné qu'une fois la peine d'emprisonnement purgée, il fasse l'objet d'une ordonnance de surveillance de longue durée au sein de la collectivité pour une période maximale de 5 ans. La CNLC a imposé une condition d'assignation à résidence de 90 jours.

Le demandeur a fait valoir que la CNLC n'avait pas la compétence d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant à contrôler. En vertu de l'article 134.1 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, un délinquant faisant l'objet d'une ordonnance de surveillance de longue durée doit satisfaire aux conditions prévues par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

offender eligible for statutory release), does not appear in the list of sections which apply with such modifications as the circumstances require to dangerous offenders. Subsection 135.1(1) specifically sets out the circumstances in which a residency condition may be imposed on a dangerous offender. Applicant also argued that his right to select a place of residence was worthy of Charter, section 7 protection.

The Attorney General's position was that the NPB was empowered by subsection 134.1(2) to impose any condition it considered reasonable and necessary to the preservation of a just, peaceful, safe society, the Act's principal object according to section 100. It was argued that the list of conditions in subsection 161(1) of the Regulations was not exhaustive. The Attorney General further submitted that the words "place of residence" in subsection 161(1) did not imply that the residence could be chosen by the offender. Nor was Charter, section 7 infringed. Applicant was subject to a long-term supervision order and the residency condition was directly related to the protection of society.

Held, the application should be dismissed.

As to standard of review, the pragmatic and functional approach established by the Supreme Court in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, should not be applied mechanically, the overall aim being to discern legislative intent. Correctness was the appropriate review standard in this matter since the question was purely one of law even though the Court treats with the greatest restraint NPB decisions aimed at protecting society whilst reintegrating offenders into the community. Questions of legislative interpretation commonly come before the courts and do not fall within the Board's expertise.

There being no specific provision for the imposition of a residency condition immediately following the expiry of a dangerous offender's term, applicant's submission, based on the principle of implicit exclusion, *expressio unius est exclusio alterius*, was that a power to impose conditions as to residence had not been conferred. The Court was unable to agree and accepted the Attorney General's proposition, that subsection 134.1(2) was sufficiently broad to allow the Board to impose any condition considered reasonable and necessary to protect society and facilitate an offender's successful reintegration into the community. Parliament enacted a flexible residual legislative provision which serves the general purpose of the

L'assignation à résidence ne se trouve pas dans la liste de conditions. Le paragraphe 133(4.1) (lequel permet d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant éligible à la libération d'office) n'apparaît pas dans la liste des articles qui s'appliquent avec les adaptations nécessaires aux délinquants à contrôler. Le paragraphe 135.1(1) prévoit spécifiquement dans quelles circonstances une condition d'assignation à résidence peut être imposée à un délinquant à contrôler. Le demandeur a également soutenu que son droit de choisir son lieu de résidence méritait la protection accordée par l'article 7 de la Charte.

La position du procureur général était que la CNLC avait compétence, en vertu du paragraphe 134.1(2) de la Loi, d'imposer toute condition qu'elle juge raisonnable et nécessaire pour le maintien d'une société juste, paisible et sûre, ce qui est l'objectif principal de la Loi selon l'article 100. On a fait valoir que la liste de conditions du paragraphe 161(1) du Règlement n'était pas exhaustive. Le procureur général a ajouté que le mot «résidence» au paragraphe 161(1) du Règlement n'impliquait pas que le délinquant pouvait choisir cette résidence. Il n'y a pas eu non plus d'atteinte à l'article 7 de la Charte. Le demandeur était soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée et la condition de résidence est directement liée à la protection de la société.

Jugement: la demande doit être rejetée.

En ce qui a trait à la norme de contrôle, la méthode pragmatique et fonctionnelle établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, ne doit pas être appliquée de façon machinale, l'objectif global étant de cerner l'intention du législateur. La norme de contrôle appropriée en l'espèce était celle de la décision correcte puisqu'il s'agit d'une pure question de droit, même si la Cour fait preuve d'une plus grande retenue pour les décisions de la CNLC destinées à protéger la société tout en facilitant la réinsertion du délinquant. Les questions d'interprétation législative sont soumises couramment aux tribunaux judiciaires et ne relèvent pas de l'expertise de la Commission.

Comme il n'y a aucune disposition spécifique qui prévoit l'imposition d'une condition d'assignation à résidence immédiatement suivant l'expiration du mandat d'un délinquant à contrôler, le demandeur a soutenu, en se fondant sur le principe de l'exclusion implicite *expressio unius est exclusio alterius*, qu'il n'avait pas été attribué de pouvoir d'imposer des conditions en matière de résidence. La Cour n'a pas pu souscrire à cette opinion et elle a accepté la proposition du procureur général selon laquelle le paragraphe 134.1(2) était suffisamment large pour permettre à la Commission d'imposer toute condition jugée raisonnable et nécessaire pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant. Le

Act and it would be contrary to the statutory scheme to deny the NPB power to impose a residency condition upon a dangerous offender.

As for applicant's Charter argument, the residency restrictions were consistent with the Charter, because their purpose is to protect the public and avoid recourse to committal, to which offenders classified as dangerous offenders may be subject because it is impossible to impose a structure, treatment and control measures on them.

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], s. 7.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 99.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 18), 100, 101, 133(4.1) (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 48), 134 (as am. by S.C. 1997, c. 17, s. 29), 134.1 (as enacted, *idem*, s. 30), 135(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 50), 135.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 33).

Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 161(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1), 152 (as am. *idem*), 153 (as am. *idem*), 163.1(2) (as enacted by S.C. 1993, c. 46, s. 2), (3) (as enacted *idem*; 2002, c. 13, s. 5), (4) (as enacted by S.C. 1993, c. 46, s. 2), (4.1) (as enacted by S.C. 2002, c. 13, s. 5), 172.1 (as enacted *idem*, s. 8), 173(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 7), 271 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 19), 272 (as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 145), 273 (as am. *idem*, s. 146), 753.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 4), (2) (as enacted *idem*; 2002, c. 13, s. 76), (3) (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 4), 753.2 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 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; 2003 SCC 19; *McMurray v. Canada (National Parole Board)* (2004), 249 F.T.R. 118; 2004 FC 462; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*

législateur a édicté une disposition législative résiduelle souple qui dessert l'objet général de la Loi et il serait contraire à l'économie de la Loi d'écartier la compétence de la CNLC d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant à contrôler.

En ce qui a trait à l'argument du demandeur fondé sur la Charte, les restrictions imposées en matière de résidence étaient conformes à la Charte parce qu'elles avaient pour but de protéger le public et d'éviter le recours à l'incarcération dont peuvent faire l'objet les délinquants qualifiés de délinquants à contrôler parce qu'il n'est pas possible de leur imposer une structure, un traitement et des mesures de contrôle.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 1), 152 (mod., *idem*), 153 (mod., *idem*), 163.1(2) (édicte par L.C. 1993, ch. 46, art. 2), (3) (édicte, *idem*; 2002, ch. 13, art. 5), (4) (édicte par L.C. 1993, ch. 46, art. 2), (4.1) (édicte par L.C. 2002, ch. 13, art. 5), 172.1 (édicte, *idem*, art. 8), 173(2) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 7), 271 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 19), 272 (mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 145), 273 (mod., *idem*, art. 146), 753.1(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 4), (2) (édicte, *idem*; 2002, ch. 13, art. 76), (3) (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 4), 753.2 (édicte, *idem*).

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 99.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 18), 100, 101, 133(4.1) (édicte par L.C. 1995, ch. 42, art. 48), 134 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 71; 1997, ch. 17, art. 29), 134.1 (édicte, *idem*, art. 30), 135(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 50), 135.1(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 33).

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 161(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 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; 2003 CSC 19; *McMurray c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)* (2004), 249 F.T.R. 118; 2004

(*Re*), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *R. v. V.M.*, [2003] O.J. No. 436 (QL); [2003] O.T.C. 97 (S.C.J.).

DISTINGUISHED:

Cartier v. Canada (Attorney General), [2003] 2 F.C. 317; (2002), 2 Admin. L.R. (4th) 247; 300 N.R. 362; 2002 FCA 384.

APPLICATION for judicial review of a National Parole Board decision to impose a 90-day specified residency condition upon a dangerous offender subject to a long-term supervision certificate. Application dismissed.

APPEARANCES:

Diane M. P. Magas for applicant.
Dominique Guimond for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Magas Law Office, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: The question raised in this application for judicial review is that of the power of the National Parole Board (the NPB) to impose a special residency condition on an offender who has been declared a dangerous offender pursuant to subsection 753.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 4] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (Cr. C.).

[2] The applicant served a second federal two-year sentence for sexual offences against the person and possession of illegal substances, and failure to comply with a probation order. The applicant's term of imprisonment ended on June 27, 2004.

CF 462; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *R. v. V.M.*, [2003] O.J. n° 436 (QL); [2003] O.T.C. 97 (C.S.J.).

DÉCISION DISTINCTE:

Cartier c. Canada (Procureur général), [2003] 2 C.F. 317; (2002), 2 Admin. L.R. (4th) 247; 300 N.R. 362; 2002 CAF 384.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles d'imposer une condition spéciale d'assignation à résidence de 90 jours à un délinquant à contrôler soumis à un certificat de surveillance de longue durée. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Diane M.P. Magas pour le demandeur.
Dominique Guimond pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Magas Law Office, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus en français par

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: La question soulevée dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de la compétence de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la CNLC) d'imposer une condition spéciale d'assignation à résidence à un délinquant qui a été déclaré délinquant à contrôler en vertu du paragraphe 753.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 4] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (C. cr.).

[2] Le demandeur a purgé une deuxième peine fédérale de deux ans pour des délits à connotation sexuelle contre la personne ainsi que pour possession de substances illégales et défaut de se conformer à une ordonnance de probation. Le mandat d'incarcération du demandeur prit fin le 27 juin 2004.

[3] The applicant was declared a dangerous offender under section 753.1 Cr. C. Consequently, the Court ordered that the applicant be the subject of a long-term supervision order in the community pursuant to subsection 753.1(3) [as enacted *idem*] and section 753.2 [as enacted *idem*] of the Cr. C. for a maximum period of five years following expiry of the applicant's term.

[4] On June 3, 2004, the NPB ordered a residency condition from any CCC [Community Correctional Centre] for a period of 90 days. Consequently, a long-term supervision certificate was issued against the applicant.

[5] The applicant submitted that, for the following reasons, the NPB did not have the power to impose a residency condition on a dangerous offender.

[6] Under section 134.1 [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 30] of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act), "every offender who is required to be supervised by a long-term supervision order is subject to the conditions prescribed by subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, with such modifications as the circumstances require".

[7] Subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations* [SOR/92-620] (the Regulations) gives a list of conditions and it does not include the residency condition.

[8] Section 99.1 [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 18] of the Act provides that "[a] person who is required to be supervised by a long-term supervision order is deemed to be an offender for the purposes of this Part [that is, Part II of the Act], and sections 100, 101, 109 to 111 and 140 to 145 apply, with such modifications as the circumstances require, to the person and to the long-term supervision of that person". Subsection 133(4.1) [as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 48], which allows residency conditions to be imposed on an offender who is eligible for statutory release, is not included in the list of sections which apply with such modifications as the

[3] Le demandeur fut déclaré délinquant à contrôler selon l'article 753.1 du C. cr. En conséquence, le tribunal a ordonné que le demandeur fasse l'objet d'une ordonnance de surveillance de longue durée au sein de la collectivité aux termes du paragraphe 753.1(3) [édicte, *idem*] et l'article 753.2 [édicte, *idem*] du C. cr. pour une période maximale de cinq ans suivant l'expiration du mandat du demandeur.

[4] Le 3 juin 2004, la CNLC a ordonné une condition d'assignation à résidence à partir de tout CCC/CRC [centre correctionnel communautaire] pour une durée de 90 jours. Par conséquent, un certificat de surveillance de longue durée fut émis contre le demandeur.

[5] Le demandeur soumet que la CNLC n'a pas la compétence d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant à contrôler pour les raisons suivantes.

[6] En vertu de l'article 134.1 [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 30] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi) «les conditions prévues par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au délinquant surveillé aux termes d'une ordonnance de surveillance de longue durée.»

[7] Or, le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [DORS/92-620] (Règlement) prévoit une liste de conditions qui n'inclut pas la condition d'assignation à résidence.

[8] L'article 99.1 [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 18] de la Loi prévoit que la «personne soumise à une ordonnance de surveillance de longue durée est assimilée à un délinquant pour l'application de la présente partie [i.e. la partie II de la Loi]; les articles 100, 101, 109 à 111 et 140 à 145 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à cette personne et à la surveillance de celle-ci.» Le paragraphe 133(4.1) [édicte par L.C. 1995, ch. 42, art. 48] lequel permet d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant éligible à la libération d'office, n'est pas inclus dans la liste des articles qui s'appliquent avec les adaptations nécessaires

circumstances require to dangerous offenders. It therefore does not apply to a long-term supervision order.

[9] Further, subsection 135.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 33] specifically sets out the circumstances in which a residency condition may be imposed on a dangerous offender. It would be illogical for Parliament to have provided that such a condition could be imposed under subsection 134.1(2) [as enacted *idem*, s. 30].

[10] Finally, the applicant argued that his right to choose his place of residence is part of the category of limited decisions that deserves the constitutional protection provided by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[11] The respondent, for his part, submitted that the NPB had the power under subsection 134.1(2) of the Act to impose any condition it considered reasonable and necessary to preserve a just, peaceful and safe society, which is the principal object of the Act contained in section 100. Subsection 134.1(2) should be interpreted in light of this guiding principle.

[12] Although subsection 161(1) of the Regulations does not include the residency condition, that list of conditions is not exhaustive. It contains basic conditions to which others may be added when the NPB considers it reasonable and necessary in the particular circumstances of a case.

[13] Additionally, the words “place of residence” in subsection 161(1) of the Regulations do not imply that the residence is private or to be chosen by the offender. Thus, the words “place of residence” cover both a residence chosen by the offender and a residence imposed by the NPB, for example a Community Correctional Centre as in the case at bar.

[14] Finally, in the respondent’s submission the residency condition did not contravene section 7 of the

aux délinquants à contrôler. Il ne s’applique donc pas à une ordonnance de surveillance de longue durée.

[9] De plus, le paragraphe 135.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 33] prévoit spécifiquement dans quelles circonstances une condition d’assignation à résidence peut être imposée à un délinquant à contrôler. Il serait illogique que le législateur ait prévu qu’une telle condition puisse être imposée aux termes du paragraphe 134.1(2) [édicte, *idem*, art. 30].

[10] Le demandeur soutient finalement que son droit de choisir son lieu de résidence fait partie de cette catégorie de décisions limitées qui méritent la protection constitutionnelle accordée par l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[11] Pour sa part le défendeur soumet que la CNLC a compétence en vertu du paragraphe 134.1(2) de la Loi d’imposer toute condition qu’elle juge raisonnable et nécessaire pour le maintien d’une société juste, paisible et sûre qui est l’objectif principal de la Loi contenu à l’article 100. C’est en fonction de ce principe directeur qu’il convient d’interpréter le paragraphe 134.1(2).

[12] Bien que le paragraphe 161(1) du Règlement n’inclue pas la condition d’assignation à résidence, cette liste de conditions n’est pas exhaustive. Elle contient des conditions de base auxquelles peuvent s’ajouter d’autres conditions lorsque la CNLC le juge raisonnable et nécessaire dans les circonstances particulières d’un dossier.

[13] Par ailleurs, le mot résidence au paragraphe 161(1) du Règlement n’implique pas que cette résidence est privée ou au choix du délinquant. Ainsi, le mot résidence s’entend aussi bien de la résidence au choix du délinquant que la résidence imposée par la CNLC, par exemple un centre correctionnel communautaire tel qu’en l’espèce.

[14] Finalement, pour le défendeur, la condition de résidence ne contrevient pas à l’article 7 de la Charte

Charter since the applicant is still subject to a long-term supervision order which limits his freedom without requiring that he be in prison. In view of the hearing that took place before the Court, this restriction is consistent with the rules of fundamental justice. Additionally, the residency condition is directly related to the purpose of protecting society. Further, it is of short duration and can be reviewed during this period, if the applicant demonstrates his ability to be reintegrated into society. Consequently, the residency condition does not contravene section 7 of the Charter.

(i) Applicable standard of review

[15] The only question raised by the case at bar is whether the NPB has the power to impose a residency condition on an offender who has been declared a dangerous offender.

[16] To begin with, the applicable standard of review must be determined. In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, the Supreme Court of Canada confirmed that a court reviewing the decision of an administrative tribunal must apply the pragmatic and functional approach in determining the degree of deference that the decision should be accorded. This approach requires the reviewing court to weigh a series of factors to discern whether a particular issue before the administrative body should receive exacting review by the court, undergo significant searching or testing or be left to the near exclusive determination of the decision maker. Four main factors should be taken into account in determining what standard of judicial review is applicable to the decision of an administrative body: the presence or absence of a privative clause; the purposes of the legislation as a whole and the provision in particular; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; and the nature of the question.

[17] The pragmatic and functional approach should not be applied mechanically. The factors may overlap. “The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law” (*Dr. Q v. College of*

puisque le demandeur demeure soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée qui entrave sa liberté sans exiger son incarcération. Cette restriction est conforme aux règles de la justice fondamentale, compte tenu de l’audition qui a eu lieu devant le tribunal. Par ailleurs, la condition de résidence est directement reliée à l’objet que constitue la protection de la société. De plus, celle-ci est de courte durée et peut être révisée pendant cette période si le demandeur démontre sa capacité à réintégrer la société. En conséquence, la condition de résidence ne contrevient pas à l’article 7 de la Charte.

i) La norme de contrôle applicable

[15] La seule question soulevée par le présent litige est de déterminer si la CNLC a compétence pour imposer une condition d’assignation à résidence à un délinquant déclaré délinquant à contrôler.

[16] Il convient à prime abord de déterminer la norme de contrôle applicable. Dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a confirmé que la cour qui révisé la décision d’un tribunal administratif doit appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour établir le degré de déférence dont il faut faire preuve face à la décision. Cette méthode exige de la cour de révision de soupeser une série de facteurs afin de décider si une question précise dont le tribunal administratif était saisi doit être soumise à un contrôle exigeant, subir un examen ou une analyse en profondeur, ou être laissée à l’appréciation quasi exclusive du décideur. Quatre facteurs principaux doivent être pris en compte pour établir quelle norme de contrôle judiciaire est applicable à la décision d’un tribunal administratif: la présence ou l’absence d’une clause privative; l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition particulière; l’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; la nature de la question.

[17] L’approche pragmatique et fonctionnelle ne doit pas être appliquée de façon machinale. Les facteurs peuvent se chevaucher. «L’objectif global est de cerner l’intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien

Physicians and Surgeons, at paragraph 26). The Court should select one of the three applicable standards of review, indicating the degree of deference required by the administrative decision—the patent unreasonableness, the reasonableness *simpliciter* and the correctness standard.

[18] In the case at bar, the applicant suggested that the appropriate standard of review was that of reasonableness *simpliciter*, while the respondent suggested the standard of correctness when a question regarding the NPB's powers is to be determined. For the following reasons, I agree with the respondent that the applicable standard of review is that of correctness.

[19] The main purpose of the Act is contained in section 100 of the Act. It is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by allowing the NPB to impose the conditions necessary to protect society and facilitate the reintegration of the offender into the community. The NPB's function is guided by the principles set out in section 101 of the Act. There is no doubt that Parliament intended the NPB to use its expertise in taking the appropriate decisions to protect society while facilitating the reintegration of the offender into the community. The Court must treat this type of expertise with the greatest restraint.

[20] However, when the question is simply that of deciding whether, based on the relevant legislative provisions, the NPB has the power to impose a residency condition, the question is purely one of law which requires little or no deference. Questions of legislative interpretation are submitted to the courts every day and do not come within the NPB's expertise. The Court is therefore in a better position than the NPB to decide the question. Accordingly, it is the correctness standard which is appropriate. Moreover, this is the standard of review which was applied in *McMurray v. Canada (National Parole Board)* (2004), 249 F.T.R. 118 (F.C.), in which Russell J. had to determine whether Parliament intended to give dangerous offenders the right to appeal to the Appeal Division [of the National Parole Board].

de la légalité.» (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons*, au paragraphe 26). La Cour doit choisir une des trois normes de contrôle qui s'appliquent—la norme de la décision manifestement déraisonnable, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision correcte—indiquant le degré de déférence requis à la décision administrative.

[18] En l'espèce, le demandeur suggère que la norme de contrôle appropriée soit celle de la norme raisonnable *simpliciter* alors que le défendeur propose la norme de la décision correcte lorsqu'il s'agit de déterminer la question relative à la compétence de la CNLC. Pour les motifs suivants, je suis d'accord avec le défendeur que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[19] L'objectif principal de la Loi est contenu à l'article 100 de la Loi. Il vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en permettant à la CNLC d'imposer des conditions nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion du délinquant. Le mandat de la CNLC est guidé par les principes énoncés à l'article 101 de la Loi. Il ne fait aucun doute que l'intention du législateur est que la CNLC emploie son expertise dans la prise de décisions appropriées qui permettront de protéger la société tout en facilitant la réinsertion du délinquant. La Cour devra faire preuve d'une plus grande retenue pour ce type d'expertise.

[20] Cependant, lorsque la question se limite à décider si la CNLC a la compétence, compte tenu des dispositions législatives pertinentes, d'imposer une condition d'assignation à résidence, il s'agit d'une pure question de droit qui appelle à peu ou pas de déférence. Les questions d'interprétation législative sont soumises couramment aux tribunaux judiciaires et ne relèvent pas de l'expertise de la CNLC. La Cour est donc mieux placée que la CNLC pour décider de la question. C'est donc la norme de la décision correcte qui est appropriée. C'est d'ailleurs la norme de contrôle qui a été appliquée dans l'affaire *McMurray c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)* (2004), 249 F.T.R. 118 (C.F.) où le juge Russell avait à déterminer si le législateur avait eu l'intention de donner aux délinquants à contrôler le droit d'interjeter appel devant

la Section d'appel [de la Commission nationale des libérations conditionnelles].

[21] I note in passing that the Federal Court of Appeal's judgment in *Cartier v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 317 (C.A.), on which the applicant relied, has no bearing on the standard of review applicable in the case at bar. In that case the Court of Appeal considered the function of the Appeal Division [of the NPB] when it reviews a decision of the NPB and the judge hearing an application for judicial review of the Appeal Division's decision. In that case, the original decision at issue was clearly within the expertise of the NPB, since it concerned the latter's assessment of the risk that an offender would reoffend if released.

(ii) NPB's power to impose residency condition on dangerous offender

[22] The question now is whether the NPB's decision, that it had the power to impose a residency condition on an offender subject to a long-term supervision order, was correct in law.

[23] The question is one of legislative interpretation. It is well to recall the guiding principle which the Court should apply in matters of legislative interpretation, as summarized by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Nowadays, 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.

Dangerous offender under Cr. C.

[24] The starting point of our analysis is in the Cr. C. under subsection 753.1(1) of the Cr. C., the Court may declare an offender who meets the following criteria a "dangerous offender":

(a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;

[21] Je note au passage que la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Cartier c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 317 (C.A.), sur laquelle s'appuie le demandeur ne trouve pas d'application quant à la norme de contrôle applicable en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour d'appel s'était penchée sur le rôle de la Section d'appel [de la CNLC] lorsqu'elle révisait une décision de la CNLC et du juge qui est saisi d'une demande de contrôle judiciaire relative à la décision de la Section d'appel. Dans cette affaire, la décision originale dont il était question relevait clairement de l'expertise de la CNLC puisqu'il s'agissait de son évaluation du risque de récidive d'un délinquant s'il était libéré.

ii) Compétence de la CNLC pour imposer une condition d'assignation à un délinquant à contrôler

[22] Il s'agit maintenant de déterminer si la décision de la CNLC, qu'elle avait la compétence d'imposer une condition d'assignation de résidence à un délinquant surveillé aux termes d'une ordonnance de longue durée est correcte en droit.

[23] La démarche en est une d'interprétation législative. Il est bon de rappeler le principe directeur qui doit guider la Cour en matière d'interprétation législative tel que résumé par la Cour suprême du Canada dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Aujourd'hui, il faut lire les termes d'une loi dans le 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 délinquant à contrôler en vertu du C. cr.

[24] Le point de départ de notre analyse se retrouve dans le C. cr. En effet, en vertu du paragraphe 753.1(1) du C.cr., le tribunal peut déclarer un délinquant qui satisfait aux critères suivants, «délinquant à contrôler»:

a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

(b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and

(c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

[25] Additionally, under subsection 753.1(2) [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 4; 2002, c. 13, s. 76], the Court is satisfied that there is a substantial risk the offender will reoffend if:

(a) first, the offender has been convicted of an offence under sections 151 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1] (sexual interference), 152 [as am. *idem*] (invitation to sexual touching) or 153 [as am. *idem*] (sexual exploitation), subsections 163.1(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 46, s. 2] (making child pornography), 163.1(3) [as enacted *idem*; 2002, c. 13, s. 5] (distributing of child pornography), 163.1(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 46, s. 2] (possession of child pornography) or 163.1(4.1) [as enacted by S.C. 2002, c. 13, s. 5] (accessing child pornography), section 172.1 [as enacted *idem*, s. 8] (luring a child), subsection 173(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 7] (exposure) or sections 271 [as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 19] (sexual assault), 272 [as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 145] (sexual assault with a weapon) or 273 [as am. *idem*, s. 146] (aggravated sexual assault), or has engaged in serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted; and

(b) the offender

(i) has shown a pattern of repetitive behaviour, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, that shows a likelihood of the offender's causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons, or

(ii) by conduct in any sexual matter, including that involved in the commission of the offence for which the offender has been convicted, has shown a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through similar offences.

b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;

c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

[25] Par ailleurs, en vertu du paragraphe 753.1(2) [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 4; 2002, ch. 13, art. 76], le tribunal est convaincu que le délinquant présente un risque élevé de récidive si:

a) d'une part, celui-ci a été déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 151 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 1] (contacts sexuels), 152 [mod., *idem*] (incitation à des contacts sexuels) ou 153 [mod., *idem*] (exploitation sexuelle), aux paragraphes 163.1(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 46, art. 2] (production de pornographie juvénile), 163.1(3) [édicte, *idem*; 2002, ch. 13, art. 5] (distribution de pornographie juvénile), 163.1(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 46, art. 2] (possession de pornographie juvénile) ou 163.1(4.1) [édicte par L.C. 2002, ch. 13, art. 5] (accès à la pornographie juvénile), à l'article 172.1 [édicte, *idem*, art. 8] (leurre), au paragraphe 173(2) [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 7] (exhibitionnisme) ou aux articles 271 [mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 19] (agression sexuelle), 272 [mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 145] (agression sexuelle armée) ou 273 [mod., *idem*, art. 146] (agression sexuelle grave), ou a commis un acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d'une autre infraction dont il a été déclaré coupable.

b) d'autre part:

(i) soit le délinquant a accompli des actes répétitifs, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, qui permettent de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) soit sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

[26] In the case at bar, the Court concluded that the applicant met all these criteria and declared him a dangerous offender.

[27] Consequently, the Court ordered that the applicant be subject to long-term supervision in the community pursuant to section 753.2 of the Cr. C.

[28] It is clear that the word “supervision” by implication suggests the existence of conditions. In *R. v. V.M.*, [2003] O.J. No. 436 (S.C.J.) (QL), Wilson J. came to this conclusion. The relevant provisions are found in the “Conditions for Long-Term Supervision” section of the Act.

[29] However, before considering these provisions, it is important to understand how the Act works regarding offenders subject to a long-term order. To this end, we must look at section 99.1 of the Act, which provides:

99.1 A person who is required to be supervised by a long-term supervision order is deemed to be an offender for the purposes of this Part, and sections 100, 101, 109 to 111 and 140 to 145 apply, with such modifications as the circumstances require, to the person and to the long-term supervision of that person.

[30] Parliament accordingly sought to indicate, when it is not clear, that certain provisions apply to dangerous offenders with such modifications as the circumstances require.

[31] Other special provisions will also apply, but only when it is clear they apply (*McMurray*).

[32] The residency condition is set out in subsections 133(4.1) and 135.1(1). As the applicant noted, the residency condition is not part of the provisions listed in section 99.1. It is specifically set out in subsection 133(4.1) for an offender eligible for statutory release when certain criteria mentioned in the section have been met:

133. . . .

[26] En l’espèce, le tribunal a conclu que le demandeur remplissait tous ces critères et l’a déclaré délinquant à contrôler.

[27] En conséquence, le tribunal a ordonné que le demandeur soit soumis à une surveillance de longue durée au sein de la collectivité conformément à l’article 753.2 du C. cr.

[28] Il est clair que le mot «surveillance» suggère implicitement la présence de conditions. La juge Wilson dans l’affaire *R. v. V.M.*, [2003] O.J. n° 436 (C.S.J.) (QL) en arrivait à cette conclusion. C’est dans la «Section des conditions de la surveillance de longue durée» de la Loi que l’on retrouve les dispositions pertinentes.

[29] Cependant, avant de se pencher sur ces dispositions, il importe de comprendre comment la Loi fonctionne en relation avec les délinquants soumis à une ordonnance de longue durée. À cette fin, il faut examiner l’article 99.1 de la Loi qui prévoit:

99.1 La personne soumise à une ordonnance de surveillance de longue durée est assimilée à un délinquant pour l’application de la présente partie; les articles 100, 101, 109 à 111 et 140 à 145 s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, à cette personne et à la surveillance de celle-ci.

[30] Le législateur a donc voulu préciser lorsque ce n’est pas évident, que certaines dispositions s’appliquent aux délinquants à contrôler avec les adaptations nécessaires.

[31] D’autres dispositions particulières s’appliqueront également mais uniquement lorsqu’il est évident qu’elles s’appliquent (*McMurray*).

[32] La condition d’assignation à résidence est prévue aux paragraphes 133(4.1) et 135.1(1). Or, comme le souligne le demandeur, la condition d’assignation à résidence ne fait pas partie des dispositions énumérées à l’article 99.1. Elle est prévue spécifiquement au paragraphe 133.(4.1) pour un délinquant éligible à la libération d’office lorsque certains critères qui y sont énoncés sont rencontrés:

133. [. . .]

(4.1) In order to facilitate the successful reintegration into society of an offender, the releasing authority may, as a condition of statutory release, require that the offender reside in a community-based residential facility or in a psychiatric facility, where the releasing authority is satisfied that, in the absence of such a condition, the offender will present an undue risk to society by committing an offence listed in Schedule I before the expiration of the offender's sentence according to law.

[33] Further, subsection 135(1) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 50] provides the circumstances in which a residency condition may be imposed on a dangerous offender:

135. (1) A member of the Board or a person, designated by name or by position, by the Chairperson of the Board or by the Commissioner, when an offender breaches a condition of parole or statutory release or when the member or person is satisfied that it is necessary and reasonable to suspend the parole or statutory release in order to prevent a breach of any condition thereof or to protect society, may, by warrant,

- (a) suspend the parole or statutory release;
- (b) authorize the apprehension of the offender; and
- (c) authorize the recommitment of the offender to custody until the suspension is cancelled, the parole or statutory release is terminated or revoked or the sentence of the offender has expired according to law.

[34] There is thus no specific provision for the imposition of a residency condition immediately following the expiry of a dangerous offender's term. The applicant concluded, based on the principle of statutory interpretation of implicit exclusion, *expressio unius est exclusio alterius*, that as the power to impose conditions regarding residence was not expressly conferred in section 134 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 71; 1997, c. 17, s. 29] of the Act, it was not conferred at all.

[35] I do not share this view. To begin with, section 134.1 deals with conditions which may be imposed by the NPB on an offender subject to a long-term supervision order:

134.1 (1) Subject to subsection (4), every offender who is required to be supervised by a long-term supervision order is subject to the conditions prescribed by subsection 161(1) of

(4.1) L'autorité compétente peut, pour faciliter la réinsertion sociale du délinquant, ordonner que celui-ci, à titre de condition de sa libération d'office, demeure dans un établissement résidentiel communautaire ou un établissement psychiatrique si elle est convaincue qu'à défaut de cette condition la commission par le délinquant d'une infraction visée à l'annexe I avant l'expiration légale de sa peine présentera un risque inacceptable pour la société.

[33] De plus, le paragraphe 135(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 50] prévoit dans quelles circonstances une condition d'assignation à résidence peut être imposée à un délinquant à contrôler:

135. (1) En cas d'inobservation des conditions de la libération conditionnelle ou d'office ou lorsqu'il est convaincu qu'il est raisonnable et nécessaire de prendre cette mesure pour empêcher la violation de ces conditions ou pour protéger la société, un membre de la Commission ou la personne que le président ou le commissaire désigne nommément ou par indication de son poste peut, par mandat:

- a) suspendre la libération conditionnelle ou d'office;
- b) autoriser l'arrestation du délinquant;
- c) ordonner la réincarcération du délinquant jusqu'à ce que la suspension soit annulée ou que la libération soit révoquée ou qu'il y soit mis fin, ou encore jusqu'à l'expiration légale de la peine.

[34] Il n'y a donc aucune disposition spécifique qui prévoit l'imposition d'une condition d'assignation à résidence immédiatement suivant l'expiration du mandat d'un délinquant à contrôler. Le demandeur conclut en se fondant sur le principe d'interprétation législative de l'exclusion implicite *expressio unius est exclusio alterius*, que comme le pouvoir d'imposer des conditions en matière de résidence n'a pas été attribué expressément à l'article 134 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 71; 1997, ch. 17, art. 29] de la Loi, il n'a pas été attribué du tout.

[35] Je ne suis pas de cet avis. En premier lieu, l'article 134.1 traite des conditions qui peuvent être imposées par la CNLC en relation avec un délinquant soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée:

134.1 (1) Sous réserve du paragraphe (4), les conditions prévues par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* s'appliquent,

the *Corrections and Conditional Release Regulations*, with such modifications as the circumstances require.

[36] Subsection 161(1) of the Regulations sets out a list of conditions which does not include the residency condition. The respondent submitted that these were basic conditions, to which others could be added when it was considered necessary and reasonable by the Board in each case. This power is conferred in subsection 134.1(2) of the Act, which is broad enough to allow the NPB to impose any condition it considers reasonable and necessary to protect society and facilitate the successful reintegration of the offender into the community. I think he is right. It is clear Parliament intended to leave the NPB with broad discretion in subsection 134.1(2), which reads as follows:

134.1 . . .

(2) The Board may establish conditions for the long-term supervision of the offender that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender.

[37] Parliament enacted a flexible residual legislative provision which serves the general purpose of the Act and Parliament's intention to protect society while facilitating the reintegration into society of the offender. It would be contrary to the scheme of the Act, read together with the applicable provisions of the Cr. C., to exclude the NPB's power to impose a residency condition on a dangerous offender when such a condition is considered reasonable and necessary in the offender's particular situation, but would not be so in the case of some other offender.

[38] As Wilson J. noted in *R. v. V.M.*, it would not be very logical for the NPB to have the power to impose residency conditions on ordinary offenders who were eligible for statutory release but not have such a power over offenders who present a serious risk. Further, contrary to the applicant's argument, I feel that Russell J.'s judgment in *McMurray* leads to the same conclusion. Russell J. said [at paragraph 111]:

avec les adaptations nécessaires, au délinquant surveillé aux termes d'une ordonnance de surveillance de longue durée.

[36] Le paragraphe 161(1) du Règlement prévoit une liste de conditions qui n'inclue pas la condition d'assignation à résidence. Le défendeur soumet qu'il s'agit de conditions de base auxquelles peuvent s'ajouter d'autres conditions lorsque jugées nécessaires et raisonnables par la Commission dans chaque cas. Cette compétence est attribuée au paragraphe 134.1(2) de la Loi qui est suffisamment large pour permettre à la CNLC d'imposer toute condition qu'elle juge raisonnable et nécessaire pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant. Je suis d'avis qu'il a raison. Il est évident que le législateur a voulu laisser à la CNLC une large discrétion au paragraphe 134.1(2) lequel se lit comme suit:

134.1 [. . .]

(2) La Commission peut imposer au délinquant les conditions de surveillance qu'elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant.

[37] Le législateur a édicté une disposition législative résiduelle souple qui dessert l'objet général de la Loi et l'intention du législateur de protéger la société tout en favorisant la réinsertion du délinquant. Il serait contraire à l'économie de la Loi lue conjointement avec les dispositions pertinentes du C. cr. applicables, d'écarter la compétence de la CNLC d'imposer une condition d'assignation à résidence à un délinquant à contrôler lorsqu'une telle condition est jugée raisonnable et nécessaire dans la situation particulière d'un délinquant mais qui ne le serait pas dans le cas d'un autre délinquant.

[38] Comme l'affirmait la juge Wilson dans *R. v. V.M.*, il serait peu logique que la CNLC ait le pouvoir d'imposer des conditions en matière de résidence aux délinquants ordinaires faisant l'objet d'une libération conditionnelle mais qu'elle n'ait pas un tel pouvoir à l'égard des délinquants qui représentent un grave danger. De plus, contrairement à la prétention du demandeur, je suis d'avis que la décision du juge Russell dans *McMurray* nous amène à la même conclusion. Le juge Russell affirmait [au paragraphe 111]:

Having considered the various arguments raised by counsel on this point, and having reviewed the general scheme and purpose of CCRA (with specific regard to Part II and the provisions introduced to deal with long-term offenders), it is the view of the Court that context, scheme, purpose and the ordinary meaning of the words reveal that s. 99.1 refers to specific provisions for the purpose of making it clear that, where it is not obvious, they are to be applied to long-term offenders “with such modifications as the circumstances require”. Other provisions not mentioned in s. 99.1 also apply to long-term offenders, but this is because the provisions themselves make it clear that this is the case. If Parliament had intended to make ss. 146 and 147 available to long-term offenders, then Parliament would have specifically said so in s. 99.1. [Emphasis added.]

[39] Interpreting the Act in its general context based on its purpose and the intention of Parliament, it seems clear and obvious that subsection 134.1(2) applies to a dangerous offender, contrary to the appeal provisions which were the subject of the case in *McMurray*.

[40] For all these reasons, I consider that the NPB has the power to impose a residency condition on a dangerous offender.

(iii) Whether residency condition is breach of Charter

[41] The applicant compared his right to freedom to that of choosing his place of residence. He maintained that this right was infringed by the residency condition.

[42] However, as the respondent noted, the applicant is still subject to a long-term supervision order which limits his freedom. First, in view of the hearing which took place before the Court, this restriction is consistent with the rules of fundamental justice. Second, the residency condition is directly related to the purpose of protecting society. The restrictions imposed on residency are consistent with the Charter, because their purpose is to protect the public and avoid recourse to committal, to which offenders classified as dangerous offenders may be subject because it is not possible to impose a structure, treatment and control measures on them.

Après avoir examiné les arguments soulevés par les avocats sur ce point, ainsi que l'économie générale et l'objet de la Loi (compte tenu particulièrement de la partie II et des nouvelles dispositions visant les délinquants à contrôler), la Cour estime que le contexte, l'économie générale, l'objet et le sens ordinaire des mots indiquent que l'article 99.1 fait référence à des dispositions particulières dans le but de préciser, lorsque cela n'est pas évident, que ces dispositions s'appliquent aux délinquants à contrôler «avec les adaptations nécessaires». D'autres dispositions qui ne sont pas mentionnées dans l'article 99.1 s'appliquent également aux délinquants à contrôler mais la raison en est que ces dispositions indiquent clairement que c'est le cas. Si le législateur avait eu l'intention de rendre les articles 146 et 147 applicables aux délinquants à contrôler, il l'aurait dit expressément dans l'article 99.1. [Je souligne.]

[39] Interprétant la Loi dans son contexte global en tenant compte de son objet ainsi que de l'intention du législateur, il m'apparaît évident et clair que le paragraphe 134.1(2) s'applique au délinquant à contrôler contrairement aux dispositions d'appel qui faisaient l'objet du litige dans l'affaire *McMurray*.

[40] Pour tous ces motifs, je suis d'avis que la CNLC a compétence pour imposer une condition d'assignation à résidence au délinquant à contrôler.

iii) La condition de résidence viole-t-elle l'article 7 de la Charte?

[41] Le demandeur a assimilé son droit à la liberté à celui de choisir son lieu de résidence. Il prétend que ce droit a été violé par la condition de résidence.

[42] Cependant, comme le souligne le défendeur, le demandeur demeure soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée laquelle entrave sa liberté. D'une part cette restriction est conforme aux règles de justice fondamentale compte tenu de l'audition ayant eu lieu devant le tribunal. D'autre part, la condition de résidence est directement liée à l'objet que constitue la protection de la société. Les restrictions imposées en matière de résidence sont conformes à la Charte parce qu'elles ont pour but de protéger le public et d'éviter le recours à l'incarcération dont peuvent faire l'objet les délinquants qualifiés de délinquants à contrôler parce qu'il n'est pas possible de leur imposer une structure, un traitement et des mesures de contrôle.

[43] Finally, the residency condition was only imposed for a period of 90 days. The condition can always be reviewed during that period if the applicant has demonstrated his ability to reintegrate into society.

[44] Consequently, I consider that the residency condition does not contravene section 7 of the Charter.

[45] For these reasons, the applicant's application for judicial review is dismissed without costs.

ORDER

THE COURT ORDERS that the application for judicial review be dismissed without costs.

[43] Finalement, la condition de résidence n'a été imposée que pour une période de 90 jours. Il est toujours possible de réviser la condition pendant cette période si le demandeur a démontré sa capacité à réintégrer la société.

[44] En conséquence, je suis d'avis que la condition de résidence ne contrevient pas à l'article 7 de la Charte.

[45] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire du demandeur est rejetée sans frais.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée sans frais.

A-589-03
2004 FCA 365

A-589-03
2004 CAF 365

TELUS Communications Inc. (*Appellant*)

TELUS Communications Inc. (*appelante*)

v.

c.

The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Delta Cable Communications Ltd., on behalf of itself and Coast Cable Communications Ltd., The Canadian Cable Television Association, and Shaw Communications Inc. (*Respondents*)

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Delta Cable Communications Ltd., en son propre nom et au nom de Coast Cable Communications Ltd., l'Association canadienne de télévision par câble et Shaw Communications Inc. (*intimés*)

INDEXED AS: TELUS COMMUNICATIONS INC. v. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: TELUS COMMUNICATIONS INC. c. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décarý, Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, October 12 and 27, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décarý, Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 12 et 27 octobre 2004.

Telecommunications — Whether CRTC decision illegal as retroactive rate setting — Rates for certain conduit types owned by TELUS, used as support structure for cable T.V., Internet wires — History of rate setting reviewed — Impugned decision varied previous order eliminating distinct rates for different conduit types, introducing common monthly rate — Restored status quo ante — Earlier decision dealt with numerous difficult issues — Elimination of distinct rates for TELUS conduit perhaps done inadvertently — Had CRTC intended such important change, would have given reasons for decision instead of Order's terse wording — CRTC correct in entertaining objection made outside usual six-month deadline as circumstances exceptional, not demonstrated uniform rate "just and reasonable" as required by Telecommunications Act, s. 27 — CRTC not having fixed rates retroactively — Had previously exceeded jurisdiction in making order unsupported by any evidence — Act, s. 62 empowered CRTC to reconsider previous decisions — CRTC having statutory duty to ensure rates just, reasonable — Can admit earlier decision nullity, adopt corrective measures — Discretionary power under s. 32(d), (e), (f) to suspend, disallow portion of tariff considered inconsistent with s. 27 — Unjust, unreasonable rates compromise Act's objective of reliable, affordable telecommunications — No denial of procedural fairness.

Télécommunications — La décision du CRTC était-elle un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs? — Tarifs appliqués à certains types de conduites appartenant à TELUS et utilisées comme structure de soutien pour la télévision par câble et les services Internet — Examen de l'historique de la fixation des tarifs — La décision contestée modifiait une ordonnance antérieure qui éliminait les tarifs distincts applicables à d'autres types de conduites et qui instituait un tarif mensuel commun — Rétablissement du statu quo — La décision antérieure abordait de nombreux points difficiles — Les tarifs distincts applicables aux conduites de TELUS avaient peut-être été éliminés par inadvertance — Si le CRTC avait voulu un changement aussi important, il aurait motivé sa décision au lieu de rendre une ordonnance formulée brièvement — Le CRTC a eu raison de faire droit à l'objection soulevée en dehors du délai habituel de six mois parce qu'il existait des circonstances exceptionnelles et qu'il n'avait pas été prouvé que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable» ainsi que l'exige l'art. 27 de la Loi sur les télécommunications — Le CRTC n'a pas fixé de tarifs rétroactivement — Il avait auparavant outrepassé sa compétence en rendant une ordonnance qui n'était pas appuyée par la preuve — L'art. 62 de la Loi habilite le CRTC à réexaminer ses décisions antérieures — Le CRTC a l'obligation de s'assurer que les tarifs sont justes et raisonnables — Il peut reconnaître la nullité d'une décision antérieure et adopter des mesures correctives — L'art. 32d), e) et f) donne au CRTC le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser l'application d'une tarification s'il la juge incompatible avec l'art. 27 — Des tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l'objectif de la Loi, à savoir la fourniture de services de télécommunication qui soient fiables et abordables — Il n'y a pas eu déni d'équité procédurale.

Administrative Law — Statutory Appeals — Whether Canadian Radio-television and Telecommunications Commission decision illegal retroactive rate setting — CRTC had not fixed rates retroactively — Set aside portion of earlier decision which exceeded jurisdiction as rendered in absence of any supporting evidence — Courts having “quietly abandoned” law that tribunal does not exceed jurisdiction in basing decision on finding of fact unsupported by evidence — “No evidence” elevated to independent ground of review having essential characteristics of jurisdictional error — Judicial review in such case not ousted by preclusive clause — Such decision is nullity, reviewable as arbitrary — Tribunals may have implied power to reconsider to discharge statutory duties — In instant case, such power expressly conferred by statute — CRTC given broad discretionary powers to further objectives of legislation — No denial of procedural fairness as appellant afforded chance to argue retroactivity issue — In circumstances, CRTC correct in entertaining objection made outside normal limitation period.

The issue upon this appeal was whether Telecom Decision CRTC 2003-54 was illegal as retroactive rate setting or merely the restoration of the *status quo ante* of rates applicable to certain conduit types owned by TELUS Communications, the appellant? A conduit is a support structure for wires which deliver cable television and high-speed Internet services to subscribers. Appellant argued that even if not illegal, the decision was still unreasonable and that appellant had been denied procedural fairness. Finally, it submitted that the CRTC improperly exercised its discretion in permitting a challenge to Order CRTC 2000-13 almost two years after it was made.

TELUS, successor to BC TEL, is an Incumbent Local Exchange Carrier while respondents, Delta, Coast Cable and Shaw, are cable companies which utilize TELUS conduit for their cable infrastructure. Between 1978 and 1983, the CRTC had approved rates for four types of conduit (Type A to D, according to who paid for the installation) provided by BC TEL. In 1994, following a review of the use and costs sharing of telephone company structures, the CRTC approved interim rates for Type B to D and in 1995 it approved a uniform national monthly rate for conduit. But, because BC TEL had more than one type of conduit, the CRTC indicated the uniform rate would apply only to its Type A conduit and directed BC Tel to make specific submissions covering the

Droit administratif — Appels prévus par la Loi — La décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes était-elle un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs? — Le CRTC n'avait pas fixé de tarifs rétroactivement — Il avait annulé en partie une décision antérieure qui outrepassait sa compétence et qui avait été rendue en l'absence de toute preuve à l'appui — Les cours de justice ont «discrètement abandonné» le principe selon lequel un tribunal administratif n'excède pas sa compétence simplement parce qu'il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n'est pas appuyée par la preuve — «L'absence de preuves» est élevée au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l'erreur de compétence — Le contrôle judiciaire dans un tel cas ne saurait être empêché par une clause d'exclusion — Une telle décision est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire — Les tribunaux administratifs peuvent avoir un pouvoir implicite de réexamen pour qu'ils puissent s'acquitter des fonctions qui leur sont dévolues par la loi — En l'espèce, un tel pouvoir est expressément conféré par la loi — Le CRTC dispose de larges pouvoirs discrétionnaires pour donner effet aux objectifs de la loi — Il n'y a pas eu déni d'équité procédurale puisque l'appelante a eu la possibilité de plaider la question de la rétroactivité — Eu égard aux circonstances, le CRTC a eu raison de faire droit à l'objection soulevée en dehors du délai habituel de prescription.

Le point soulevé dans le présent appel était celui de savoir si la Décision Télécom CRTC 2003-54 était un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs ou si elle visait plutôt simplement à rétablir le statu quo pour les tarifs applicables à certains types de conduites appartenant à TELUS Communications, l'appelante. Une conduite est une structure de soutien conçue pour loger les fils qui servent à livrer aux abonnés la télévision par câble et les services d'Internet à haut débit. L'appelante faisait valoir que, même si la décision n'était pas illégale, elle demeurait déraisonnable et qu'elle-même, avait été victime d'une injustice procédurale. Finalement, selon l'appelante, le CRTC avait irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il avait permis que soit contestée son Ordonnance CRTC 2000-13 près de deux ans après que cette ordonnance eut été rendue.

TELUS, qui a succédé à BC TEL, est une entreprise de services locaux titulaire, tandis que les intimées, Delta, Coast Cable et Shaw, sont des câblodistributeurs qui, pour soutenir leur câblo-infrastructure, utilisent des conduites fournies par TELUS. Entre 1978 et 1983, le CRTC avait approuvé divers tarifs pour quatre types de conduites fournies par BC TEL (les conduites des types A à D selon celui qui payait l'installation). En 1994, après avoir examiné l'utilisation des structures des compagnies de téléphone et le partage des coûts de ces structures, le CRTC avait approuvé des tarifs provisoires pour les conduites des types B à D, et en 1995, il avait approuvé un tarif mensuel national uniforme pour les conduites. Mais, comme BC TEL était propriétaire de plus d'un genre de

other three types. Instead, BC Tel issued Tariff Notice 3336 asking for the elimination of the distinction between conduit types and that all of its conduit come under the uniform national rate. The Canadian Cable Television Association (CCTA) objected, its view being that BC TEL should not be permitted to charge as much for conduit obtained free of charge from a developer as for conduit installed at its own expense. Eventually, in 2000, the CRTC allowed the withdrawal of distinct rates for Type B to D conduit. Shaw Communications complained and CRTC staff sought a negotiated resolution to avoid the necessity for further formal CRTC intervention. When this did not work out, Shaw filed a Part VII application under the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure* requesting that the CRTC initiate a proceeding to consider Type B to D conduit access rates. In addition, it asked that rates approved in 1995 on a final basis for Types B-D conduit be made interim pending outcome of the proceeding. In its letter of intervention, the CCTA suggested that if Order 2000-13 had actually eliminated the distinction among conduit types and rates, the CRTC should exercise its Act, section 62 discretion to review that decision. Under that section, the Commission is empowered to review, rescind or vary any decision that it has made.

By Telecom Decision CRTC 2003-54 (that under appeal), the Commission varied that part of Order 2000-13 which had eliminated the distinct rates for TELUS' Type A to D conduit and introduced a \$2.25-per-30-metres monthly rate for all of TELUS' conduit. The Order restored the definitions and distinct rates in place prior to the earlier decision. The restoration was retroactive to February 17, 2000. The earlier decision involved issues that were wide-ranging, difficult and controversial; those involving the TELUS conduit were a mere drop in the bucket. In that context, the respondents suggested that if that Order did eliminate the distinct rates for TELUS conduit, it did so through inadvertence.

The CRTC agreed with appellant's interpretation of Order 2000-13, i.e. that it had the effect of approving the withdrawal of distinct rates while introducing a uniform monthly rate. The Court's view was that Type B to D conduit got caught by inadvertence, the intention in issuing the Order having been to deal only with Type A conduit. The provision in the Order at

conduites, le CRTC avait indiqué que le tarif uniforme ne s'appliquerait qu'à sa conduite de type A, et il avait demandé à BC TEL de présenter des conclusions distinctes pour les trois autres types de conduites. Au lieu de cela, BC Tel avait émis l'avis de modification tarifaire 3336, dans lequel elle demandait que la distinction entre genres de conduites soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif national uniforme. L'Association canadienne de télévision par câble (ACTC) avait formulé une objection, car selon elle, BC TEL ne devait pas être autorisée à demander le même prix pour une conduite qu'elle acquiert gratuitement d'un promoteur que pour une conduite qu'elle installe à ses propres frais. Finalement, en 2000, le CRTC autorisait le retrait des tarifs distincts pour les conduites des types B à D. Shaw Communications s'est plainte de cette décision et le personnel du CRTC a recherché une solution négociée, afin d'éviter la nécessité d'une intervention plus officielle du CRTC. Ce processus s'étant finalement révélé inutile, Shaw a déposé, en application de la partie VII des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, une demande qui invitait le CRTC à ouvrir une instance où seraient examinés les tarifs de l'accès aux conduites des types B à D. Shaw priait aussi le CRTC de déclarer provisoires, jusqu'à l'issue de ladite instance, les tarifs approuvés à titre définitif en 1995 pour les conduites des types B à D. Dans sa lettre d'intervention, l'ACTC faisait valoir que, si l'Ordonnance 2000-13 avait réellement éliminé la distinction parmi les types de conduites et les tarifs, alors le CRTC devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 62 de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir de réviser cette décision. Cet article donne au CRTC le pouvoir de réviser, d'annuler ou de modifier ses décisions.

Par sa Décision Télécom CRTC 2003-54 (la décision visée par l'appel), le CRTC a modifié la portion de son Ordonnance 2000-13 qui avait éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites des types A à D de TELUS et qui avait institué un tarif mensuel de 2,25 \$ les 30 mètres pour toutes les conduites de TELUS. L'ordonnance rétablissait les définitions et tarifs distincts en vigueur avant la décision antérieure. Le rétablissement avait pris effet le 17 février 2000. La décision antérieure faisait intervenir une vaste gamme de points difficiles et controversés; ceux qui concernaient les conduites de TELUS n'étaient qu'une goutte d'eau dans un océan. C'est sur cette toile de fond que les intimés affirmaient que, si cette ordonnance avait bien éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites de TELUS, elle les avait éliminés par inadvertance.

Le CRTC s'est rangé à l'interprétation donnée par l'appelante de l'Ordonnance 2000-13, c'est-à-dire qu'il reconnaissait que l'ordonnance avait eu pour effet d'approuver le retrait des tarifs distincts et d'instituer un tarif mensuel uniforme. Selon la Cour, les conduites des types B à D se sont trouvées embrassées par inadvertance dans l'Ordonnance

issue was tersely worded and contained no explanation or justification for such a substantial change. Had the Commission intended to make a change of this importance, it would have given reasons for such decision. The issue of rates for Type B to D conduit had fallen between the cracks, only to come to light when respondents realized the Order's potential impact and drew the matter to the Commission's attention.

In Telecom Decision CRTC 2003-54, the Commission reviewed the history of appellant's conduit rate approvals and stressed the point that, by Order CRTC 96-1484 it had put on hold TELUS' request for a uniform rate pending consideration of the different costs associated with Type B to D conduit. The Commission was satisfied that there existed exceptional circumstances and valid reasons for Shaw's delay in filing its Part VII application and that this justified a departure from its policy that an application to vary under Act, section 62, should be brought within six months of the impugned decision. In fact, within just 15 days of the decision, Shaw had given the CRTC notice of its concerns but while discussions initiated by the CRTC took place in an attempt to resolve the problem delayed the filing of the an application .

Following its review of the earlier decisions, the Commission determined that there existed substantial doubt as to the correctness of the Order and that, as far as Type B to D conduit were concerned, Order 2000-13 should be varied. It had not been demonstrated that the uniform rate would be "just and reasonable" as required by Act, section 27. The Commission wrote that, while adhering to its position that "as a matter of regulatory policy rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment", in the instant case failure to make an exception would result in an injustice to applicants.

Held, the appeal should be dismissed.

In support of its submission that the CRTC lacked jurisdiction to vary a rate finally approved, let alone to do so retroactively, appellant referred to *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*. But that case stands for the proposition that interim rates may be varied retroactively or retrospectively. Appellant was mistaken in supposing that the CRTC had fixed rates retroactively. What it did was to vary its decision by setting aside that part of it which had been rendered in the absence of any supporting evidence, thereby exceeding jurisdiction and violating its statutory duties. It restored the

2000-13, laquelle était censée disposer uniquement des conduites de type A. La disposition de l'ordonnance en question était formulée brièvement et ne renfermait aucune explication ou justification pour une modification aussi importante. Si le CRTC avait voulu apporter un changement d'une telle importance, il aurait motivé sa décision. La question des tarifs applicables aux conduites des types B à D était passée à travers les mailles, jusqu'au jour où les intimés se sont rendu compte de l'effet possible de l'ordonnance et l'ont signalé au CRTC.

Dans sa Décision Télécom CRTC 2003-54, le CRTC passait en revue l'historique de l'approbation de divers tarifs pour les conduites de l'appelante et soulignait que, dans son Ordonnance CRTC 96-1484, il avait laissé en suspens la demande présentée par TELUS pour l'adoption d'un tarif uniforme, et cela jusqu'à un examen des divers coûts afférents aux conduites des types B à D. Le CRTC était d'avis qu'il existait dans ce cas des circonstances exceptionnelles et des raisons valides expliquant le retard de Shaw à déposer sa demande selon la partie VII, raisons qui justifiaient une entorse à la politique générale du CRTC selon laquelle une demande de modification présentée conformément à l'article 62 de la Loi doit en principe être déposée dans un délai de six mois suivant la décision contestée. En fait, dans les 15 jours qui avaient suivi la décision, Shaw avait informé le CRTC de ses doutes, mais les pourparlers qu'avait engagés le CRTC entre les parties afin de régler le problème avaient retardé le dépôt de sa demande.

Après examen de ses décisions antérieures, le CRTC était arrivé à la conclusion qu'il y avait un doute sérieux sur la justesse de l'Ordonnance 2000-13 et qu'il était nécessaire de modifier cette ordonnance dans la mesure où elle visait les conduites des types B à D. Il n'avait pas été démontré que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable» au sens de l'article 27 de la Loi. Le CRTC écrivait que, tout en demeurant d'avis que «dans l'esprit de la politique de réglementation, les tarifs approuvés de façon définitive ne devraient pas normalement faire l'objet de rajustement», ne pas faire d'exception en l'espèce constituerait une injustice pour les requérantes.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Au soutien de son argument selon lequel le CRTC n'avait pas le pouvoir de modifier un tarif qui avait reçu une approbation finale, encore moins de le modifier rétroactivement, l'appelante s'est référée à l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*. Mais ce précédent énonce le principe selon lequel des taux provisoires peuvent être modifiés rétroactivement. L'appelante s'est fourvoyée en supposant que le CRTC avait fixé des tarifs rétroactivement. Le CRTC avait plutôt modifié sa décision en annulant la partie de sa décision qui avait été rendue en l'absence d'éléments de preuve de

status quo ante. There was no rate setting by Telecom Decision CRTC 2003-54. Brown and Evans, in their work *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, explain that, over the last quarter century, courts have “quietly abandoned” the earlier law that a tribunal does not exceed jurisdiction by basing a decision on a finding of fact unsupported by any evidence. “No evidence” has been elevated to an independent ground of review having the essential characteristics of jurisdictional error. Judicial review in such case is not subject to ouster by a preclusive clause. A decision made in the absence of evidence is a nullity and is reviewable as arbitrary according to Estey J. in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell et al.* There is both Supreme Court of Canada and High Court of Australia authority for the proposition that administrative tribunals may possess implied powers of reconsideration to enable the discharge of their duties under their enabling legislation. But, in the case at bar, such power was expressly conferred by section 62 of the Act.

Furthermore, Act section 27 provides that rates charged must be “just and reasonable”. The CRTC is under a statutory duty to ensure that this requirement is met at all times: Act, section 47. There is no doubting that the Commission is empowered to acknowledge that an earlier decision is a nullity and to undertake appropriate corrective measures. In addition, paragraphs 32(d), (e) and (f) confer a broad discretionary power to suspend or disallow any portion of a tariff that the CRTC considers to be inconsistent with section 27. These duties and powers were intended to further the objectives of the legislation: to render reliable and affordable telecommunications services of high quality as well as to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications and also to respond to the economic and social requirements of users. Unjust, unreasonable rates compromise the accessibility of affordable services while being unresponsive to users’ economic requirements.

In view of the Court’s conclusion that the CRTC had not engaged in retroactive rate setting, it was unnecessary to canvass the issue of whether section 62 gives it power to do so. Furthermore, appellant had been given ample opportunity to argue the retroactivity issue and there had been no denial of procedural fairness.

Nor was there merit in the argument that the Commission had improperly exercised its discretion in entertaining a challenge that was out of time. Why should a direct attack be

nature à l’appuyer, et qui constituait ainsi un excès de pouvoir et un manquement aux obligations que lui imposait la loi. Le CRTC avait rétabli le statu quo. La Décision Télécom CRTC 2003-54 n’établissait pas de tarifs. Dans leur ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Brown et Evans expliquent que, au cours du dernier quart de siècle, les cours de justice ont « discrètement abandonné » la règle juridique antérieure selon laquelle un tribunal administratif n’excède pas son pouvoir légal simplement parce qu’il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n’est pas appuyée par la preuve. « L’absence de preuves » a été élevée au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l’erreur de compétence. Dans un tel cas, le contrôle judiciaire ne saurait être empêché par une clause d’exclusion. Une décision rendue en l’absence de preuves est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire, selon le juge Estey, qui s’exprimait dans l’arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell et autres*. Des arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Haute Cour d’Australie reconnaissent que les tribunaux administratifs peuvent avoir un pouvoir implicite de réexamen, pour permettre au tribunal de s’acquitter des fonctions que lui confère sa loi habilitante. Mais, en l’espèce, un tel pouvoir était expressément conféré par l’article 62 de la loi.

Par ailleurs, l’article 27 requiert que les tarifs demandés soient « justes et raisonnables ». Le CRTC est tenu par la loi de veiller à ce que cette exigence soit observée en permanence: article 47 de la Loi. Il ne fait aucun doute que le Conseil a le pouvoir de reconnaître qu’une décision antérieure est nulle et de prendre les mesures correctives qui s’imposent. De plus, les alinéas 32d), e) et f) donnent au CRTC un large pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser toute portion d’un tarif qu’il juge incompatible avec l’article 27. Ces attributions avaient pour objet de donner effet aux objectifs du texte législatif: permettre l’accès à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité, accroître l’efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes, et satisfaire aussi les exigences économiques et sociales des usagers. Les tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l’accessibilité de la population à des services de télécommunication abordables et ne répondent pas aux exigences économiques des usagers.

Vu la conclusion de la Cour selon laquelle le CRTC n’avait pas établi de tarifs rétroactivement, il n’était pas nécessaire d’examiner le point de savoir si l’article 62 lui confère ce pouvoir. Par ailleurs, l’appelante a eu amplement l’occasion de plaider la question de la rétroactivité et il n’y a eu aucun déni d’équité procédurale.

Il n’y a nul bien-fondé non plus dans l’argument selon lequel le CRTC a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il a autorisé les intimés à déposer une

barred by a limitation period when a collateral attack might be allowed against the part of Order 2000-13 made without jurisdiction?

contestation en dehors du délai imparti. Pourquoi une contestation directe devrait-elle être empêchée par un délai de prescription alors qu'une contestation indirecte serait autorisée à l'encontre de la partie de l'Ordonnance 2000-13 qui a été rendue sans compétence?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Architects Act, R.S.A. 1980, c. A-44.1.
CRTC Telecommunications Rules of Procedure,
 SOR/79-554, Part VII.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7(b),(c),(h),
 27, 32(d),(e),(f),(g), 47, 62.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell et al., [1980] 1 S.C.R. 245; (1979), 99 D.L.R. (3d) 385; 79 CLLC 14,221; 29 N.R. 109; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; revg (1985), 67 A.R. 255 (C.A.); *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117; [2002] HCA 11.

DISTINGUISHED:

Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

REFERRED TO:

Rates Set for Access to Telephone Companies' Support Structures, Order CRTC 2000-13; *BC TEL (Re)*, Telecom Order CRTC 94-996; *Access to Telephone Company Support Structure*, Telecom Decision CRTC 95-13; *In the Matter of the Implementation of Access to Telephone Company Support Structures*, Telecom Decision CRTC 95-13, 22 June 1995 (Decision 95-13), Telecom Order CRTC 96-1484; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Architects Act, R.S.A. 1980, ch. A-44.1.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7b),
 c), h), 27, 32d), e), f), g), 47, 62.
Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, partie VII.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell et autres, [1980] 1 R.C.S. 245; (1979), 99 D.L.R. (3d) 385; 79 CLLC 14,221; 29 N.R. 109; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; infirmant (1985), 67 A.R. 255 (C.A.); *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117; [2002] HCA 11.

DÉCISION DISTINCTE:

Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

DÉCISIONS CITÉES:

Fixation des tarifs relatifs à l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone, Ordonnance CRTC 2000-13; *BC TEL (Re)*, Ordonnance Télécom CRTC 94-996; *Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*, Décision Télécom CRTC 95-13; *Relativement à la mise en œuvre de la décision Télécom CRTC 95-13 du 22 juin 1995 intitulée Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (la décision 95-13)*, Ordonnance Télécom CRTC 96-1484; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

AUTHORS CITED

Brown, J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998.
Guidelines for Review and Vary Applications, Telecom Public Notice CRTC 98-6. Ottawa, March 20, 1998.

APPEAL against a CRTC decision (*Part VII Application by Shaw Communications Inc. Requesting a Proceeding to Consider the Rates for Type B, C and D Conduit Provided by TELUS Communications Inc.*, Telecom Decision CRTC 2003-54) as an illegal exercise in retroactive rate setting. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

John F. Rook, Q.C., John E. Lowe and Stephen Schmidt for appellant.
James D. Wilson for respondent The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.
Lori Assheton-Smith and Gerald L. Kerr-Wilson for respondent The Canadian Cable Television Association.
C. Christopher Johnston, Q.C. and Leslie J. F. Milton for respondents Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. and Shaw Communications Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Bennett Jones LLP, Calgary, for appellant.
The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Gatineau, for respondent The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.
Canadian Cable Television Association, Ottawa, for respondent The Canadian Cable Television Association.
Johnston & Buchan LLP, Ottawa, for respondents Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. and Shaw Communications Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DOCTRINE CITÉE

Brown, J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto: Canvasback, 1998.
Lignes directrices relatives aux demandes de révision et de modification, Avis public Telecom CRTC 98-6. Ottawa, le 20 mars 1998.

APPEL interjeté contre une décision du CRTC (*Demande présentée en vertu de la partie VII par Shaw Communications Inc. visant la tenue d'une instance portant sur les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D facturés par TELUS Communications Inc.*, Décision Télécom CRTC 2003-54) perçue comme un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

John F. Rook, c.r., John E. Lowe et Stephen Schmidt, pour l'appelante.
James D. Wilson, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.
Lori Assheton-Smith et Gerald L. Kerr-Wilson, pour l'Association canadienne de télévision par câble, intimée.
C. Christopher Johnston, c.r. et Leslie J. F. Milton, pour Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. et Shaw Communications Inc., intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bennett Jones LLP, Calgary, pour l'appelante.
Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Gatineau, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.
L'Association canadienne de télévision par câble, Ottawa, pour l'Association canadienne de télévision par câble, intimé.
Johnston & Buchan LLP, Ottawa, pour Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. et Shaw Communications Inc, intimées.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Was Telecom Decision CRTC 2003-54 [*Part VII Application by Shaw Communications Inc. Requesting a Proceeding to Consider the Rates for Type B, C and D Conduct Provided by TELUS Communications Inc.*] an illegal exercise in retroactive rate setting as contended by the appellant or was it rather, as the respondents, Delta Cable Communications Ltd. (Delta) and the Canadian Cable Television Association (CCTA) submit, simply a restoration of the *status quo ante* with respect to rates applicable to Type B, C and D conduit owned by the appellant? A conduit is a type of support structure designed to house and support the wires and other infrastructures used to deliver cable television, high-speed Internet access and other telecommunications services to subscribers. In a nutshell, a conduit is a “reinforced passage or opening in, on, over or through the ground or watercourses capable of containing communications facilities”: see paragraph 12 of the Telecom Decision CRTC 2003-54.

[2] The appellant also avers that the decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), if found to be legal, is unreasonable in the circumstances. It also complains that it was the victim of procedural unfairness in that it was not given the opportunity to make full and appropriate submissions on the issue of retroactivity. Finally, the appellant submits that the CRTC improperly exercised its discretion in allowing Delta and the CCTA to make an application to challenge its Order CRTC 2000-13 [*Rates Set for Access to Telephone Companies’ Support Structures (Order 2000-13)*] almost two years after the order was rendered.

Facts and procedure

[3] The process of determining just and reasonable rates for Type B, C and D conduit owned by the appellant is rich in history and longstanding debates as the facts and these proceedings demonstrate.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: La Décision Télécom CRTC 2003-54 [*Demande présentée en vertu de la partie VII par Shaw Communications Inc. visant la tenue d’une instance portant sur les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D facturés par TELUS Communications Inc.*] était-elle un exercice illégal d’établissement rétroactif de tarifs, ainsi que le prétend l’appelante, ou visait-elle plutôt simplement, ainsi que l’affirment les intimées, Delta Cable Communications Ltd. (Delta) et l’Association canadienne de télévision par câble (ACTC), à rétablir le statu quo pour les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D appartenant à l’appelante? Une conduite est une sorte de structure de soutien conçue pour loger et prendre en charge les fils et autres infrastructures utilisés pour livrer aux abonnés la télévision par câble, les services d’Internet à haut débit et autres services de télécommunications. En bref, une conduite est une « ouverture ou passage armé, pouvant contenir des installations de télécommunications, pratiqué dans le sol ou en surface ou encore traversant un cours d’eau au-dessus ou au-dessous du niveau de l’eau»: voir le paragraphe 12 de la Décision Télécom CRTC 2003-54.

[2] L’appelante affirme aussi que, si la décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est déclarée légale, alors, dans ces conditions, elle est déraisonnable. Elle se plaint aussi d’avoir été la victime d’une injustice procédurale, parce qu’on ne lui a pas donné l’occasion de présenter des conclusions complètes et suffisantes sur la question de la rétroactivité. Finalement, selon l’appelante, le CRTC a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il a laissé Delta et l’ACTC présenter une demande contestant son Ordonnance CRTC 2000-13 [*Fixation des tarifs relatifs à l’accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (Ordonnance 2000-13)*] près de deux ans après que cette ordonnance eut été rendue.

Les faits et la procédure

[3] Le processus consistant à établir des tarifs justes et raisonnables pour les conduites des types B, C et D appartenant à l’appelante est riche d’incidents et de longues controverses, comme le montrent les faits et les présentes procédures.

[4] The appellant, TELUS Communications Inc. (TELUS), is an Incumbent Local Exchange Carrier (ILEC) and is the successor company to BC TEL. The respondents, Delta, Coast Cable Communications Ltd. (Coast) and Shaw Communications Ltd. (Shaw), are cable companies that use conduit provided by TELUS to support their cable infrastructure. The CCTA is a national organization that represents cable companies: as of September 21, 2004, the CCTA has renamed itself the Canadian Cable Telecommunications Association.

[5] Between 1978 and 1983, the CRTC approved different rates for four types of conduit provided by BC TEL (Type A to D conduit). Unlike other telephone companies, which offered one type of conduit access, BC TEL offered four kinds, which were distinguishable on the basis of who paid the embedded costs for the supply and installation of the conduit. It is not disputed that the four types of conduit were thus defined:

Type A: Conduit supplied, installed, owned and maintained entirely by and at the expense of BC TEL.

Type B: Conduit supplied, owned, and maintained by and at the expense of BC TEL, but installed by BC TEL at the expense of the developer.

Type C: Conduit owned and maintained by and at the expense of BC TEL, but supplied and installed by BC TEL at the expense of the developer (applied only in the area formerly served by the Okanagan Telephone Company).

Type D: Conduit owned and maintained by BC TEL, but supplied and installed by and at the expense of the developer.

[6] In 1993, the CRTC initiated a review of the use and sharing of costs of telephone company structures. In 1994, it approved interim rates for Type B to D conduit for BC TEL (Telecom Order CRTC 94-996) [*BC TEL (Re)*]. As a result of the review, in 1995, the CRTC set out basic principles regarding access to support structures and approved a uniform national monthly rate for conduit. It also directed telephone companies to issue tariff pages implementing the Telecom Decision CRTC 95-13 [*Access to Telephone Company Support Structure*].

[4] L'appelante, TELUS Communications Inc. (TELUS), une entreprise de services locaux titulaire (ESLT), a succédé à BC TEL. Les intimées, Delta, Coast Cable Communications Ltd. (Coast) et Shaw Communications Ltd. (Shaw), sont des câblodistributeurs qui, pour soutenir leur câblo-infrastructure, utilisent des conduites fournies par TELUS. L'ACTC est une organisation nationale qui représente les câblodistributeurs: le 21 septembre 2004, elle s'est rebaptisée Association canadienne de télécommunications par câble.

[5] Entre 1978 et 1983, le CRTC avait approuvé divers tarifs pour quatre types de conduites fournies par BC TEL (les conduites des types A à D). Contrairement aux autres compagnies de téléphone, qui n'offraient qu'un genre de conduite, BC TEL en offrait quatre, que l'on pouvait distinguer d'après celui qui payait les coûts intégrés de la fourniture et de l'installation de la conduite. Il n'est pas contesté que les quatre types de conduites étaient ainsi définis:

Type A: Conduite fournie, installée et entretenue intégralement par BC TEL, à ses frais, et lui appartenant.

Type B: Conduite fournie et entretenue par BC TEL à ses frais, et lui appartenant, mais installée par BC TEL aux frais du promoteur.

Type C: Conduite entretenue par BC TEL à ses frais, et lui appartenant, mais fournie et installée par BC TEL aux frais du promoteur (type appliqué uniquement dans la région auparavant desservie par l'Okanagan Telephone Company).

Type D: Conduite entretenue par BC TEL, et lui appartenant, mais fournie et installée par le promoteur et aux frais de celui-ci.

[6] En 1993, le CRTC entreprenait d'examiner l'utilisation des structures des compagnies de téléphone et le partage des coûts de ces structures. En 1994, il approuvait des tarifs provisoires pour les conduites des types B à D de BC TEL (Ordonnance Télécom CRTC 94-996) [*BC TEL (Re)*]. À la suite de l'examen, en 1995, le CRTC énonçait les principes fondamentaux touchant l'accès aux structures de soutien et approuvait un tarif mensuel national uniforme pour les conduites. Il ordonnait aussi aux compagnies de téléphone de publier des pages tarifaires donnant effet à la Décision Télécom

[7] Because BC TEL was in the unusual situation of having more than one type of conduit, the CRTC indicated that the uniform rate would only apply to its Type A conduit and directed BC TEL to make specific submissions regarding other conduit types. In the meantime, in Telecom Decision CRTC 95-13 it also granted final approval to the monthly rates it had approved for Type B to D on an interim basis in Telecom Order CRTC 94-996.

[8] BC TEL's response to the CRTC's request for further submissions was Tariff Notice 3336 (TN 3336), in which it asked that the distinction among conduit types be eliminated and that all of its conduits be brought under the uniform national rate.

[9] In Telecom Order CRTC 96-1484 [*In the Matter of the Implementation of Access to Telephone Company Support Structures, Telecom Decision CRTC 95-13, 22 June 1995 (Decision 95-13)*], the CRTC deferred disposition of TN 3336, indicating that an investigation of the current demand for and circumstances associated with Type B to D conduit was required prior to making a decision. Indeed, the CCTA objected to BC TEL's statement that costs were no longer a material consideration in setting rates. It submitted that BC TEL should not be allowed to charge the same amount for conduit that it gets free from a developer as it does for conduit that it pays for and installs itself: see page 2 of Telecom Order CRTC 96-1484. The CRTC deferred its disposition of BC TEL's Tariff Notice 3336 because it was of the view that the uniform rate proposed by BC TEL might not be appropriate: see Telecom Order, at page 3.

[10] At the same time, the CRTC also established a consultative process led by Stentor Resource Centre Inc. (Stentor) in which telephone companies and cable

CRTC 95-13 [*Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*].

[7] Comme BC TEL se trouvait dans la situation inusitée d'un propriétaire de plus d'un genre de conduites, le CRTC avait indiqué que le tarif uniforme ne s'appliquerait qu'à sa conduite de type A et avait demandé à BC TEL de présenter des conclusions distinctes pour les autres types de conduits. Entre-temps, dans sa Décision Télécom CRTC 95-13, le CRTC donnait aussi son approbation finale pour les tarifs mensuels qu'il avait approuvés provisoirement dans son Ordonnance Télécom CRTC 94-996 pour les conduites des types B à D.

[8] La réponse de BC TEL à la demande que lui avait faite le CRTC pour le dépôt de conclusions additionnelles fut l'avis de modification tarifaire 3336 (AMT 3336), dans lequel elle demandait que la distinction entre genres de conduites soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif national uniforme.

[9] Dans son Ordonnance Télécom CRTC 96-1484 [*Relativement à la mise en oeuvre de la décision Télécom CRTC 95-13 du 22 juin 1995 intitulée Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (la décision 95-13)*], le CRTC suspendait sa décision sur l'AMT 3336, en précisant qu'il devait au préalable examiner la demande actuelle pour les conduites des types B à D, ainsi que les circonstances afférentes. L'ACTC protestait d'ailleurs contre l'affirmation de BC TEL selon laquelle les coûts n'étaient plus un facteur déterminant dans l'établissement des tarifs. Selon l'ACTC, BC TEL ne devait pas être autorisée à demander le même prix pour une conduite qu'elle acquiert gratuitement d'un promoteur que pour une conduite qu'elle achète et qu'elle installe elle-même: voir la page 2 de l'Ordonnance Télécom CRTC 96-1484. Le CRTC a reporté sa décision sur l'avis de modification tarifaire 3336 de BC TEL parce que, selon lui, le tarif uniforme proposé par BC TEL n'était peut-être pas justifié: voir l'Ordonnance Télécom, à la page 3.

[10] Simultanément, le CRTC établissait aussi un processus consultatif mené par Centre de ressources Stentor Inc. (Stentor), dans lequel les compagnies de

companies would develop a mutually acceptable model Support Structure Agreement (SSA) and a model support structure tariff.

[11] In 1997, Stentor filed a joint report as a result of this process, which included a model National Services Tariff (NST) and model SSA. The model NST included the uniform national monthly rate already approved in Telecom Decision CRTC 95-13. It also included distinct definitions and different rates for Type B to D conduit for BC TEL. These rates and definitions were, in fact, also those approved by the CRTC in its Telecom Decision 95-13: see page 105 of the Appeal Book.

[12] In TN 485, Stentor proposed a NST and related SSA that would migrate support structure services from the telephone companies' tariffs to the national services tariff. There was, however, no inclusion of definitions or rates for Type B to D conduit despite their inclusion in the model tariff that had been submitted in the joint report.

[13] In June 1997, BC TEL submitted for approval Tariff Notice 3637 (TN 3637), in which it asked the CRTC to subsume the deferred decision-making process relating to TN 3336 into its current consideration of Stentor's TN 485. It also asked that the distinction among its types of conduit both in terms of definitions and rates be eliminated and that all of its conduit be brought under the national uniform rate effective the date of approval of TN 485: see Appeal Book, at pages 166-167.

[14] In Order 2000-13, the CRTC approved the NST and the SSA proposed by Stentor. It also approved BC TEL's TN 3637, thereby allowing, as we shall see, the withdrawal of distinct rates for Type B to D conduit. These changes took effect on February 17, 2000.

[15] Within 15 days of the decision, Shaw contacted the CRTC to express its concerns about the withdrawal

téléphone et les câblodistributeurs élaboreraient d'un commun accord un contrat type relatif aux structures de soutènement (CSS), ainsi qu'un tarif type applicable à telles structures.

[11] En 1997, Stentor déposait, à la suite de ce processus, un rapport conjoint, qui renfermait un Tarif type des services nationaux (TSN) et un CSS type. Le TSN type comprenait le tarif mensuel national uniforme déjà approuvé dans la Décision Télécom CRTC 95-13. Il comprenait aussi des définitions distinctes et des tarifs différents pour les conduites des types B à D de BC TEL. Ces tarifs et définitions étaient en fait aussi les tarifs et définitions approuvés par le CRTC dans sa Décision Télécom 95-13: voir la page 105 du Dossier d'appel.

[12] Dans l'AMT 485, Stentor proposait un TSN et un CSS y afférent qui allaient transférer, des tarifs des compagnies de téléphone au tarif des services nationaux, les services des structures de soutènement. Il n'y avait cependant aucune définition ni aucun tarif pour les conduites des types B à D, alors même que ces définitions et tarifs figuraient dans le tarif type qui avait été proposé dans le rapport conjoint.

[13] En juin 1997, BC TEL présentait pour approbation l'avis de modification tarifaire 3637 (AMT 3637), dans lequel elle demandait au CRTC d'englober dans son examen actuel de l'AMT 485 de Stentor la décision différée concernant l'AMT 3336. BC TEL demandait aussi que la distinction entre ses genres de conduites, qu'il s'agisse des définitions ou des tarifs, soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif uniforme national à compter de la date d'approbation de l'AMT 485: voir le Dossier d'appel, aux pages 166 et 167.

[14] Dans son Ordonnance 2000-13, le CRTC approuvait le TSN et le CSS proposés par Stentor. Il approuvait aussi l'AMT 3637 de BC TEL, autorisant ainsi, comme nous le verrons, le retrait des tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D. Ces modifications ont pris effet le 17 février 2000.

[15] Dans les 15 jours suivant la décision, Shaw communiquait avec le CRTC pour lui exprimer ses

of the distinct rates for Type B to D conduit. The CRTC's staff initiated discussions among the parties, seeking a negotiated resolution without the need for more formal CRTC intervention. This process eventually proved unsuccessful.

[16] On December 20, 2001, Shaw filed, pursuant to the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure* [SOR/79-554], a Part VII application requesting that the CRTC initiate a proceeding to consider rates for access to Type B to D conduit, arguing that the issue had been outstanding since Telecom Decision CRTC 95-13 and that Order 2000-13 was only intended to cover Type A conduit for TELUS (formerly BC TEL). It further asked that the CRTC make the rates approved on a final basis in 1995 for Type B to D conduit interim pending the outcome of such a proceeding.

[17] The CRTC received comments on Shaw's application from TELUS as well as from Delta (on behalf of itself and Coast) and the CCTA. In its letter of intervention, although it agreed with Shaw's interpretation of Order 2000-13, the CCTA suggested, in the alternative, that if Order 2000-13 had really eliminated the distinction among conduit types and rates, this was an occasion for the CRTC to exercise its discretion under section 62 of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (Act) to review that decision. Section 62 gives the CRTC, even on its own motion, the power to review, rescind or vary any decision that it makes.

62. The Commission may, on application or on its own motion, review and rescind or vary any decision made by it or re-hear a matter before rendering a decision. [Emphasis added.]

[18] TELUS' comments in response to Shaw's application were filed on January 21, 2002. Shaw's reply to TELUS' response came on February 11, 2002. On January 31, 2002, TELUS filed its reply to the CCTA's intervention.

inquiétudes à propos du retrait des tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D. Le personnel du CRTC a engagé des pourparlers entre les parties afin de parvenir à une solution négociée, sans la nécessité d'une intervention plus officielle du CRTC. Ce processus s'est finalement révélé inutile.

[16] Le 20 décembre 2001, Shaw déposait, en application de la partie VII des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications* [DORS/79-554], une demande qui invitait le CRTC à ouvrir une instance où seraient examinés les tarifs de l'accès aux conduites des types B à D. Shaw faisait valoir que la question était demeurée non résolue depuis la Décision Télécom CRTC 95-13 et que l'Ordonnance 2000-13 était censée s'appliquer uniquement aux conduites de type A de TELUS (anciennement BC TEL). Shaw priait aussi le CRTC de déclarer provisoires, jusqu'à l'issue de ladite instance, les tarifs approuvés à titre définitif en 1995 pour les conduites des types B à D.

[17] Le CRTC a reçu de TELUS, ainsi que de Delta (en son nom et au nom de Coast) et de l'ACTC, une série d'observations sur la demande de Shaw. Dans sa lettre d'intervention, et bien qu'elle fût en accord avec la manière dont Shaw interprétait l'Ordonnance 2000-13, l'ACTC faisait valoir, à titre subsidiaire, que, si l'Ordonnance 2000-13 avait réellement éliminé la distinction parmi les types de conduites et les tarifs, c'était là une occasion pour le CRTC d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'article 62 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi), c'est-à-dire le pouvoir de réviser cette décision. L'article 62 donne au CRTC le pouvoir, même de sa propre initiative, de réviser, annuler ou modifier ses décisions.

62. Le Conseil peut, sur demande ou de sa propre initiative, réviser, annuler ou modifier ses décisions, ou entendre à nouveau une demande avant d'en décider. [C'est moi qui souligne.]

[18] Les observations de TELUS en réponse à la demande de Shaw ont été déposées le 21 janvier 2002. La réplique de Shaw à la réponse de TELUS était produite le 11 février 2002. Le 31 janvier 2002, TELUS déposait sa réplique à l'intervention de l'ACTC.

[19] On August 13, 2003, the CRTC issued Telecom Decision CRTC 2003-54 (the decision under appeal), in which it varied that part of its decision in Order 2000-13 which had approved TELUS' TN 3637, eliminated the definitions and distinct rates for TELUS' Type A, B, C and D conduit and introduced a uniform definition and a monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TELUS' conduit. That part of the Order was varied "so as to restore the definitions and distinct rates that were in place prior to that decision" (emphasis added): see paragraph 54 of Telecom Decision CRTC 2003-54. The restoration of the prior definitions and rates was made effective February 17, 2000, the date the withdrawal of the rates contained in Telecom Decision CRTC 95-13 had originally taken effect.

[20] On November 6, 2003, TELUS was granted, by this Court, leave to appeal against Telecom Decision CRTC 2003-54. Before turning my attention to that decision, I will say a word about Order CRTC 2000-13 which eliminated the distinct definitions and rates for TELUS' Type B, C and D conduit.

Rates set for access to telephone companies' support structures, Order CRTC 2000-13, 18 January 2000

[21] The CRTC's decision in Order 2000-13 is quite lengthy. It contains 256 paragraphs. Put in general terms, it addresses the issues of national rates, terms and conditions for access to incumbent telephone companies' poles and conduit by cable companies and telecommunications carriers. It also deals with issues of support structure capacity, application of construction standards and the access approval process. Furthermore, it considers the joint report filed in 1997 by Stentor.

[22] More specifically, the decision rules on the definition of conduit, a person duly authorized to bind a licensee, support structures and spare capacity for future service requirements. It discusses various non-recurring charges resulting from unauthorized attachment, late

[19] Le 13 août 2003, le CRTC rendait la Décision Télécom CRTC 2003-54 (la décision visée par l'appel), par laquelle il modifiait la portion de son Ordonnance 2000-13 approuvant l'AMT 3637 de TELUS, éliminant les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types A, B, C et D de TELUS et instituant une définition uniforme et un tarif mensuel de 2,25 \$ les 30 mètres pour toutes les conduites de TELUS. Cette partie de l'ordonnance était modifiée «de manière à rétablir les définitions et les tarifs distincts en place avant cette décision» (c'est moi qui souligne): voir le paragraphe 54 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Le rétablissement des définitions et tarifs antérieurs avait pris effet le 17 février 2000, en même temps que le retrait des tarifs contenus dans la Décision Télécom CRTC 95-13.

[20] Le 6 novembre 2003, la Cour d'appel fédérale accordait à TELUS l'autorisation de faire appel de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Avant d'examiner cette décision, je dirai quelques mots sur l'Ordonnance 2000-13 du CRTC, qui éliminait les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B, C et D de TELUS.

Tarifs fixés pour l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone, Ordonnance CRTC 2000-13 du 18 janvier 2000

[21] La décision rendue par le CRTC dans son Ordonnance 2000-13 est très longue. Elle renferme 256 paragraphes. En résumé, elle porte sur la question des tarifs nationaux et sur celle des modalités de l'accès des câblodistributeurs et des entreprises de télécommunications aux poteaux et aux conduites des compagnies de téléphone titulaires. Le CRTC y examine aussi la question de la capacité des structures de soutènement, celle de l'application des normes du bâtiment et celle du processus d'approbation de l'accès. Le CRTC y considère aussi le rapport conjoint déposé en 1997 par Stentor.

[22] Plus précisément, le CRTC statuait sur la définition de «conduite», celle de «personne dûment autorisée à lier un licencié», celle de «structures de soutien» et celle de «surcroît de capacité» pour les besoins futurs du service. Il examinait diverses charges

notification, search, make-ready (costs incurred when work is needed to make spare capacity available) and inspection, monthly rates for recurring charges, the use of a conduit on private property, the obligation to carry insurance to cover legal liabilities, the conditions for terminating an agreement or a permit, the removal of an unauthorized presence on a licensee's facilities, the proposed dispute resolution process, the survival of the SSA terms and conditions beyond termination of the SSA, waiver of SSA conditions, the legal status of agreements prior to SSA, the severability of SSA provisions if some are declared invalid or unenforceable and, finally, the scope of confidentiality provisions with respect to information regarding licensees and companies.

[23] I have listed these topics to highlight the wide range of matters confronting the CRTC on that occasion. The questions relating to Type B to D conduit, peculiar as they were and limited in their application to TELUS, appear as a small drop in this sea of difficult and controversial issues. It is against this background that the respondents allege that if Order 2000-13 did eliminate the distinct rates applicable to TELUS' Type B to D conduit, it did so either erroneously or by inadvertence. What was the effect of that Order? Was this effect intended or was it the result of an oversight?

Effect of Order CRTC 2000-13 regarding TELUS' Type A, B, C and D conduit

[24] The CRTC agreed with the appellant's interpretation of Order 2000-13, namely that the Order had the effect of approving the withdrawal of the distinct rates for Type A, B, C and D conduit and applying a uniform monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TELUS' conduits: see paragraph 38 of the Telecom Decision CRTC 2003-54. I think, however, that it is reasonable to infer that Order 2000-13 intended to deal solely with Type A conduit and establish a uniform rate applicable to this type of conduit alone. I agree with the

non récurrentes résultant d'une connexion non autorisée, d'une notification tardive, d'une recherche, d'une mise en train (frais engagés lorsqu'un travail est nécessaire pour que le surcroît de capacité devienne disponible) et d'une inspection, les tarifs mensuels pour charges récurrentes, la pose d'une conduite sur un bien-fonds privé, l'obligation de souscrire une police d'assurance de la responsabilité civile, les conditions de résiliation d'un accord ou d'un permis, la suppression d'une présence non autorisée dans les installations d'un licencié, le mécanisme proposé de règlement des différends, la survie des modalités du CSS après la résiliation du CSS, la renonciation aux conditions du CSS, le statut juridique des accords antérieurs au CSS, l'autonomie des dispositions du CSS si certaines d'entre elles sont déclarées invalides ou inexécutaires et, finalement, le champ des dispositions de confidentialité pour les renseignements concernant les licenciés et les entreprises.

[23] J'ai énuméré cette série de sujets pour faire ressortir la vaste gamme de points que devait alors décider le CRTC. Les questions relatives aux conduites des types B à D, vu leur caractère particulier et puisqu'elles ne concernent que TELUS, semblent une goutte d'eau dans cette mer de questions difficiles et controversées. C'est sur cette toile de fond que les intimés affirment que, si l'Ordonnance 2000-13 a bien éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D de TELUS, elle les a éliminés soit par erreur, soit par inadvertance. Quel était l'effet de cette ordonnance? Cet effet était-il voulu ou était-il le résultat d'une erreur?

Effet de l'Ordonnance 2000-13 concernant les conduites des types A, B, C et D de TELUS

[24] Le CRTC s'est rangé à l'interprétation donnée par l'appelante de l'Ordonnance 2000-13, c'est-à-dire qu'il reconnaît que l'ordonnance avait pour effet d'approuver le retrait des tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D et d'appliquer un tarif mensuel uniforme de 2,25 \$ les 30 mètres à toutes les conduites de TELUS: voir le paragraphe 38 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Je crois cependant qu'il est raisonnable de penser que l'Ordonnance 2000-13 était censée disposer uniquement des conduites de type A et établir un taux

respondents that Type B to D conduit “got caught” by Order 2000-13 either by mistake or inadvertence. The reasonableness of the inference stems from a number of facts.

[25] First, Stentor’s joint report maintained the distinct definitions and rates for Type A, B, C and D conduit, distinctions which were meant to reflect the embedded costs and the influence they had on the levels of rates.

[26] Second, Stentor was aware that TELUS’ request for the elimination of the distinct definitions and rates for its Type A, B, C and D conduit had been put on hold, an investigation of the matter had been found appropriate, additional information was needed and the issue was therefore still pending before the CRTC. This is why Stentor’s proposal in TN 485 for a uniform rate did not include Type B to D conduit which, of all carriers, TELUS was the only one to possess.

[27] Third, all carriers, including TELUS, had Type A conduit. It was, therefore, appropriate for the CRTC to include TELUS in its decision so as to make the uniform national rate accepted for Type A conduit applicable to the Type A conduit owned by TELUS.

[28] Fourth, the CRTC had already expressed its views that the uniform rate proposed by TELUS might not be appropriate, given the respondents’ strong opposition based on the fact that different costs were incurred by TELUS. One would have expected the CRTC to discuss and rule on the respondents’ position if it intended to eliminate the distinct definitions and rates for TELUS’ Type A, B, C and D conduit. Nowhere in Order 2000-13 is there any explanation or justification for the substantial change which occurred as a result of the following tersely worded paragraph:

The Commission approves the following TNs for withdrawal of support structure tariffs effective coincident with the date at

uniforme applicable à ce seul genre de conduites. Je reconnais avec les intimés que c’est par erreur ou par inadvertance que les conduites des types B à D se trouvent embrassées dans l’Ordonnance 2000-13. Plusieurs incidents donnent à penser que c’est là une déduction raisonnable.

[25] D’abord, le rapport conjoint de Stentor maintenait les définitions et tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D, distinctions qui étaient censées refléter les coûts intégrés et l’influence qu’ils avaient sur les niveaux des tarifs.

[26] Deuxièmement, Stentor savait que la requête de TELUS pour que soient éliminés les définitions et tarifs distincts applicables à ses conduites des types A, B, C et D avait été laissée en suspens, qu’un examen de l’affaire avait été jugé nécessaire, que des renseignements additionnels étaient requis et que la question était donc encore pendante devant le CRTC. C’est la raison pour laquelle la proposition de Stentor en faveur d’un tarif uniforme, dans l’AMT 485, ne faisait pas état des conduites des types B à D, conduites que TELUS était la seule à posséder parmi toutes les entreprises de télécommunications.

[27] Troisièmement, toutes les entreprises, y compris TELUS, avaient des conduites de type A. Il était donc légitime pour le CRTC d’inclure TELUS dans sa décision afin que le taux national uniforme accepté pour les conduites de type A soit applicable aux conduites de type A appartenant à TELUS.

[28] Quatrièmement, le CRTC avait déjà exprimé l’avis que le taux uniforme proposé par TELUS n’était peut-être pas justifié, étant donné la forte opposition des intimés fondée sur le fait que des coûts différents étaient engagés par TELUS. On se serait attendu à ce que le CRTC s’exprime et statue sur la position des intimés s’il entendait éliminer les définitions et tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D de TELUS. On ne trouve nulle part dans l’Ordonnance 2000-13 une explication ou une justification de l’importante modification qui résultait du bref paragraphe suivant:

Le Conseil approuve les AMT ci-après visant le retrait des structures de soutènement, à compter de la date d’entrée en

which the tariff pages issued pursuant to this order will come into effect:

Bell TN 6022

BC TEL TN 3637

NB Tel TN 647

MTS TN 278

[29] This fundamental change was effected by merely inserting BC TEL TN 3637 in the above list found at paragraph 21 of the Order. This is inconsistent with Telecom Decision CRTC 95-13 which made final the approval of rates for TELUS' Type B to D conduit and with Telecom Order CRTC 96-1484 which had deferred ruling on TELUS' request to eliminate distinct rates, indicating that further investigation was appropriate prior to making a decision on the request. The only paragraph which might suggest that the CRTC considered the question of Type B to D conduit is paragraph 16 of Order 2000-13 where the CRTC ruled that it was not premature to address the issues raised in the proposed tariffs and SSAs. However, this finding does not deal with the question of the distinct definitions and rates for Type B to D conduit because these types were left out of the tariffs and SSAs proposed by Stentor and by the other companies which did not have these types of conduit. I have no doubt that had the CRTC really intended to make a change of this nature and importance for conduit and telecommunications users, it would have provided some reasons for its decision.

[30] In the end, on the basis of the evidence in the record, I believe that it was not the CRTC's intent in its Order 2000-13 to eliminate the distinct definitions and rates for Type B to D conduit owned by the appellant and that this question "fell between the cracks" until the respondents realized the potential effect and impact of the Order and brought it to the attention of the CRTC. Whether the change brought about by Order 2000-13 to Type B to D conduit was the result of an error or an oversight does not really matter as we shall see below. I now turn to a summary of Telecom Decision CRTC 2003-54 and to an analysis of

vigueur des pages de tarif publiées conformément à la présente ordonnance:

AMT 6022 de Bell

AMT 3637 de BC TEL

AMT 647 de NB TEL

AMT 278 de MTS

[29] Cette modification fondamentale prenait effet par simple insertion de l'AMT 3637 de BC TEL dans la liste ci-dessus, qui figure au paragraphe 21 de l'Ordonnance. Elle est incompatible avec la Décision Télécom CRTC 95-13, qui approuvait à titre définitif les tarifs applicables aux conduites des types B à D de TELUS, et avec l'Ordonnance Télécom CRTC 96-1484, par laquelle le CRTC différait de statuer sur la demande faite par TELUS pour l'élimination des tarifs distincts, le CRTC précisant qu'un complément d'enquête était nécessaire avant qu'il ne statue sur la demande. Le seul paragraphe qui pourrait donner à entendre que le CRTC a examiné la question des conduites des types B à D est le paragraphe 16 de l'Ordonnance 2000-13, où le CRTC concluait qu'il n'était pas prématuré d'examiner les points soulevés dans les tarifs proposés et dans les CSS. Cependant, cette conclusion ne règle pas la question des définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D, parce que ces types ont été omis des tarifs et des CSS proposés par Stentor et par les autres entreprises qui n'avaient pas ces types de conduites. Je ne doute pas que, si le CRTC avait réellement voulu apporter un changement de cette nature et de cette importance pour les usagers des conduites et des télécommunications, il aurait exposé des motifs en ce sens dans sa décision.

[30] En fin de compte, eu égard à la preuve versée dans le dossier, je crois que le CRTC n'avait pas l'intention, dans son Ordonnance 2000-13, d'éliminer les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D appartenant à l'appelante, et que cette question «est passée à travers les mailles», jusqu'au jour où les intimés se sont rendu compte de l'effet possible de l'ordonnance et l'ont signalé au CRTC. Il n'importe guère, comme nous le verrons ci-après, de savoir si le changement apporté par l'Ordonnance 2000-13 aux conduites des types B à D a été le résultat d'une erreur ou d'un oubli. Je résumerai maintenant la Décision

that decision and of the parties' submissions.

Telecom Decision CRTC 2003-54

[31] In this decision, the CRTC reviews the history of the approval of different rates for Type A, B, C and D conduit owned by the appellant. It reiterates that, in Telecom Decision CRTC 95-13, it had noted the different rates for the appellant's various types of conduit and granted final approval for the rates that had been granted interim approval in 1994. It also underlines the fact that, in Telecom Order CRTC 96-1484, it put TELUS' request for a uniform rate as proposed in TN 3336 on hold until appropriate investigation could be made of the request in view of the different costs associated with Type B to D conduit: see paragraphs 6, 7 and 8 of the decision. It then proceeded to consider the appellant's objections to the Part VII application by Shaw and to the CCTA's intervention.

(a) The time frame for filing the application

[32] Notwithstanding the objection of the appellant, the CRTC was satisfied that there were exceptional circumstances in this case and valid reasons for the delay in filing the Part VII application which justified a derogation from its general policy that an application to vary or rescind, made pursuant to section 62 of the Act, should normally be brought within 6 months of the decision that the party seeks to have reviewed.

[33] Within 15 days of the release of Order 2000-13, Shaw had notified the CRTC of its concerns regarding the elimination of the distinction among types of conduit. It had also notified the appellant in May 2000 of these concerns. The CRTC had initiated discussions among the parties (in which it had participated), in an attempt to solve the problem, but these had proven unsuccessful and delayed the filing of the application.

Télécom CRTC 2003-54 et j'analyserai cette décision ainsi que les conclusions des parties.

La Décision Télécom CRTC 2003-54

[31] Dans cette décision, le CRTC passe en revue l'historique de l'approbation de divers tarifs pour les conduites des types A, B, C et D appartenant à l'appelante. Il réaffirme que, dans sa Décision Télécom CRTC 95-13, il avait noté les différents tarifs applicables aux divers types de conduites de l'appelante et avait donné son approbation finale pour les tarifs qui avaient été approuvés à titre provisoire en 1994. Le CRTC souligne aussi le fait que, dans son Ordonnance Télécom CRTC 96-1484, il avait laissé en suspens la demande présentée par TELUS pour l'adoption d'un tarif uniforme selon ce que proposait l'AMT 3336, et cela jusqu'à un examen en règle de la demande, compte tenu des divers coûts afférents aux conduites des types B à D: voir les paragraphes 6, 7 et 8 de la décision. Le CRTC avait ensuite examiné les objections de l'appelante à la demande de Shaw déposée en vertu de la partie VII, et à l'intervention de l'ACTC.

a) Le délai de dépôt de la demande

[32] Nonobstant l'objection de l'appelante, le CRTC était d'avis qu'il existait dans ce cas des circonstances exceptionnelles et des raisons valides expliquant le retard de Shaw à déposer sa demande selon la partie VII, raisons qui justifiaient une entorse à la politique générale du CRTC selon laquelle une demande de modification ou d'annulation présentée conformément à l'article 62 de la Loi doit normalement être déposée dans un délai de six mois suivant la décision dont la partie concernée sollicite la révision.

[33] Dans les 15 jours qui avaient suivi la publication de l'Ordonnance 2000-13, Shaw avait informé le CRTC de ses doutes concernant l'élimination de la distinction entre les types de conduites. Shaw avait aussi notifié ses doutes à l'appelante en mai 2000. Le CRTC avait engagé des pourparlers entre les parties (pourparlers auxquels il avait participé), afin de régler le problème, mais ces pourparlers s'étaient révélés vains et avaient retardé le dépôt de la demande.

(b) The existence of substantial doubt as to the correctness of approving the withdrawal of distinct rates for Type A, B, C and D conduit

[34] In the Telecom Public Notice CRTC 98-6 [*Guidelines for Review and Vary Applications*] that it gave, the CRTC indicated that it would exercise its jurisdiction, pursuant to section 62 of the Act, to review and vary its Order 2000-13 if there was substantial doubt as to the correctness of that Order. After a review of its earlier decisions and proceedings regarding this matter, it concluded that such doubt had been established and that it was appropriate to vary Order 2000-13 as far as Type B to D conduit was concerned.

[35] In support of its decision to vary its earlier Order, the CRTC relied on the following facts: it was not satisfied that costs were no longer a material consideration with respect to the appropriate rates for Type B to D conduit, neither Stentor nor TELUS, as specifically requested, had provided any new evidence or argument in favour of the elimination of the distinctions between these types of conduit and there was, with respect to this issue, no evidence on the record of the proceeding leading to Order 2000-13. It also took into account the fact that no prejudice would result to the appellant if Order 2000-13 were varied because the rates authorized by that Order had never been implemented by the appellant. Conversely, Shaw, Delta and Coast would be subject to substantial increases in their operating costs if the uniform rates authorized by Order 2000-13 were implemented. In these circumstances, especially in view of a lack of information and evidence justifying the elimination of the definitions and distinct rates for the appellant's Type B to D conduit, it was never demonstrated that the uniform rate would be "just and reasonable" as required by section 27 of the Act:

27. (1) Every rate charged by a Canadian carrier for a telecommunications service shall be just and reasonable.

(2) No Canadian carrier shall, in relation to the provision of a telecommunications service or the charging of a rate for it, unjustly discriminate or give an undue or unreasonable

(b) L'existence d'un doute sérieux sur la justesse de l'approbation du retrait de tarifs distincts applicables aux conduites des types A, B, C et D

[34] Dans l'Avis public Télécom CRTC 98-6 [*Lignes directrices relatives aux demandes de révision et de modification*] qu'il avait donné, le CRTC indiquait qu'il exercerait, en application de l'article 62 de la Loi, son pouvoir de réviser et de modifier son ordonnance 2000-13 s'il y avait un doute sérieux sur la justesse de cette ordonnance. Après examen de ses décisions et procédures antérieures concernant cette affaire, il est arrivé à la conclusion qu'il y avait lieu de concevoir un tel doute et qu'il était nécessaire de modifier l'Ordonnance 2000-13 visant les conduites des types B à D.

[35] Au soutien de sa décision de modifier son ordonnance antérieure, le CRTC s'est fondé sur les faits suivants: il n'était pas persuadé que les coûts n'étaient plus un facteur déterminant pour les tarifs devant s'appliquer aux conduites des types B à D; ni Stentor ni TELUS, qui en avaient été expressément requises, n'avaient apporté des preuves nouvelles ou des arguments nouveaux militant en faveur de l'élimination des distinctions entre ces types de conduites; et, s'agissant de cet aspect, le dossier ne faisait nulle part état de l'instance qui avait mené à l'Ordonnance 2000-13. Le CRTC tenait compte également de ce qu'aucun préjudice ne serait causé à l'appelante si l'Ordonnance 2000-13 était modifiée, puisque les tarifs autorisés par cette ordonnance n'avaient jamais été appliqués par l'appelante. En revanche, Shaw, Delta et Coast allaient subir d'importantes augmentations de leurs frais d'exploitation si les tarifs uniformes autorisés par l'Ordonnance 2000-13 étaient appliqués. Dans ces conditions, et surtout compte tenu de l'absence d'informations et de preuves justifiant l'élimination des définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D de l'appelante, il n'avait jamais été prouvé que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable», au sens de l'article 27 de la Loi:

27. (1) Tous les tarifs doivent être justes et raisonnables.

(2) Il est interdit à l'entreprise canadienne, en ce qui concerne soit la fourniture de services de télécommunication, soit l'imposition ou la perception des tarifs y afférents,

preference toward any person, including itself, or subject any person to an undue or unreasonable disadvantage.

(3) The Commission may determine in any case, as a question of fact, whether a Canadian carrier has complied with section 25, this section or section 29, or with any decision made under section 24, 25, 29, 34 or 40.

[36] I reproduce key paragraphs (45-49, 53) of the decision leading to the CRTC's conclusion as well as paragraph 54 which contains that conclusion:

In Order 96-1484 the Commission indicated it was not satisfied by BC TEL's argument that costs were no longer a material consideration with respect to the appropriate rates for Type B, C and D conduit, and determined that it would be appropriate to investigate the demand for Type B, C and D conduit and the specific circumstances under which Type was provisioned, before considering the company's request that there be a uniform rate for all of its conduit.

The Commission notes that Stentor, in asking the Commission to bring the issue of rates for BC TEL's B, C and D conduit into the scope of the proceeding to consider TN 485, did not provide any new evidence or argument in favour of the elimination of the various types of conduit. Moreover, although the Commission had determined that, in considering the appropriate rates for Type B, C and D conduit, it would be appropriate to investigate the demand and the specific provisioning circumstances for each type, neither Stentor nor BC TEL provided any such information, nor did it form part of the record of the proceeding leading to Order 2000-13. The distinct rates for Type B, C and D conduit were thus withdrawn in the absence of evidence that the demand for these facilities and the circumstances of their provisioning were sufficiently similar to those for Type A conduit to justify a uniform rate.

The Commission finds that, in the absence of this information, it has never been demonstrated that a rate of \$2.25 for Type B, C and D conduit is just and reasonable as required by section 27 of the Act. The Commission concludes that, in the circumstances, there is substantial doubt as to the correctness of its approval of the withdrawal of the distinct rates for Type B, C and D conduit and the approval of a uniform monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all types of TCI's conduit.

The Commission notes that, based on information provided by parties to this proceeding, the withdrawal of the distinct rates for Type B, C and D conduit would significantly impact

d'établir une discrimination injuste, ou d'accorder—y compris envers elle-même—une préférence induue ou déraisonnable, ou encore de faire subir un désavantage de même nature.

(3) Le Conseil peut déterminer, comme question de fait, si l'entreprise canadienne s'est ou non conformée aux dispositions du présent article ou des articles 25 ou 29 ou à toute décision prise au titre des articles 24, 25, 29, 34 ou 40.

[36] Je reproduis les paragraphes clés de la décision (45 à 49, 53) qui a mené à la conclusion du CRTC, ainsi que le paragraphe 54, qui renferme cette conclusion:

Dans l'ordonnance 96-1484, le Conseil a indiqué qu'il n'était pas convaincu par l'argument de BC TEL selon lequel les coûts n'étaient plus un facteur important dans l'établissement des tarifs appropriés applicables aux conduites de type B, C et D et il a conclu qu'il convenait d'examiner la demande pour les conduites de type B, C et D et les circonstances particulières dans lesquelles chaque type était fourni avant de se pencher sur la demande de la compagnie visant un tarif uniforme pour toutes ses conduites.

Le Conseil fait remarquer qu'en lui demandant d'inclure la question des tarifs applicables aux conduites de type B, C et D de BC TEL dans l'instance visant à étudier l'AMT 485, Stentor n'a pas présenté de nouveaux éléments de preuve ou d'arguments en faveur de la suppression de la classification des divers types de conduites. De plus, même si le Conseil avait établi qu'en considérant les tarifs appropriés pour les conduites de type B, C et D, il y aurait lieu d'examiner la demande de même que les circonstances particulières entourant la fourniture de chaque type, ni Stentor ni BC TEL n'ont fourni ces renseignements, pas plus qu'ils ne faisaient partie du dossier de l'instance qui a mené à l'ordonnance 2000-13. Les tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D ont ainsi été retirés en l'absence de preuve que la demande pour ces installations et les circonstances entourant la fourniture ressemblaient suffisamment à celles des conduites de type A pour justifier un tarif uniforme.

Le Conseil conclut qu'en l'absence de cette information, il n'a jamais été démontré qu'un tarif de 2,25 \$ applicable aux conduites de type B, C et D est juste et raisonnable, comme l'exige l'article 27 de la Loi. Le Conseil conclut que dans les circonstances, il existe un doute réel quant à la rectitude de son approbation du retrait des tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D et de l'approbation d'un tarif mensuel uniforme de 2,25 \$ par 30 mètres pour tous les types de conduites de TCI.

Le Conseil fait remarquer qu'à partir de l'information présentée par les parties à cette instance, le retrait des tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D aurait une

the cost of operations of the users of these facilities. Based on the 25 September 2001 TCI invoice filed by Shaw in this proceeding, the Commission estimates that a monthly rate of \$2.25 per 30 metres for Type B, C and D conduit would increase Shaw's operating costs by approximately \$1 million per year. Such a rate would likely increase the combined operating costs of Delta Cable and Coast Cable by approximately \$66,000.00 per year. The Commission considers that the corresponding increase in the revenues TCI received would result from charging a rate that is not just and reasonable. It would appear from the record of this proceeding that TCI has not in fact been collecting the increased amounts.

The Commission concludes that, in these circumstances, it is appropriate to vary its original decision insofar as Type B, C and D conduit is concerned.

...

While the Commission remains of the view, set out in Order 2001-137 that "as a matter of regulatory policy rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment", it also considers that there are circumstances where to fail to make an exception would be to cause an injustice to an applicant. The Commission considers that such circumstances are present in this case. While the Commission also remains concerned about the uncertainty that retroactive rate adjustments can cause to carriers, this concern is attenuated in the present case by the fact that it was brought to TCI's attention in May 2000 that the rates for Type B, C and D conduit were at issue.

Accordingly, the Commission varies that part of Order 2000-13 in which it approved the proposal in TN 3637 to eliminate the definitions and distinct rates for TCI's Type A, B, C and D conduit and introduce a uniform definition and monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TCI's conduit, so as to restore the definitions and distinct rates that were in place prior to that decision. The Commission **directs** TCI to issue forthwith revised tariff pages, reinstating the definitions and the rates for Type A, B, C and D conduit in its serving area in British Columbia given final approval in Decision 95-13, effective 17 February 2000. [Emphasis added.]

Analysis of the decision under appeal and of the submissions of the parties

[37] I shall address first the appellant's argument that the CRTC had no jurisdiction to vary final rates

incidence importante sur les coûts d'exploitation des utilisateurs de ces installations. D'après la facture de TCI du 25 septembre 2001 déposée par Shaw dans cette instance, le Conseil estime qu'un tarif mensuel de 2,25 \$ par 30 mètres pour les conduites de type B, C et D ferait augmenter les coûts d'exploitation de Shaw d'environ 1 million de dollars par année. Pareil tarif ferait probablement augmenter les coûts d'exploitation combinés de Delta Cable et de Coast Cable d'environ 66,000 \$ par année. Le Conseil estime que les hausses correspondantes de revenus de TCI découleraient de l'imposition d'un tarif qui n'est ni juste ni raisonnable. Le dossier de l'instance semble indiquer que TCI ne perçoit pas en fait les montants majorés.

Le Conseil conclut que, dans les circonstances, il y a lieu de modifier sa décision initiale dans la mesure où elle se rapporte aux conduites de type B, C et D.

[...]

Même si le Conseil demeure de l'avis, exposé dans l'ordonnance 2001-137, que «dans l'esprit de la politique de réglementation, les tarifs approuvés de façon définitive ne devraient pas normalement faire l'objet de rajustement», il juge également qu'il y a des circonstances où ne pas faire d'exception constituerait une injustice pour une requérante. Le Conseil estime que ces circonstances sont présentes dans ce cas-ci. Le Conseil demeure préoccupé par l'incertitude que des rajustements tarifaires rétroactifs peuvent susciter chez les entreprises, mais cette inquiétude est apaisée dans le cas présent par le fait qu'il a été porté à l'attention de TCI en mai 2000 que les tarifs applicables aux conduites de type B, C et D étaient remis en question.

Par conséquent, le Conseil modifie la partie de l'ordonnance 2000-13 dans laquelle il a approuvé la proposition, dans l'AMT 3637, de supprimer les définitions et les tarifs distincts des conduites de type A, B, C et D de TCI et d'introduire une définition uniforme et un tarif mensuel de 2,25 \$ par 30 mètres pour toutes les conduites de TCI, de manière à rétablir les définitions et les tarifs distincts en place avant cette décision. Le Conseil **ordonne** à TCI de publier immédiatement des pages de tarif révisées, rétablissant les définitions et les tarifs des conduites de type A, B, C et D dans son territoire de desserte en Colombie-Britannique, compte tenu de l'approbation définitive dans la décision 95-13, en vigueur à compter du 17 février 2000. [C'est moi qui souligne.]

Analyse de la décision dont appel est interjeté, et des conclusions des parties

[37] J'examinerai d'abord l'argument de l'appelante, qui affirme que le CRTC n'avait pas le pouvoir, selon

retroactively or retrospectively under section 62 of the Act.

Whether the CRTC retroactively or retrospectively varied final rates under section 62 of the Act

[38] I should state at the outset that the parties agree that the standard of review applicable to the determination of this issue is that of correctness.

[39] The appellant contends that, in the context of a positive approval scheme of tariffs and rates, the CRTC has no jurisdiction under section 62 to vary rates which have received final approval, let alone to vary them retroactively, as it did in the present instance, by making its decision effective February 17, 2000. In support of its contention, it cites the decision of the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. I do not think that this decision carries the particular weight that the appellant attributes to it. The decision stands for the proposition that interim rates can be varied retroactively or retrospectively. For reasons that will become clear, I do not think that this case is of much assistance to the appellant.

[40] With respect, I believe the appellant misapprehends and therefore misstates what legally occurred in the case at bar in Telecom Decision CRTC 2003-54. The CRTC did not retroactively or retrospectively set rates as the appellant contends. Rather, it varied its decision by setting aside that part of its decision which was rendered in the absence of any evidence to support it and, therefore, in excess of jurisdiction and in violation of the fundamental duties imposed upon it by the Act. The effect, as it appears from paragraph 54 of its decision, was simply to restore the *status quo ante* which the invalid decision had altered. There was no setting of rates in Telecom Decision CRTC 2003-54.

[41] In *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at pages 15-14 and 15-15, Brown and Evans describe the acceptance of “absence of evidence” as an independent ground of review of administrative action

l'article 62 de la Loi, de modifier rétroactivement des tarifs définitifs.

Le CRTC a-t-il modifié rétroactivement des tarifs définitifs en s'autorisant de l'article 62 de la Loi?

[38] Je dirai d'abord que les parties reconnaissent toutes que la norme de contrôle qu'il faut appliquer pour décider ce point est celle de la décision correcte.

[39] L'appelante affirme que, dans le contexte d'un régime formel d'approbation de tarifs et de taux, le CRTC n'a pas le pouvoir, selon l'article 62, de modifier des tarifs qui ont reçu une approbation finale, encore moins de les modifier rétroactivement, comme il l'a fait ici, en donnant effet à sa décision au 17 février 2000. Au soutien de son affirmation, l'appelante invoque l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722. Je ne crois pas que ce précédent revête l'importance particulière que l'appelante lui attribue. Il énonce le principe selon lequel des taux provisoires peuvent être modifiés rétroactivement. Pour des raisons qui apparaîtront clairement, je ne crois pas que ce précédent soit d'un grand secours pour l'appelante.

[40] Je crois que l'appelante se méprend ici sur la nature juridique de la Décision Télécom CRTC 2003-54 et qu'elle en fait donc un rapport inexact. Le CRTC n'a pas rétroactivement fixé des tarifs, ainsi que le prétend l'appelante. Il a plutôt modifié sa décision en annulant la partie de sa décision qui avait été rendue en l'absence d'éléments de preuve de nature à l'appuyer, et qui constituait ainsi un excès de pouvoir et un manquement aux obligations fondamentales que lui imposait la Loi. L'effet de la décision tel qu'il ressort de son paragraphe 54, a été simplement de rétablir le statu quo que la décision invalide avait modifié. La Décision Télécom CRTC 2003-54 n'établissait pas de tarifs.

[41] Dans leur ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto, Canvasback Publishing, 1998), aux pages 15-14 et 15-15, Brown et Evans décrivent l'acceptation d'une «absence de preuves» comme un motif autonome

akin to a jurisdictional error. Under the heading “‘No Evidence’ as Jurisdictional Error”, they write:

For nearly 60 years, it was generally accepted that an adjudicative tribunal did not exceed its statutory authority merely by basing its decision on a finding of fact that was unsupported by any evidence, unless the fact in question was “jurisdictional” in nature. Since the late 1970s, however, the courts have quietly abandoned this restrictive approach, and have elevated “no evidence” to an independent ground of review with the essential characteristics of jurisdictional error. That is, it can be proved by evidence extraneous to the tribunal’s record, and judicial review is not subject to ouster by a preclusive clause.

In the case that marked the most decisive rejection of the earlier law, a decision of a labour arbitrator was held to be invalid on the ground that arbitrators have no jurisdiction to base their awards on findings of fact that are supported by “no evidence”. Moreover, the court admitted evidence not in the tribunal’s record to establish the error. And subsequently, the Supreme Court of Canada affirmed that decisions may be quashed for “no evidence”, despite the presence of a preclusive clause.

[42] A decision rendered in the absence of evidence, like a decision rendered without jurisdiction, is a nullity and reviewable as arbitrary. In *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell et al.*, [1980] 1 S.C.R. 245, at page 277, Estey J., dissenting on another point, asserted that arbitrary conduct, absence of evidence and refusal to discharge a function were jurisdictional errors which transcended the classification of errors in law on the face of the record:

Unfairness, the adoption of procedures contrary to natural justice, arbitrary conduct, refusal to discharge their function, fraud and bias in law, are all matters that transcend the classification of error in law on the face of the record. They are all jurisdictional in the fundamental sense of that term, and hence are reviewable through *certiorari* or its equivalent, with or without a privative clause. Such errors of law are not the same as but are equatable to the jurisdictional error which may arise from wrongful conclusions in statutory interpretation as in the *Jarvis* case, *supra*. Similarly, a decision without any evidence whatever in support is reviewable as being arbitrary;

de contrôle des décisions administratives qui s’apparente à une erreur de compétence. Sous la rubrique [TRADUCTION] «L’absence de preuves en tant qu’erreur de compétence», ils écrivent ce qui suit:

[TRADUCTION] Depuis près de 60 ans, il est généralement admis qu’un tribunal administratif n’exécède pas son pouvoir légal simplement parce qu’il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n’est pas appuyée par la preuve, à moins que le fait en question ne se rapporte foncièrement à sa «compétence». Depuis la fin des années 70, cependant, les cours de justice ont discrètement abandonné cette approche restrictive et ont élevé «l’absence de preuves» au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l’erreur de compétence. Plus exactement, l’absence de preuves peut être démontrée par des faits qui sont sans rapport avec le dossier du tribunal, et le contrôle judiciaire ne saurait être empêché par une clause d’exclusion.

Dans le précédent qui caractérise le rejet le plus catégorique de la règle antérieure, la décision d’un arbitre du travail a été jugée invalide, au motif que les arbitres n’ont pas compétence pour fonder leurs sentences sur des conclusions de fait qui sont appuyées par une «absence de preuves». Par ailleurs, la cour a déclaré aptes à établir l’erreur des éléments de preuve qui ne figuraient pas dans le dossier du tribunal. Et par la suite, la Cour suprême du Canada a confirmé que des décisions peuvent être annulées pour «absence de preuves», et cela malgré la présence d’une clause d’exclusion.

[42] Une décision rendue en l’absence de preuves, tout comme une décision qui constitue un excès de pouvoir, est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire. Dans l’arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell et autres*, [1980] 1 R.C.S. 245, à la page 277, le juge Estey, dissident sur un autre point, avait écrit que la conduite arbitraire, l’absence de preuves et le refus de s’acquitter d’une fonction constituaient des erreurs de compétence qui transcendaient la classification des erreurs de droit au vu du dossier:

L’injustice, l’adoption de procédures contraires à la justice naturelle, une conduite arbitraire, le refus d’exercer ses fonctions, la fraude et la partialité constituent des motifs juridiques qui transcendent l’erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Il s’agit là d’excès de compétence dans le sens fondamental du terme et ces erreurs sont susceptibles de révision par voie de *certiorari* ou de recours semblable, qu’il y ait ou non une clause privative. Ces erreurs de droit ne sont pas identiques aux excès de compétence qui découlent de l’interprétation erronée d’une loi, comme dans l’affaire *Jarvis*, précitée, mais on peut les y assimiler. De la même façon, une

but on the other hand, insufficiency of evidence in the sense of appellate review is not jurisdictional. [Emphasis added.]

[43] In *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects conducted a hearing to review the practices of a firm of architects which had gone bankrupt. However, it issued findings and orders relating to disciplinary matters which were *ultra vires* the powers of the Board and quashed by the Court of Appeal [(1985), 67 A.R. 255]. Being mistaken as to the scope of its powers, the Board failed to consider making recommendations to the Council of the Alberta Association of Architects as it had the duty to do pursuant to paragraph 39(3) of the *Architects Act* [R.S.A. 1980, c. A-44.1].

[44] A month after the decision of the Court of Appeal, the Board gave notice to the parties that it intended to resume the original hearing in order to make recommendations to the Council. An application for prohibition was brought against the Board. The failure of the Board to consider matters which were part of its statutory duty, along with its power to continue the hearing, became the central issues before the courts. Unlike in the case at bar, the *Architects Act* did not confer on the Board any power to rescind, vary, amend or reconsider a final decision. Yet, at page 862, Sopinka J. found for the majority of the Supreme Court that the Board had the power and the obligation to fulfill its statutory duty:

Furthermore, it the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. . . .

In this appeal we are concerned with the failure of the Board to dispose of the matter before it in a manner permitted by the *Architects Act*. The Board intended to make a final disposition but that disposition is a nullity. It amounts to no disposition at all in law. Traditionally, a tribunal, which makes a determination which is a nullity, has been permitted to

décision qui ne serait étayée par aucune preuve pourrait être révisée parce qu'elle est arbitraire; cependant, l'insuffisance de la preuve au sens donné à cette expression en matière d'appel ne comporte pas un excès de compétence. [C'est moi qui souligne.]

[43] Dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, la Commission de révision des pratiques de l'Association des architectes de l'Alberta avait mené une enquête afin de revoir les pratiques d'un cabinet d'architectes qui avait déclaré faillite. Cependant, elle avait émis des conclusions et des ordonnances en matière disciplinaire qui dépassaient ses pouvoirs et qui furent annulées par la Cour d'appel [(1985), 67 A.R. 255]. S'étant méprise sur le champ de ses pouvoirs, la Commission n'avait pas songé à présenter des recommandations au Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta comme elle avait l'obligation de le faire en application du paragraphe 39(3) du *Architects Act* [R.S.A. 1980, ch. A-44.1].

[44] Un mois après l'arrêt de la Cour d'appel, la Commission avait informé les parties qu'elle entendait reprendre l'enquête initiale afin de présenter des recommandations au Conseil. Une demande de prohibition fut présentée à l'encontre du Conseil. Les points essentiels soumis aux tribunaux concernaient dès lors le fait que la Commission n'avait pas tenu compte d'aspects qui faisaient partie de ses obligations publiques, et son pouvoir de continuer l'enquête. Contrairement à la présente affaire, le *Architects Act* de l'Alberta ne conférait à la Commission aucun pouvoir d'annuler, de modifier ou de revoir une décision finale. Or, aux pages 862 et 863, le juge Sopinka, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour suprême, avait conclu que la Commission avait le pouvoir et l'obligation de s'acquitter de son obligation publique:

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. [. . .]

Dans l'affaire qui nous intéresse, la Commission n'a pas statué sur la question dont elle était saisie d'une manière permise par l'Architects Act. La Commission a voulu rendre une décision définitive, mais cette décision est nulle de nullité absolue, ce qui équivaut en droit à une absence totale de décision. Traditionnellement, le tribunal dont la décision est

reconsider the matter afresh and render a valid decision. [Emphasis added.]

[45] The Supreme Court's approach was followed by the High Court of Australia in *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117, although some judges expressed different views on whether the impugned decision was of no effect at all or produced some effect until quashed or set aside. At pages 129 and 130, Gaudron and Gummow JJ., with whom McHugh J. agreed, wrote:

There is, in our view, no reason in principle why the general law should treat administrative decisions involving jurisdictional error as binding or having legal effect unless and until set aside. A decision that involves jurisdictional error is a decision that lacks legal foundation and is properly regarded, in law, as no decision at all.

...

In our view, logic and legal principle both direct the conclusion that the approach of the Supreme Court of Canada is correct. As already pointed out, a decision involving jurisdictional error has no legal foundation and is properly to be regarded, in law, as no decision at all. Once that is accepted, it follows that, if the duty of the decision-maker is to make a decision with respect to a person's rights but, because of jurisdictional error, he or she proceeds to make what is, in law, no decision at all, then, in law, the duty to make a decision remains unperformed. Thus, not only is there no legal impediment under the general law to a decision-maker making such a decision but, as a matter of strict legal principle, he or she is required to do so. [Emphasis added.]

[46] Both the *Chandler* and *Bhardwaj* decisions recognize that many administrative decision makers possess implied powers of reconsideration to the extent that such powers are "needed 'to enable the tribunal to discharge the function committed to it by [the] enabling legislation'": see Brown and Evans, at page 12-109. In the present instance, not only is the power to reconsider implied, it is expressly conferred on the CRTC by section 62 of its enabling legislation.

nulle a été autorisé à réexaminer la question dans son entier et à prononcer une décision valide. [C'est moi qui souligne.]

[45] L'approche adoptée par la Cour suprême a été suivie par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117, encore que certains juges eussent exprimé des vues divergentes sur le point de savoir si la décision contestée était dépourvue d'effets ou si elle produisait certains effets jusqu'à son annulation. Aux pages 129 et 130, les juges Gaudron et Gummow, à l'avis desquels a souscrit le juge McHugh, écrivaient ce qui suit:

[TRADUCTION] Il n'existe à notre avis aucune raison de principe pour laquelle le droit en général devrait considérer les décisions administratives comportant une erreur de compétence comme des décisions contraignantes ou ayant un effet juridique tant qu'elles ne sont pas cassées. Une décision qui comporte une erreur de compétence est une décision qui n'a aucun fondement juridique et qui, à juste titre, est considérée en droit comme une absence totale de décision.

[. . .]

À notre avis, la raison et le droit commandent tous deux de conclure que la démarche adoptée par la Cour suprême du Canada est correcte. Comme nous l'avons dit plus haut, une décision qui comporte une erreur de compétence n'a aucun fondement juridique et elle est à juste titre considérée en droit comme une absence totale de décision. Une fois ce principe accepté, il s'ensuit que, si l'obligation du décideur est de rendre une décision portant sur les droits d'une personne, mais que, en raison d'une erreur de compétence, il rend finalement ce qui, en droit, équivaut à une absence totale de décision, alors l'obligation de rendre une décision reste inaccomplie. Ainsi, non seulement n'y a-t-il aucun obstacle juridique, selon les règles générales du droit, à ce qu'un décideur rende une telle décision, mais encore, sur le strict plan du droit, il est tenu de le faire. [C'est moi qui souligne.]

[46] Les arrêts *Chandler* et *Bhardwaj* reconnaissent tous deux que de nombreux décideurs administratifs possèdent un pouvoir implicite de réexamen, dans la mesure où ce pouvoir est [TRADUCTION] «nécessaire pour permettre au tribunal de s'acquitter des fonctions que lui confère la Loi habilitante»: voir Brown et Evans, précités, à la page 12-109. Dans la présente affaire, non seulement le pouvoir d'examen est implicite, mais encore il est expressément conféré au CRTC par l'article 62 de sa loi habilitante.

[47] Furthermore, section 27 of the Act, previously cited, requires, as indicated by the use of the word “shall”, that rates charged by a Canadian carrier be “just and reasonable”. It is the function and duty of the CRTC to ensure that that obligation, imposed upon Canadian carriers, is met at all times. In the *Bell Canada* case, Gonthier J. wrote for a unanimous Court at page 1740:

It is obvious from the legislative scheme set out in the *Railway Act* and the *National Transportation Act* that the appellant has been given broad powers for the purpose of ensuring that telephone rates and tariffs are, at all times, just and reasonable. The appellant may revise rates at any time, either of its own motion or in the context of an application made by an interested party. The appellant is not even bound by the relief sought by such applications and may make any order related thereto provided that the parties have received adequate notice of the issues to be dealt with at the hearing.

In this regard, section 47, hereinafter reproduced, is mandatory. It requires the CRTC to exercise its powers and perform its duties under the Act and any special Act “with a view to . . . ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27”, that is to say services and charge rates that are just and reasonable:

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

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

[48] There is no doubt that the CRTC has jurisdiction, when so requested by an aggrieved party, to entertain an allegation that, as a result of an earlier decision, services and charge rates have become unjust and unreasonable. There is also no doubt in my respectful view that it has implied as well as express powers to recognize and acknowledge that a previous decision, in whole or in part, is a nullity and proceed to take appropriate corrective measures. Indeed, the legislative scheme governing the CRTC imposes upon it a duty to do so and confers to it broad powers to allow it to fulfill that duty.

[47] Par ailleurs, l'article 27 de la Loi, précédemment cité, requiert, comme l'indique l'emploi du mot «doivent», que les tarifs demandés par une entreprise canadienne de télécommunications soient «justes et raisonnables». Il appartient au CRTC de s'assurer que les entreprises canadiennes de télécommunications s'acquittent toujours de cette obligation qui leur est imposée. Dans l'arrêt *Bell Canada*, le juge Gonthier, rédigeant l'arrêt unanime de la Cour, écrivait, à la page 1740:

Il ressort clairement de l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* et de la *Loi sur les transports nationaux* que l'appellant s'est vu conférer de vastes pouvoirs afin de garantir que les taux et tarifs de téléphone soient justes et raisonnables en tout temps. L'appellant peut réviser les taux de son propre chef ou à la demande d'une partie intéressée. L'appellant n'est même pas lié par le redressement demandé et peut rendre toute ordonnance s'y rapportant pourvu que les parties aient reçu un avis suffisant des questions à traiter à l'audience.

Sur ce point, l'article 47, reproduit ci-après, est une disposition impérative. Il oblige le CRTC à exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la Loi et toute loi spéciale «de manière à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27», c'est-à-dire pour faire en sorte que les services et les tarifs soient justes et raisonnables:

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

[48] Il ne fait aucun doute que le CRTC a compétence, lorsqu'une partie lésée lui en fait la demande, pour examiner une allégation selon laquelle, en conséquence d'une décision antérieure, des services et tarifs sont devenus injustes et déraisonnables. À mon humble avis, il ne fait aucun doute non plus qu'il a le pouvoir, implicitement, sinon expressément, de reconnaître qu'une décision antérieure est nulle, en totalité ou en partie, et de prendre les mesures correctives qui s'imposent. Le régime législatif qui régit le CRTC lui impose même l'obligation de le faire et lui confère de larges pouvoirs pour lui permettre de s'acquitter de cette obligation.

[49] I have already mentioned the duties imposed on the CRTC by sections 27 and 47 as well as the power accorded to it in section 62 to rescind or vary its decisions. In order to ensure that services and charge rates are just and reasonable, paragraphs 32(d), (e) and (f) give the CRTC a broad discretionary power to suspend or disallow any portion of a tariff that is, in its opinion, inconsistent with section 27. It can, as a corrective measure, substitute or require a Canadian carrier to substitute other provisions for those disallowed, or require such carrier to file another tariff or another portion of it, in substitution for a suspended or disallowed tariff. Paragraph 32(g) gives the CRTC a residual power, in the absence of any applicable provision in Part I, to determine any matter and make any order relating to the rates, tariffs or telecommunications services of Canadian carriers. In this context, it is difficult to envisage a broader power than the one given to ensure that rates are just and reasonable at all times.

[50] These duties and powers provided in the Act are consistent with, and designed to implement, the legislative objectives found, for example, in paragraphs 7(b), (c) and (h) of the Act:

7. . . .

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

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

. . .

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

Rates that are unjust and unreasonable compromise the accessibility of Canadians to affordable telecommunications services and are not responsive to the economic requirements of the users of these services.

[51] In conclusion, the CRTC simply acknowledged or recognized the nullity of part of its Order 2000-13

[49] J'ai déjà mentionné les obligations imposées au CRTC par les articles 27 et 47, ainsi que le pouvoir qui lui est conféré par l'article 62 d'annuler ou de modifier ses décisions. Pour que les services et les tarifs soient justes et raisonnables, les alinéas 32d), e) et f) donnent au CRTC un large pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser l'application d'une tarification, en totalité ou en partie, s'il la juge incompatible avec l'article 27. Il peut, à titre de mesure corrective, substituer, ou obliger une entreprise canadienne à substituer, d'autres aménagements à ceux qui sont refusés, ou obliger ladite entreprise à déposer un autre tarif ou une autre partie de ce tarif, en remplacement d'un tarif suspendu ou refusé. L'alinéa 32g) donne au CRTC, en l'absence d'une disposition applicable figurant dans la partie I, le pouvoir résiduaire de trancher toute question et de rendre toute ordonnance touchant les tarifs et tarifications des entreprises canadiennes ou les services de télécommunications qu'elles fournissent. Dans ce contexte, il est difficile d'imaginer un pouvoir plus étendu que celui qui est conféré pour garantir en permanence des tarifs justes et raisonnables.

[50] Les attributions conférées par la Loi sont adaptées, et sont conçues pour donner effet, aux objectifs énumérés par exemple dans les alinéas 7b), c) et h) de la Loi:

7. [. . .]

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

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

[. . .]

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

Les tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l'accessibilité de la population à des services de télécommunications abordables et ne satisfont pas les exigences économiques des usagers de ces services.

[51] En conclusion, le CRTC a simplement reconnu ou admis la nullité d'une partie de son Ordonnance

which, in relation to TELUS' Type B to D conduit, "amounted to no disposition at all in law": see *Chandler v. Alberta Association of Architects*. This acknowledgment had the effect of dissipating doubts as to the applicability of the 1995 final definitions and rates from 1995 to the present because there was no disposition in law modifying them: see paragraph 54 of Telecom Decision CRTC 2003-54. Consistent with that effect, paragraph 55 of that decision directs TELUS to provide the necessary justification for the rate levels that it proposes if it wants to change the rates applicable to Type B to D conduit. In my view, not only was the decision legal and reasonable, it was necessary to insure that the rates for TELUS' Type B to D conduit be just and reasonable.

Whether section 62 of the Act allows the CRTC to vary final rates retroactively or retrospectively

[52] In view of my conclusion that the CRTC, in revisiting Order 2000-13, was not engaged in an exercise of retroactive or retrospective rate setting, there is no need to address this issue.

Whether, as contended, the CRTC breached the rules of procedural fairness by not permitting the appellant to make full and appropriate submissions on the issue of retroactivity

[53] The record before us shows that the appellant, in its submission to the CRTC in response to Shaw's application, argued the issue of retroactivity and retrospectivity. It cited the *Bell Canada* decision from the Supreme Court of Canada as well as a number of previous decisions in which the CRTC had concluded that, as a matter of regulatory policy, rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment: see the Appeal Book, at pages 57 and 58, paragraphs 36 to 40 and accompanying footnotes. In its response to the CCTA intervention, the appellant cross-referenced its previous answer to Shaw's application: see the Appeal Book, at page 78, paragraphs 53, 54 and footnote 34.

2000-13, laquelle, s'agissant des conduites des types B à D de TELUS, «équivalait en droit à une absence totale de décision»: voir l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*. Ce constat a eu pour effet de dissiper les doutes concernant l'applicabilité des définitions et tarifs définitifs de 1995 à la période allant de 1995 jusqu'à ce jour, parce que, en droit, aucune décision ne les modifiait: voir le paragraphe 54 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. En accord avec cet effet, le paragraphe 55 de cette décision ordonne à TELUS de produire la justification nécessaire pour les niveaux tarifaires qu'elle propose si elle veut modifier les tarifs applicables à ses conduites des types B à D. À mon avis, non seulement la décision était-elle légale et raisonnable, mais elle était nécessaire pour faire en sorte que les tarifs applicables aux conduites des types B à D de TELUS soient justes et raisonnables.

L'article 62 de la Loi autorise-t-il le CRTC à modifier rétroactivement des tarifs définitifs?

[52] Vu ma conclusion selon laquelle le CRTC, lorsqu'il a procédé au réexamen de son Ordonnance 2000-13, n'avait pas établi de tarifs rétroactivement, il n'est pas nécessaire d'examiner cet aspect.

Le CRTC a-t-il, comme le prétend l'appelante, manqué aux règles de l'équité procédurale en ne l'autorisant pas à présenter des conclusions complètes et suffisantes sur la question de la rétroactivité?

[53] Le dossier qui est devant nous montre que l'appelante, dans son mémoire adressé au CRTC en réponse à la demande de Shaw, a plaidé la question de la rétroactivité. Elle a invoqué l'arrêt *Bell Canada* rendue par la Cour suprême du Canada, ainsi que plusieurs décisions antérieures dans lesquelles le CRTC avait conclu que, eu égard à sa politique de réglementation, les tarifs approuvés à titre définitif ne devraient pas en général être l'objet d'un rajustement: voir le dossier d'appel, aux pages 57 et 58, paragraphes 36 à 40, ainsi que les notes d'accompagnement. Dans sa réponse à l'intervention de l'ACTC, l'appelante renvoyait à sa réponse précédente à la demande présentée par Shaw: voir le dossier d'appel, à la page 78, paragraphes 53, 54 et note 34.

[54] Had I found that the CRTC was engaged in an exercise of retroactive or retrospective rates setting, I would also have found that the appellant had been given ample opportunity to argue the issue of retroactivity and that there was no denial of procedural fairness.

Whether the CRTC improperly exercised its discretion in permitting the respondents to challenge Order 2000-13 outside the 6-month time limit that it usually applies under section 62 of the Act

[55] I see no merit in this ground of appeal. The circumstances were unusual and there was nothing unreasonable in attempting first to resolve the imbroglio through mediation, although it resulted in some delay. In any event, I fail to see how and why, in the best interests of the parties and of the administration of justice, a direct attack could and should be barred by a limitation period when a collateral attack might be permitted against the part of Order 2000-13 that was rendered without jurisdiction: see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333 and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In addition, I do not think that Parliament intended that a review of unjust and unreasonable rates, set in violation of the Act, be precluded by a time limit which would instead allow such rates to remain in place and flourish.

[56] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

[54] Si j'avais conclu que le CRTC s'était livré à un exercice d'établissement rétroactif de tarifs, j'aurais également conclu que l'appelante avait eu amplement l'occasion de plaider la question de la rétroactivité et qu'il n'y a eu aucun déni d'équité procédurale.

Le CRTC a-t-il irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a autorisé les intimés à contester l'ordonnance 2000-13 en dehors du délai de six mois, qu'il applique en général dans le cadre de l'article 62 de la Loi?

[55] Je ne vois nul bien-fondé dans ce grief d'appel. Les circonstances étaient inusitées et il n'y avait rien d'excessif dans le fait de chercher d'abord à dissiper la confusion par la médiation, même s'il en a résulté quelque retard. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment ni pourquoi, au nom de l'intérêt des parties et de l'administration de la justice, une contestation directe pourrait ou devrait être empêchée par un délai de prescription alors qu'une contestation indirecte serait autorisée à l'encontre de la partie de l'Ordonnance 2000-13 qui a été rendue sans compétence: voir les arrêts *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333 et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Je ne crois pas non plus que le législateur voulait que la révision de tarifs injustes et déraisonnables, fixés en contravention de la Loi, soit empêchée par un délai de telle manière que les tarifs en question seraient plutôt amenés à survivre et à durer.

[56] Pour ces motifs, je rejette l'appel, avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

DES-4-02
2004 FC 1717

DES-4-02
2004 CF 1717

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, (the “Act”);

AND IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), sections 78 and 80 of the Act;

AND IN THE MATTER OF Mohamed HARKAT

INDEXED AS: HARKAT (RE) (F.C.)

Federal Court, Dawson J.—Hull, Québec, June 7; Ottawa, December 10, 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Hearing into reasonableness of security certificate issued under Act, s. 77(1) — Motion for appointment of amicus curiae — Applicant’s argument: case at bar more complicated than Ahani v. Canada in which predecessor legislation held to satisfy fundamental justice principles — Summary given under Act, s. 78(h) gave inadequate disclosure — Regime established by Act, ss. 77, 78, 80, role of designated judge, explained — Appointment of amicus curiae unnecessary for exercise of Court’s jurisdiction under Act — All information sought by applicant’s counsel had been provided to Court — Designated judge reviews Ministers’ evidence “with intense scrutiny” — Amicus curiae not needed for fundamental justice — Parliament intended evidence to be seen by designated judge only — Granting motion would cause delay when case, supposed to be dealt with expeditiously, has already dragged on too long.

Judges and Courts — Motion for appointment of amicus curiae to assist designated judge at hearing into reasonableness of security certificate under Immigration and Refugee Protection Act — Role of designated judge under statutory scheme — Has to balance opposing interests: protect national security intelligence while providing person concerned reasonable disclosure of grounds for certificate — Has access to all information on which Ministers’ decision based — Though Federal Court “superior court of record”, not superior court within meaning of expression as applied to provincial superior courts — Only powers are those conferred

EN L’AFFAIRE d’un certificat signé conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, (la «Loi»);

ET EN L’AFFAIRE du dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada, conformément au paragraphe 77(1) et aux articles 78 et 80 de la Loi;

ET EN L’AFFAIRE de Mohamed HARKAT

RÉPERTORIÉ: HARKAT (RE) (C.F.)

Cour fédérale, juge Dawson—Hull (Québec), 7 juin; Ottawa, 10 décembre 2004.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Audience portant sur le caractère raisonnable ou non d’un certificat de sécurité délivré en vertu de l’art. 77(1) de la Loi — Requête en nomination d’un intervenant bénévole («amicus curiae») — Argument du demandeur: les circonstances de la présente affaire étaient plus complexes que celles de l’affaire Ahani c. Canada, où la Cour avait estimé que les dispositions antérieures correspondantes respectaient les principes de justice naturelle — Le résumé remis conformément à l’art. 78(h) de la Loi n’était pas une communication suffisante — Explication du régime établi par les art. 77, 78 et 80 de la Loi et du rôle du juge désigné — La nomination d’un intervenant bénévole était inutile pour l’exercice de la compétence conférée à la Cour par la Loi — Tous les renseignements demandés par l’avocat du demandeur avaient été communiqués à la Cour — Le juge désigné examine «avec minutie» les faits invoqués par les ministres — Un intervenant bénévole n’est pas nécessaire pour assurer la justice fondamentale — Le législateur voulait que la preuve soit vue uniquement par le juge désigné — Faire droit à la requête entraînerait un retard alors que l’affaire, qui censurement doit être traitée avec célérité, s’éternise sans qu’on en voie la fin.

Juges et tribunaux — Requête en nomination d’un intervenant bénévole pour qu’il aide le juge désigné durant l’audience portant sur le caractère raisonnable ou non d’un certificat de sécurité délivré en vertu de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Rôle du juge désigné selon le régime législatif — Il doit équilibrer des intérêts rivaux: protéger les renseignements relatifs à la sécurité nationale tout en offrant à l’intéressé une communication raisonnable des motifs à l’origine du certificat — Il a accès à tous les renseignements sur lesquels repose la décision des ministres — La Cour fédérale est une «cour

by Parliament — Parliament intended designated judge only to see evidence — No appeal from decision of designated judge — Conference speech by Hugessen J. considered — Origin of designated judge concept discussed.

Federal Court Jurisdiction — Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in immigration security certificate matter — Court assumed, without deciding, has jurisdiction to appoint amicus curiae — Federal Court not one of general, inherent jurisdiction though, under Federal Courts Act, s. 3 superior court of record — Designation as “superior court” in itself conferred no jurisdiction — Not superior court as expression applies to provincial superior courts — Power conferred by implication only if necessary for exercise of express jurisdiction — Amicus curiae not required to discharge duties under relevant provisions of Immigration and Refugee Protection Act.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Motion for appointment of amicus curiae to assist designated judge at security certificate reasonableness hearing — Argument: required to provide fundamental justice, guaranteed by Charter, s. 7 — Argued that Court having jurisdiction at common law and under Charter, s. 24(1) — Ministers’ argument: applicant putting in question certain sections of Immigration and Refugee Protection Act while failing to give Attorneys General notice of constitutional question, rejected as applicant’s position Act, fairly interpreted, permits remedy — In circumstances, unnecessary to decide whether Court has jurisdiction to appoint amicus curiae — Court rejecting argument case at bar much more complicated than Ahani v. Canada in which Court held predecessor legislation met fundamental justice principles.

In the context of a hearing into reasonableness of a security certificate, this was a motion for an order: (1) appointing an *amicus curiae* to assist the Court when applicant’s counsel is excluded; (2) that the Canadian government pay reasonable expenses of the *amicus curiae*; (3) stating that without an *amicus curiae* Charter, section 7 would be breached in that

supérieure d’archives», mais elle n’est pas une cour supérieure au sens de l’expression telle qu’elle est appliquée aux cours supérieures provinciales — Elle n’a que les pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement — Le Parlement voulait que seul le juge désigné constate les faits — Il n’y a pas d’appel contre la décision du juge désigné — Examen d’un discours prononcé par le juge Hugessen lors d’une conférence — Discussion de l’origine de la notion de juge désigné.

Compétence de la Cour fédérale — Requête en nomination d’un intervenant bénévole pour qu’il aide la Cour dans une affaire relative à un certificat de sécurité en matière d’immigration — La Cour a présumé, sans se prononcer, qu’elle avait compétence pour nommer un intervenant bénévole — La Cour fédérale n’est pas une juridiction investie d’une compétence générale ou implicite, mais, selon l’art. 3 de la Loi sur les Cours fédérales, elle est une cour supérieure d’archives — La désignation de «cour supérieure» ne conférerait par elle-même aucune compétence — Elle n’est pas une cour supérieure au sens de l’expression telle qu’elle est appliquée aux cours supérieures des provinces — Un pouvoir peut être conféré implicitement uniquement s’il est nécessaire pour l’exercice d’une compétence expressément conférée — Un intervenant bénévole n’est pas nécessaire pour l’accomplissement de fonctions prévues par les dispositions applicables de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Requête en nomination d’un intervenant bénévole pour qu’il aide le juge désigné durant l’audience portant sur le caractère raisonnable ou non d’un certificat de sécurité — Argument: un intervenant bénévole est nécessaire pour assurer la justice fondamentale garantie par l’art. 7 de la Charte — On a fait valoir que la Cour avait compétence en common law et selon l’art. 24(1) de la Charte — L’argument des ministres selon lequel le demandeur mettait en doute certains articles de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés alors qu’il avait négligé de signifier aux procureurs généraux un avis de question constitutionnelle a été rejeté, car la position du demandeur était que la Loi, interprétée objectivement, autorisait le recours demandé — Eu égard aux circonstances, il est inutile de décider si la Cour a le pouvoir de nommer un intervenant bénévole — La Cour a rejeté l’argument selon lequel la présente affaire était beaucoup plus complexe que l’affaire Ahani c. Canada, où la Cour avait jugé que le texte législatif antérieur respectait les principes de justice fondamentale.

Dans le contexte d’une audience portant sur le caractère raisonnable ou non d’un certificat de sécurité, une requête a été présentée pour que soit rendue une ordonnance: 1) nommant un intervenant bénévole pour qu’il aide la Cour durant les parties de l’audition auxquelles l’avocat du demandeur ne serait pas autorisé à assister; 2) prévoyant que les frais

applicant would be denied fundamental justice; (4) even if there would not be a Charter, section 7 breach, that an *amicus curiae* be appointed pursuant to the Court's common law jurisdiction; (5) costs of this motion, on a solicitor-client basis, in any event of the cause.

In arguing for the Court's common law jurisdiction, applicant referred to Ontario Court of Appeal *dicta* in *R. v. Samra*: "It was not argued, nor could it be, that a superior court has no power to appoint *amicus curiae* at the trial of an unrepresented accused". In opposition to this motion, it was the Ministers' submission that: (1) applicant's Charter argument called into question the constitutional validity of Act, sections 77 and 78 but that applicant had failed to serve notice of constitutional question upon the federal and provincial Attorneys General; (2) the procedures under sections 77 and 78 regarding the reference of security certificates to a designated Federal Court Judge have been held to be consistent with Charter, section 7 fundamental justice principles; (3) the Charter does not confer upon the Federal Court power to appoint an *amicus curiae*; (4) the Court lacks express statutory authority to appoint an *amicus curiae*; (5) the Court lacks any implied jurisdiction to appoint an *amicus curiae* for a section 78 proceeding; and (6) even if it does have such jurisdiction, the Court ought to decline to exercise it in the circumstances of the case at bar.

Held, the motion should be denied.

The Minister's submission as to the necessity for service of notice of constitutional question upon federal and provincial Attorneys General was rejected, as the applicant had not put in question the validity, applicability or operability of Act, section 78.

While it was unnecessary for the Court to determine whether it had jurisdiction to appoint an *amicus curiae*, it was prepared to assume it did have such jurisdiction.

The following points were raised as supporting the need to appoint an *amicus curiae* herein: (1) this was a more complicated situation than that in *Ahani v. Canada*, wherein the Court determined the predecessor legislation to sections 77,

raisonnables de l'intervenant bénévole seraient payés par le gouvernement du Canada; 3) déclarant que, sans l'assistance d'un intervenant bénévole, il y aurait contravention à l'article 7 de la Charte, en ce sens que la justice fondamentale serait déniée au demandeur; 4) pour le cas où il n'y aurait pas violation de l'article 7 de la Charte, alors une ordonnance rendue par la Cour dans l'exercice de sa compétence de common law et nommant un intervenant bénévole; 5) les dépens de la requête, sur une base avocat-client, quelle que soit l'issue de l'affaire.

Au soutien du pouvoir que détiendrait la Cour selon la common law, le demandeur s'est fondé sur des remarques incidentes faites par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Samra*: [TRADUCTION] «On n'a pas prétendu, et on ne pouvait pas prétendre, qu'une cour supérieure n'a pas le pouvoir de nommer un intervenant bénévole au procès d'un accusé non représenté». S'opposant à cette requête, les ministres ont fait valoir ce qui suit: 1) l'argument du demandeur fondé sur la Charte mettait en question la validité constitutionnelle des articles 77 et 78 de la Loi, mais le demandeur avait négligé de signifier un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces; 2) la procédure exposée dans les articles 77 et 78 à propos du dépôt du certificat de sécurité auprès d'un juge désigné de la Cour fédérale a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale dont il est question dans l'article 7 de la Charte; 3) la Charte ne donne pas à la Cour fédérale le pouvoir de nommer un intervenant bénévole; 4) aucune loi ne confère expressément à la Cour fédérale le pouvoir de nommer un intervenant bénévole; 5) la Cour fédérale n'a pas le pouvoir implicite de nommer un intervenant bénévole en vue d'une procédure conduite conformément à l'article 78; et 6) si la Cour juge qu'elle a effectivement un tel pouvoir, alors elle ne devrait pas ici exercer ce pouvoir.

Jugement: la requête doit être rejetée.

L'argument des ministres relatif à la nécessité de la signification d'un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et aux procureurs généraux provinciaux a été rejeté, car le demandeur ne mettait pas en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet de l'article 78 de la Loi.

Il n'était pas nécessaire pour la Cour de dire si elle avait le pouvoir de nommer un intervenant bénévole, mais elle était disposée à présumer qu'elle avait un tel pouvoir.

Les points suivants ont été soulevés à l'appui de la nécessité de nommer un intervenant bénévole dans la présente affaire: 1) il s'agissait là d'une situation plus complexe que celle de l'affaire *Ahani c. Canada*, où la Cour avait jugé que

78 and 80 satisfied fundamental justice principles; (2) given the government's unwillingness to answer even such basic questions as to whether it relies upon information obtained from Maher Arar, an *amicus curiae* was needed to enable the Court to consider fully and fairly the allegations against Harkat; (3) having an *amicus curiae* would allow for the hearing of legal representations not otherwise put forward while protecting the national security interest, thereby striking a just balance between competing interests; and (4) the summary with which Harkat had been furnished did not amount to a full, fair and candid disclosure. In particular, it did not fully disclose the political situation in Algeria.

Prior to embarking upon an analysis of the grounds advanced in support of this motion, the statutory regime and the role therein of the designated judge were considered and reference made to the review and exposition of these matters provided by the reasons of Noël J. in *Charkaoui (Re)*. It was there written that "designated judges are the cornerstone of the review procedure . . . the designated judge has access to all the information on which the Ministers' decisions are based . . . the Ministers' representatives are even under a duty to inform the designated judge of any facts that could be prejudicial to the Ministers' case . . . the duty of disclosure is much greater when Parliament has authorized hearings in the absence of a party".

The first step in the analysis was to determine whether the appointment of an *amicus curiae* was necessary or required in order for the Court to exercise its statutory jurisdiction. The Federal Court is not a court of general or inherent jurisdiction although, under *Federal Courts Act*, section 3, it is "a superior court of record having civil and criminal jurisdiction". Still, its designation as a "superior court" has been held, in itself, to confer no jurisdiction: *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*. In that case, it was held, by a majority, that it was not a superior court as that expression is applied to provincial superior courts, i.e. having jurisdiction in all cases not excluded from their authority. That decision served to distinguish the *dicta* in *Samra*.

Conferral of a power will be implied only where necessary to permit the exercise of the Court's express jurisdiction: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*. Thus it was necessary to consider whether the evidence

les dispositions antérieures correspondant aux articles 77, 78 et 80 respectaient les principes de justice fondamentale; 2) vu le peu d'empressement du gouvernement à répondre tant soit peu à des questions aussi fondamentales que celle de savoir s'il se fondait sur des renseignements obtenus de Maher Arar, un intervenant bénévole était nécessaire pour que la Cour fût en mesure d'examiner pleinement et objectivement les accusations portées contre M. Harkat; 3) un intervenant bénévole donnerait à la Cour l'avantage d'entendre les observations des avocats, qui autrement ne seraient pas mises en avant, tout en préservant les intérêts de la sécurité nationale, établissant de ce fait un juste équilibre entre les intérêts rivaux en présence; et 4) le résumé remis à M. Harkat n'atteignait pas la norme imposée aux ministres, à savoir la communication intégrale, objective et sincère des faits. Plus précisément, il n'y avait pas eu divulgation intégrale de la situation politique ayant cours en Algérie.

Avant de commencer une analyse des motifs invoqués au soutien de cette requête, il convenait d'examiner le régime législatif et le rôle assigné dans ce régime au juge désigné, aspects qui avaient été étudiés par le juge Noël dans la décision *Charkaoui (Re)*. On peut lire dans ce précédent que «le juge désigné constitue la pierre angulaire de la procédure de révision [. . .] le juge désigné a accès à tous les renseignements utilisés par les ministres pour en arriver à leurs décisions [. . .] les représentants des ministres ont même l'obligation d'informer le juge désigné de faits pouvant nuire à la thèse des ministres [. . .] l'obligation d'informer est beaucoup plus grande lorsque le législateur permet la tenue d'audiences en l'absence de l'une des parties».

La première étape de l'analyse consistait à se demander si la nomination d'un intervenant bénévole était nécessaire ou requise pour que la Cour soit en mesure d'exercer le pouvoir qui lui est conféré par la Loi. La Cour fédérale n'est pas une juridiction investie d'une compétence générale ou implicite encore que, selon l'article 3 de la *Loi sur les Cours fédérales*, elle soit «une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale». D'ailleurs, sa désignation en tant que cour supérieure est réputée ne conférer par elle-même aucune compétence: *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*. Dans cette affaire, les juges de la majorité avaient estimé que la Cour fédérale n'était pas une cour supérieure au sens de l'expression telle qu'elle est appliquée aux cours supérieures des provinces, c'est-à-dire à des cours qui connaissent de toutes les matières qui ne sont pas exclues de leur compétence. Ce précédent enlevait toute pertinence aux observations incidentes faites dans l'arrêt *Samra*.

L'attribution d'un pouvoir ne sera présumée que lorsque ce pouvoir est nécessaire ou requis pour permettre à la Cour d'exercer la compétence dont elle est investie expressément: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian*

established that appointment of an *amicus curiae* was necessary for the Court to exercise its sections 78 and 80 responsibilities. What made the instant case different from all the other security certificate cases in which the Court was able to discharge its duty unassisted by an *amicus curiae*? The allegations against applicant did not appear so complicated as to require a procedure not contemplated by the Act. The Court's ability to fully and fairly deal with the allegations against Harkat and the reliability of the evidence was illustrated by its decision to make no finding adverse to Harkat on the basis of information which may have been provided by Maher Arar. Information sought by Harkat's counsel in the form of 231 questions has now been provided to the Court in the absence of Harkat. While applicant has argued that intelligence services are not infallible and may even commit abuses, the Court—as pointed out by Blais J. in *Zündel (Re)*—looks at the evidence “with intense scrutiny”. Harkat's assertion regarding non-disclosure of the Algerian political situation could not be accepted, as the summary clearly outlined the allegations regarding applicant's involvement with the Front islamique du salut and the Groupe islamique armé, which latter organization seeks to establish an Islamic state in Algeria through the use of terrorist violence.

Mr. Harkat did not establish that the Court could not properly exercise its jurisdiction without the appointment of an *amicus curiae*.

The next stage of the analysis was to determine whether it would be impossible for the Court to provide fundamental justice for Mr. Harkat. The Federal Court of Appeal's recent judgment in *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, was authority for the proposition that the Immigration and Refugee Board may, in making an admissibility decision, take into account security intelligence information without disclosing it to the individual and does not thereby infringe Charter, section 7. Nothing in the circumstances rendered the Court incapable of properly balancing and protecting applicant's rights so as to conduct a hearing in conformity with fundamental justice. There was no necessity for recourse to the remedial provisions of Charter, subsection 24(1) to appoint an *amicus curiae*.

There were three additional reasons for refusing this application: (1) Parliamentary intent; (2) lateness of request

Liberty Net. Il était donc nécessaire de se demander si la preuve établissait que la nomination d'un intervenant bénévole était requise pour que la Cour puisse exercer le pouvoir que lui conféraient les articles 78 et 80. En quoi la présente affaire se distinguait-elle des autres affaires portant sur la délivrance de certificats de sécurité, affaires où la Cour avait pu s'acquitter de sa tâche sans l'aide d'un intervenant bénévole? Les accusations dont le demandeur était l'objet ne semblaient pas complexes au point de requérir une procédure que ne prévoyait pas la Loi. La capacité de la Cour d'apprécier pleinement et objectivement les affirmations dont M. Harkat était l'objet, ainsi que la nature et la crédibilité des preuves avancées au soutien de telles affirmations, était illustrée par son engagement à ne tirer aucune conclusion défavorable à M. Harkat sur la foi d'un renseignement le concernant qui avait pu être fourni par Maher Arar. Les précisions demandées par l'avocat de M. Harkat sous la forme de 231 questions ont depuis été communiquées à la Cour en l'absence de M. Harkat. Le demandeur a fait valoir que les services de renseignement ne sont pas infaillibles et peuvent même commettre des abus, mais la Cour, ainsi que le faisait observer le juge Blais dans la décision *Zündel (Re)*, considère «avec minutie» les faits invoqués. L'argument de M. Harkat portant sur l'absence de divulgation de la situation politique ayant cours en Algérie ne pouvait être accepté, puisque le résumé faisait pleinement et clairement état des allégations relatives au rôle du demandeur au sein du Front islamique du salut et du Groupe islamique armé, cette dernière organisation cherchant à établir un État islamique en Algérie par le recours à la violence terroriste.

M. Harkat n'a pas établi qu'il était impossible pour la Cour d'exercer valablement son pouvoir si un intervenant bénévole n'était pas nommé.

L'étape suivante de l'analyse consistait à se demander s'il serait impossible pour la Cour d'assurer une justice fondamentale à M. Harkat. Le récent arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, permettait d'affirmer que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut, lorsqu'elle rend une décision sur l'admissibilité d'un demandeur d'asile, prendre en compte tout renseignement de sécurité sans divulguer ce renseignement à l'intéressé et qu'elle ne contrevient pas de ce fait à l'article 7 de la Charte. Aucun aspect des circonstances de la présente affaire ne rendait la Cour incapable d'apprécier et de protéger adéquatement les droits du demandeur et donc de tenir une audience s'accordant avec les principes de justice fondamentale. Il n'était pas nécessaire de recourir aux dispositions réparatrices du paragraphe 24(1) de la Charte pour nommer un intervenant bénévole.

Trois autres raisons justifiaient le rejet de la requête: 1) l'intention du législateur; 2) la tardiveté de la demande, ce qui

occasioning delay; and (3) powers of a designated judge. Section 78 makes clear Parliament's intent that the responsibility for determining the reasonableness of a security certificate should fall upon the designated judge alone. The Act provides that no appeal lies from the designated judge's decision as to a certificate's reasonableness. The Federal Court of Appeal is not to have access to the evidence disclosed to the designated judge. It would follow that Parliament did not intend that an *amicus curiae* have access to this confidential information. Applicant relied on a speech given by Hugessen J. to a Canadian Institute for the Administration of Justice conference in which he suggested that designated judges do not like having to sit alone, hearing only one party and considering the material put forward by that party. But, in the matter of security certificates, Parliament has chosen not to follow the Security Intelligence Review Committee (SIRC) model, in which independent counsel represent the interest of the complainant with respect to information which could not be disclosed to the complainant. It must be remembered that SIRC appointees are not judges and need not even be legally trained, so the engagement of independent counsel had to be viewed in that context. As noted in *Charkaoui*, the genesis of the concept of designated judge confirms the view that Parliament intended security certificates to be reviewed by a designated judge alone so as to limit access to protected information and thereby safeguard national security and the means of obtaining security information.

Granting this application would result in delay since the *amicus curiae* would have to receive a security clearance, familiarize himself with a substantial volume of material and settle the terms of his retainer. Proceedings to determine the reasonableness of security certificates are supposed to be conducted expeditiously. This matter got under way back in December, 2002 and should be completed without further delay.

The legislation provides the designated judge with sufficient power and flexibility to properly discharge the duties imposed and the rights of one named in a security certificate are capable of protection without the intervention of an *amicus curiae*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 52 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112).

allait entraîner un délai additionnel; et 3) les pouvoirs d'un juge désigné. L'article 78 montre que le législateur voulait que seul le juge désigné soit chargé de décider du caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité. La Loi prévoit qu'il ne peut être fait appel de la décision du juge désigné sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat. La Cour d'appel fédérale ne peut avoir accès à la preuve communiquée au juge désigné. Il s'ensuit que le législateur ne voulait pas qu'un intervenant bénévole ait accès à ces renseignements confidentiels. Le demandeur s'en est rapporté à un discours prononcé par le juge Hugessen lors d'une conférence organisée par l'Institut canadien d'administration de la justice, au cours de laquelle le juge Hugessen avait fait observer que les juges désignés ne présentent guère l'idée de devoir siéger seuls pour n'entendre qu'une seule des parties et pour examiner les documents produits par une seule d'entre elles. Mais, s'agissant des certificats de sécurité, le législateur a choisi de ne pas suivre le modèle du Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (le CSARS), dans lequel un conseiller juridique indépendant représente les intérêts du plaignant en ce qui a trait aux renseignements qui ne pouvaient pas être communiqués au plaignant. Il faut se rappeler que les membres du CSARS ne sont pas des magistrats et qu'ils ne sont nullement tenus de justifier d'une formation juridique, et c'est dans ce contexte qu'il fallait voir le recours du CSARS à des conseillers juridiques indépendants. Ainsi que l'indique la décision *Charkaoui*, la genèse de la notion de juge désigné confirme la volonté du législateur de soumettre les certificats de sécurité au seul examen d'un juge désigné, et cela pour limiter l'accès aux renseignements protégés et préserver ainsi à la fois la sécurité nationale et les moyens par lesquels est obtenue l'information touchant la sécurité nationale.

Faire droit à cette demande ne pourrait qu'entraîner un nouveau délai parce que l'intervenant bénévole serait alors tenu d'obtenir une habilitation de sécurité, parce qu'il lui faudrait se familiariser avec un volume considérable de documents et parce qu'il faudrait fixer les modalités de son mandat. La procédure qui permet de dire si un certificat de sécurité est raisonnable ou non est censée se dérouler avec célérité. Cette affaire a débuté en décembre 2002 et elle devrait être menée à terme sans plus attendre.

Le texte législatif donne au juge désigné un pouvoir suffisant et une liberté d'action suffisante pour lui permettre de s'acquitter adéquatement des tâches qui lui incombent, et les droits de la personne nommée dans un certificat de sécurité peuvent être protégés sans qu'il soit nécessaire de nommer un intervenant bénévole.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05-38.13 (as enacted *idem*, s. 43), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19), 38.14 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.15 (as enacted *idem*).
- 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, 24(1).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 42.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.05 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 4, 143), 83.06 (as enacted *idem*, s. 4).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 3.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 3 (as am. *idem*, s. 16), 57 (as am. *idem*, s. 54).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 51 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 159).
- Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.05 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4, 143), 83.06 (édicte, *idem*, art. 4).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 52 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 3.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 à 38.13 (édicte, *idem*, art. 43), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19), 38.14 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.15 (édicte, *idem*).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 51 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 159).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 42.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 3 (mod., *idem*, art. 16), 57 (mod., *idem*, art. 54).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ahani v. Canada, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.R.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); aff'd (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] 2 S.C.R. v; *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 2004 FC 1419; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209; *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Zündel (Re)* (2004), 245 F.T.R. 61; 39 Imm. L.R. (3d) 271; 2004 FC 86; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 171; (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1; 322 N.R. 2; 2004 FCA 212; leave to appeal to S.C.C. denied, [2004]

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ahani c. Canada, [1995] 3 C.F. 669; (1995), 32 C.R.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1997] 2 R.C.S. v; *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 2004 CF 1419; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209; *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Zündel (Re)* (2004), 245 F.T.R. 61; 39 Imm. L.R. (3d) 271; 2004 FC 86; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 171; (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 1; 322 N.R. 2; 2004 CAF 212;

S.C.C.A. No. 354 (QL); *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 FCA 407.

DISTINGUISHED:

R. v. Samra (1998), 41 O.R. (3d) 434; 129 C.C.C. (3d) 144 (C.A.).

REFERRED TO:

Harkat (Re) (2003), 231 F.T.R. 19; 27 Imm. L.R. (3d) 47; 2003 FCT 285; *Harkat (Re)* (2003), 238 F.T.R. 201; 2003 FCT 520; *Harkat (Re)*, [2003] 4 F.C. 1020; (2003), 236 F.T.R. 18; 2003 FCT 759; *Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161; 29 Imm. L.R. (3d) 238; 2003 FC 918.

AUTHORS CITED

Terrorism, Law and Democracy: How is Canada Changing Following September 11? Canadian Institute for the Administration of Justice. Thémis, 2002.

MOTION for an order appointing an *amicus curiae* to assist the Court in conducting a hearing into the reasonableness of a security certificate issued pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 77(1). Motion denied.

APPEARANCES:

Bruce Engel and *Paul D. Copeland* for Mohamed Harkat.
James H. Mathieson and *Michael W. Dale* for Solicitor General of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Bruce Engel, Ottawa and *Paul D. Copeland*, Toronto for Mohamed Harkat.
Deputy Attorney General of Canada for Solicitor General of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DAWSON J.: In the context of a hearing into the reasonableness of a security certificate issued in respect

autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2004] C.S.C.R. n° 354 (QL); *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 CAF 407.

DÉCISION DISTINCTE:

R. c. Samra (1998), 41 O.R. (3d) 434; 129 C.C.C. (3d) 144 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Harkat (Re) (2003), 231 F.T.R. 19; 27 Imm. L.R. (3d) 47; 2003 CFPI 285; *Harkat (Re)* (2003), 238 F.T.R. 201; 2003 CFPI 520; *Harkat (Re)*, [2003] 4 C.F. 1020; (2003), 236 F.T.R. 18; 2003 CFPI 759; *Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161; 29 Imm. L.R. (3d) 238; 2003 CF 918.

DOCTRINE CITÉE

Terrorisme, droit et démocratie: comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Institut canadien d'administration de la justice. Thémis, 2002.

REQUÊTE pour que soit rendue une ordonnance nommant un intervenant bénévole afin qu'il aide la Cour dans la conduite d'une audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité délivré conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Bruce Engel et *Paul D. Copeland* pour Mohamed Harkat.
James H. Mathieson et *Michael W. Dale* pour le solliciteur général du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bruce Engel, Ottawa et *Paul D. Copeland*, Toronto, pour Mohamed Harkat.
Le sous-procureur général du Canada pour le solliciteur général du Canada.

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

[1] LA JUGE DAWSON: Au cours d'une audience portant sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat

of Mohamed Harkat pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), Mr. Harkat moved for an order:

(a) appointing John B. Laskin to assist the Court as *amicus curiae* during those portions of the hearing of this matter when counsel for Mr. Harkat is not permitted to be present;

(b) requiring that reasonable expenses of the *amicus curiae* thereby occasioned be paid by the Government of Canada;

(c) stating that in the absence of the assistance of the *amicus curiae*, in the particularly complicated circumstances of this case, as set out in the statement summarizing the information and evidence pursuant to paragraph 78(h) of the Act dated December 2, 2002 (summary) it will be impossible for the Court to provide fundamental justice to the applicant pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) on the issue of whether the certificate signed by the two Ministers is reasonable;

(d) in the alternative, if the Court determines that section 7 of the Charter is not breached by the procedure to be followed in this case, an order of this Court exercising its common law jurisdiction that *amicus curiae* be appointed to assist the Court in this case;

(e) costs of this motion on the solicitor-client basis in any event of the cause; and

(f) such further and other relief as counsel may advise and this Court deems just.

[2] As to the jurisdiction of this Court to grant such relief, Mr. Harkat argues that the Court has jurisdiction to do so at common law, and also as a remedy available to the Court under subsection 24(1) of the Charter in order to prevent a breach of Mr. Harkat's rights

de sécurité délivré à l'égard de Mohamed Harkat conformément au paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), M. Harkat a sollicité une ordonnance:

a) nommant John B. Laskin pour qu'il assiste la Cour à titre d'intervenant bénévole (*amicus curiae*) durant les parties de l'audition de la présente affaire auxquelles l'avocat de M. Harkat n'est pas autorisé à assister;

b) prévoyant que les frais raisonnables de l'intervenant bénévole ainsi occasionnés devront être payés par le gouvernement du Canada;

c) déclarant que, sans l'assistance de l'intervenant bénévole, et compte tenu des circonstances particulièrement complexes de la présente affaire, qui sont exposées dans le résumé de l'information et de la preuve prévu par l'alinéa 78h) de la Loi, un résumé en date du 2 décembre 2002 (le résumé), il sera impossible pour la Cour d'assurer au demandeur la justice fondamentale dont il est question dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), lorsqu'elle se demandera si le certificat signé par les deux ministres est raisonnable;

d) subsidiairement, si la Cour juge que la procédure qui sera suivie dans la présente affaire ne contrevient pas à l'article 7 de la Charte, alors une ordonnance rendue par la Cour dans l'exercice de sa compétence de common law et nommant un intervenant bénévole qui assistera la Cour dans la présente affaire;

e) les dépens de cette requête, sur une base avocat-client, quelle que soit l'issue de l'affaire; et

f) tout autre redressement que son avocat pourra recommander et que la Cour jugera à propos.

[2] S'agissant du pouvoir de la Cour d'accorder tel redressement, M. Harkat fait valoir que la Cour a ce pouvoir selon la common law, et aussi à titre de réparation pouvant être accordée par elle en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, afin d'empêcher la

guaranteed under section 7 of the Charter.

[3] In support of the Court's common law jurisdiction, Mr. Harkat relies upon *dicta* of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434. There, in the context of an appeal against a criminal conviction, it was argued that the lawyer who had been appointed to act as *amicus curiae* was in a conflict of interest, had made legal submissions contrary to the best interests of the accused, and disclosed confidential information obtained from the accused. At page 443 of the Court's reasons, Mr. Justice Rosenberg, writing for the Court, observed that:

It was not argued, nor could it be, that a superior court has no power to appoint *amicus curiae* at the trial of an unrepresented accused. The appellant's argument therefore must be that the court erred in appointing Mr. Black as *amicus curiae* because of a potential or actual conflict of interest.

[4] Mr. Harkat's motion is opposed by counsel for the two Ministers who referred the security certificate to the Court for a determination as to its reasonableness. On the Ministers' behalf, it is argued that:

(i) In asserting that the Charter gives this Court jurisdiction to appoint an *amicus curiae*, Mr. Harkat is calling into question the constitutional validity and the applicability of sections 77 and 78 of the Act, which do not provide for such an appointment. As a result, the Ministers say that Mr. Harkat was required to serve a notice of constitutional question upon the Attorney General of Canada, and the Attorney General of each province.

(ii) In any event, the Ministers argue that the procedures set out in sections 77 and 78 of the Act, by which a security certificate is referred to the Federal Court and a judge designated by the Chief Justice of the Court then proceeds to inquire into, and determine, whether the security certificate is reasonable, has been found to be consistent with the principles of fundamental justice as set out in section 7 of the Charter.

violation des droits garantis à M. Harkat par l'article 7 de la Charte.

[3] Au soutien du pouvoir que détiendrait la Cour selon la common law, M. Harkat se fonde sur des remarques incidentes faites par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434. Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité. L'accusé faisait valoir que l'avocat qui avait été nommé à titre d'intervenant bénévole se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts, avait présenté des conclusions juridiques contraires aux intérêts de l'accusé et avait révélé des renseignements confidentiels obtenus de l'accusé. À la page 443 des motifs de la Cour, le juge Rosenberg, s'exprimant pour la Cour, avait fait observer ce qui suit:

[TRADUCTION] On n'a pas prétendu, et on ne pouvait pas prétendre, qu'une cour supérieure n'a pas le pouvoir de nommer un intervenant bénévole au procès d'un accusé non représenté. L'argument de l'appelant doit donc être que le tribunal a commis une erreur en nommant M. Black intervenant bénévole, en raison d'un conflit d'intérêts réel ou potentiel.

[4] Les deux ministres qui ont déposé le certificat de sécurité à la Cour pour qu'elle dise s'il est raisonnable ou non s'opposent à la requête de M. Harkat. Les avocats des ministres font valoir ce qui suit:

i) En affirmant que la Charte donne à la Cour le pouvoir de nommer un intervenant bénévole, M. Harkat met en doute la validité constitutionnelle et l'applicabilité des articles 77 et 78 de la Loi, qui ne prévoient pas une telle nomination. En conséquence, les ministres disent que M. Harkat devait signifier un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces.

ii) Quoi qu'il en soit, les ministres font valoir que la procédure exposée dans les articles 77 et 78 de la Loi, qui prévoient qu'un certificat de sécurité est déposé à la Cour fédérale et qu'un juge désigné par le juge en chef de la Cour examine et décide alors si le certificat de sécurité est raisonnable, a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale dont il est question dans l'article 7 de la Charte.

- (iii) The Charter does not confer jurisdiction upon the Federal Court to appoint an *amicus curiae*.
iii) La Charte ne donne pas à la Cour fédérale le pouvoir de nommer un intervenant bénévole.
- (iv) There is no express bestowal of jurisdiction upon the Federal Court by statute to appoint an *amicus curiae*.
iv) Aucune loi ne confère expressément à la Cour fédérale le pouvoir de nommer un intervenant bénévole.
- (v) There is no implied jurisdiction in the Federal Court to appoint an *amicus curiae* in proceedings conducted pursuant to section 78 of the Act.
v) La Cour fédérale n'a pas le pouvoir implicite de nommer un intervenant bénévole dans une procédure conduite conformément à l'article 78 de la Loi.
- (vi) In the alternative, if the Court concludes that it does possess jurisdiction to appoint an *amicus curiae* to assist in proceedings conducted in accordance with section 78 of the Act, the Court should not exercise its discretion to do so in this case.
vi) Subsidiairement, si la Cour juge qu'elle a effectivement le pouvoir de nommer un intervenant bénévole qui l'assistera dans la procédure conduite conformément à l'article 78 de la Loi, la Cour ne devrait pas ici exercer ce pouvoir.
- [5] For ease of reference, sections 77, 78 and 80 of the Act are set out in Appendix A to these reasons.
[5] Pour plus de commodité, les articles 77, 78 et 80 de la Loi sont reproduits dans l'appendice A des présents motifs.
- [6] The issue raised by Mr. Harkat is an important one. The written submissions filed in support of, and in opposition to, his motion are not lengthy. Because it may be of relevance to know what arguments were advanced to the Court on this motion, Mr. Harkat's written submissions and supplemental written submissions are appended to these reasons in Appendix B, while the Ministers' written submissions are appended as Appendix C.
[6] Le point soulevé par M. Harkat est un point important. Les conclusions écrites déposées au soutien et à l'encontre de sa requête ne sont pas très longues. Comme il peut être utile de savoir quels arguments ont été avancés devant la Cour sur cette requête, les conclusions écrites et conclusions écrites supplémentaires de M. Harkat sont annexées aux présents motifs, dans l'appendice B, tandis que les conclusions écrites des ministres sont annexées comme appendice C.
- [7] The oral argument did not enlarge these submissions to a significant extent.
[7] L'argumentation orale n'a pas ajouté outre mesure auxdites conclusions.
- [8] The motion was argued orally on September 24, 2004. In view of the fact that the Court was to sit commencing on October 25, 2004 for the purpose of providing a further opportunity to Mr. Harkat to be heard regarding his alleged inadmissibility, it was important for the Court's decision concerning Mr. Harkat's motion to be communicated promptly to him. Accordingly, after reflection and deliberation upon the submissions made in writing and orally by the parties, the Court issued an order on October 6, 2004 dismissing the motion, for reasons to be later delivered in writing. These are those reasons.
[8] La requête a été plaidée oralement le 24 septembre 2004. Puisque la Cour devait siéger à compter du 25 octobre 2004 afin de donner à M. Harkat une autre occasion de s'exprimer sur l'interdiction de territoire dont il est l'objet, il importait que la décision de la Cour concernant sa requête lui soit communiquée promptement. Par conséquent, après avoir réfléchi et délibéré sur les conclusions écrites et orales des parties, la Cour a rendu le 6 octobre 2004 une ordonnance qui rejetait la requête, pour les motifs qui seraient plus tard exposés par écrit. Les motifs sont exposés ci-après.

THE MATERIAL FILED IN SUPPORT OF THE MOTION

[9] The motion is supported by affidavits sworn by John B. Laskin, William George Horton, and Diana Muñoz. Reliance is also placed by Mr. Harkat upon the summary.

[10] Mr. Laskin is a well-respected and eminent member of the Law Society of Upper Canada. His affidavit exhibits a copy of his *curriculum vitae* and states that, from 1985 to 1986, Mr. Laskin acted as counsel to the Security Intelligence Review Committee (SIRC) with respect to complaints made under section 42 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act). SIRC's rules of procedure in relation to its function under the CSIS Act (as adopted on March 9, 1985) are also exhibited to Mr. Laskin's affidavit. Mr. Laskin also advised that he has acted for the Government of Canada on several occasions, including in proceedings arising from objections to the disclosure of information on the ground that the disclosure would be injurious to national security. For his work with SIRC and certain other retainers, Mr. Laskin was granted security clearance to the level "Top Secret". If appointed as *amicus*, Mr. Laskin swore to his belief that he would again be able to be approved for security clearance. Finally, Mr. Laskin advised he would be prepared to take on the task of *amicus curiae* if the Court decided it needed such assistance.

[11] Mr. Horton is another eminent member of the Law Society of Upper Canada. His affidavit also exhibited a brief professional biography and explained that, between 1986 and 1991, he acted as one of SIRC's counsel. During that time, he worked on four or five matters, two of which required him to review CSIS files. Thus, he was required to obtain, and did obtain, a "Top Secret" security classification. Mr. Horton described his duties as one of SIRC's independent counsel in the following terms:

LES DOCUMENTS DÉPOSÉS AU SOUTIEN DE LA REQUÊTE

[9] La requête est appuyée par des affidavits produits sous serment par John B. Laskin, William George Horton et Diana Muñoz. M. Harkat s'en rapporte également au résumé.

[10] M. Laskin est un membre éminent et respecté du Barreau du Haut-Canada. Son affidavit, auquel est annexée sa notice biographique, mentionne que, de 1985 à 1986, il a été conseiller juridique du Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (le CSARS) à propos de plaintes déposées en vertu de l'article 42 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS). Les règles de procédure du CSARS qui régissaient sa fonction selon la Loi sur le SCRS (règles adoptées le 9 mars 1985) accompagnent également l'affidavit de M. Laskin. M. Laskin a aussi indiqué qu'il a représenté le gouvernement du Canada à plusieurs reprises, notamment dans des instances découlant d'oppositions à la communication de renseignements au motif que la communication serait préjudiciable à la sécurité nationale. Pour son travail auprès du CSARS et pour certaines autres missions, M. Laskin détenait l'habilitation de sécurité du niveau «très secret». M. Laskin a juré, selon ce qu'il croyait, que, s'il était nommé intervenant bénévole, il serait de nouveau en mesure d'obtenir cette habilitation de sécurité. Finalement, M. Laskin a indiqué qu'il serait disposé à exercer la charge d'intervenant bénévole si la Cour estimait avoir besoin de cette assistance.

[11] M. Horton est un autre membre éminent du Barreau du Haut-Canada. Son affidavit était lui aussi accompagné d'un bref sommaire de ses antécédents professionnels et précisait que, entre 1986 et 1991, il avait été l'un des conseillers juridiques du CSARS. Au cours de cette période, il avait travaillé sur quatre ou cinq affaires, dont deux l'avaient obligé à examiner les dossiers du SCRS. Il devait donc obtenir, et il a effectivement obtenu, une classification de sécurité du niveau «très secret». M. Horton a décrit de la manière suivante sa fonction de conseiller juridique autonome du CSARS:

[TRADUCTION]

4. One of my principal duties as independent counsel was to represent the interests of the complainant with respect to information which could not be disclosed to the complainant and his counsel because of the security classification which had been applied to such information. In the course of performing that function, I did the following:
- a) discuss the case with the Chair of the SIRC panel at the outset and review material in the SIRC file regarding the complaint;
 - b) review the CSIS file;
 - c) discuss the case with the complainant's counsel and, without revealing any classified information, obtain input as to what issues and concerns the complainant would like to have addressed;
 - d) conduct in camera cross-examinations of CSIS employees and any informants who testified in whole or in part in camera;
 - e) make submissions to the SIRC panel with respect to the in camera proceedings;
 - f) provide editorial assistance with respect to the reasons of the SIRC panel once a decision had been made by the panel.
5. In the performance of these duties, I attempted to bring out facts and considerations which were favourable to the complainant in a balanced and responsible manner having regard to the fact that I owed duties to both the complainant and to SIRC. However, where I felt in my own independent judgement that it was required, I did not hesitate to conduct an adversarial cross-examination of a witness.
6. While the role I played as independent counsel to SIRC was a hybrid role in terms of Canadian legal norms, I felt that it was a necessary and effective compromise to ensure that there could be a degree of scrutiny and accountability for state action where classified information is involved.
4. L'une de mes fonctions principales en tant que conseiller juridique indépendant consistait à représenter les intérêts du plaignant au regard des renseignements qui ne pouvaient pas être communiqués au plaignant et à son avocat en raison de la classification de sécurité qui avait été attribuée à tels renseignements. Dans l'exercice de mes attributions, j'exécutais les tâches suivantes:
- a) discuter d'abord du dossier avec les membres du CSARS et examiner les documents du dossier du CSARS relatifs à la plainte;
 - b) examiner le dossier du SCRS;
 - c) discuter de l'affaire avec l'avocat du plaignant et, sans révéler les renseignements classifiés, obtenir des indications sur les points et les sujets d'inquiétude au sujet desquels le plaignant souhaitait une décision;
 - d) procéder, à huis clos, aux contre-interrogatoires d'employés du SCRS et de dénonciateurs, qui témoignaient, en totalité ou en partie, à huis clos;
 - e) présenter des conclusions aux membres du CSARS à propos des procédures conduites à huis clos;
 - f) apporter un soutien rédactionnel dans l'exposé des motifs des membres du CSARS après qu'ils s'étaient concertés sur une décision.
5. Dans l'accomplissement de ces tâches, je m'efforçais de faire ressortir, d'une manière équilibrée et responsable, les circonstances et considérations qui favorisaient le plaignant, eu égard au fait que j'avais des obligations à la fois envers le plaignant et envers le CSARS. Toutefois, lorsque j'estimais, en mon âme et conscience, qu'il le fallait, je n'hésitais pas à procéder au contre-interrogatoire d'un témoin, dans une optique contradictoire.
6. Le rôle que je jouais en tant que conseiller juridique autonome du CSARS était un rôle hybride au regard des normes juridiques canadiennes, mais je crois que c'était un compromis nécessaire et efficace de nature à garantir un minimum d'examen et de responsabilité à propos de décisions publiques qui faisaient intervenir des renseignements classifiés.

[12] Diana Muñoz is a legal secretary employed by Mr. Harkat's solicitor. Her affidavit identified a bound volume entitled "Material Relied Upon in Support of the *Amicus Curiae* Motion". The contents of that volume are

[12] Diana Muñoz est une secrétaire juridique qui travaille pour l'avocat de M. Harkat. Son affidavit faisait état d'un volume relié intitulé «Documents invoqués au soutien de la requête en nomination d'un intervenant

generally described as the correspondence and a memorandum all relating to various disclosure requests made on Mr. Harkat's behalf.

THE JURISDICTIONAL QUESTION

[13] At the outset, I dismiss the argument advanced on the Ministers' behalf that Mr. Harkat was obliged to serve a notice of constitutional question upon the Attorney General of Canada and the Attorney General of each province. Section 57 [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)] requires service of such a notice where the "constitutional validity, applicability, or operability of an Act of Parliament" is put into question. I do not understand Mr. Harkat on this motion to put the validity, applicability, or operability of section 78 of the Act in question. Rather, Mr. Harkat states in his notice of motion that "in the absence of the assistance of the *amicus curiae*, in the particularly complicated circumstances of this case . . . it will be impossible for the Court to provide fundamental justice" to him pursuant to section 7 of the Charter on the issue of whether the security certificate is reasonable. In other words, Mr. Harkat states that his section 7 Charter rights are jeopardized by the current procedure and that the Act, fairly interpreted, allows the Court to remedy that situation. In that circumstance, Mr. Harkat was not, in my view, obliged to serve a notice of constitutional question.

[14] In the circumstances of this case, I do not find it necessary to decide whether the Court has the jurisdiction to appoint an *amicus curiae*. In the absence of fully developed submissions on the point, as reflected in the appended written submissions, I consider it preferable that I do not decide the point. On my assessment of the merits of the motion before me, it is sufficient for me to assume, without deciding, that there is such a jurisdiction.

[15] I now turn to consider the facts and matters urged upon the Court as justifying the appointment of an *amicus curiae* on the assumption that jurisdiction exists

bénévole». Le contenu de ce volume renferme généralement la correspondance et un mémoire se rapportant à diverses demandes de communication présentées au nom de M. Harkat.

LA QUESTION DU POUVOIR DE NOMINATION

[13] Je rejette tout de suite l'argument avancé au nom des ministres selon lequel M. Harkat était tenu de signifier un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces. L'article 57 [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)], impose la signification d'un tel avis lorsque «la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel» d'une loi fédérale est mis en doute. Je ne crois pas que M. Harkat, dans cette requête, mette en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet de l'article 78 de la Loi. Il dit plutôt, dans son avis de requête, que «sans l'assistance de l'intervenant bénévole, et compte tenu des circonstances particulièrement complexes de la présente affaire [. . .], il sera impossible pour la Cour de lui assurer la justice fondamentale» dont il est question dans l'article 7 de la Charte, lorsqu'elle se demandera si le certificat de sécurité est raisonnable. Autrement dit, M. Harkat dit que ses droits selon l'article 7 de la Charte sont compromis par la procédure actuelle et que la Loi, interprétée objectivement, permet à la Cour de corriger cette situation. Dans ces conditions, M. Harkat n'était pas, à mon avis, tenu de signifier un avis de question constitutionnelle.

[14] Eu égard aux circonstances de la présente affaire, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de décider si la Cour a le pouvoir de nommer un intervenant bénévole. En l'absence de conclusions pleinement développées sur la question, ainsi qu'il appert des conclusions écrites annexées, je crois qu'il est préférable pour moi de ne pas décider ce point. Vu mon évaluation du fond de la requête dont je suis saisie, qu'il me suffise de présumer, sans devoir me prononcer, que la Cour est investie de ce pouvoir.

[15] J'examinerai maintenant les faits et incidents portés à la connaissance de la Cour pour justifier la nomination d'un intervenant bénévole, le postulat étant

in certain circumstances either by implication or as a result of the Court's jurisdiction to provide a remedy for a breach of a Charter right.

THE BASIS OF THE ARGUMENT THAT AN *AMICUS CURIAE* IS REQUIRED

[16] The facts and matters said to render it impossible for the Court to provide fundamental justice to Mr. Harkat or to warrant the exercise of common law jurisdiction to appoint an *amicus curiae* are as follows:

(i) Matters relating to Mr. Harkat are significantly more complicated than the matters relating to Mr. Ahani which were considered by Madam Justice McGillis in *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.); aff'd (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (F.C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1997] 2 S.C.R. v. The simpler allegations in respect of Mr. Ahani were those before the Court when it found the predecessor legislation to sections 77, 78 and 80 of the Act to meet the principles of fundamental justice.

(ii) Given the particularly complicated history and circumstances of this case, "the unwillingness of the government to answer even such basic questions as to whether they are relying on information obtained from Maher Arar, or Ahmed Ressay, an *amicus curiae* is necessary in order to allow the Court to consider fully and fairly the context and substance of the allegations made against" Mr. Harkat.

(iii) Such appointment would greatly assist the Court in assessing the reasonableness of the security certificate. "An *amicus curiae* would allow the Court to benefit from hearing representations of counsel which would not otherwise be put forward, while preserving the government's claim to national security interest". Considering the type of issues the Court will be called upon to decide, "the assistance or input of an *amicus curiae* could prove invaluable" so that Mr. Harkat's interest will be more completely protected. The appointment of an *amicus curiae* is said to strike a just

que le pouvoir de nommer un intervenant bénévole existe dans certaines conditions, soit implicitement, soit en raison du pouvoir de la Cour d'accorder réparation en cas de violation d'un droit prévu par la Charte.

LE FONDEMENT DE L'ARGUMENT SELON LEQUEL UN INTERVENANT BÉNÉVOLE EST NÉCESSAIRE

[16] Les faits et incidents qui empêcheraient la Cour d'assurer à M. Harkat une justice fondamentale ou qui justifieraient l'exercice du pouvoir de common law de nommer un intervenant bénévole sont les suivants:

i) Les faits qui concernent M. Harkat sont nettement plus complexes que ceux qui concernaient M. Ahani, et qui ont été étudiés par la juge McGillis dans la décision *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1997] 2 R.C.S. v. Les affirmations plus simples dirigées contre M. Ahani étaient celles que la Cour avait devant elle lorsqu'elle avait estimé que les dispositions antérieures correspondant aux articles 77, 78 et 80 de la Loi répondaient aux principes de justice fondamentale.

ii) Vu les antécédents et circonstances particulièrement complexes de la présente affaire, et «le peu d'empressement du gouvernement à répondre tant soit peu à des questions aussi fondamentales que celle de savoir s'il se fonde sur des renseignements obtenus de Maher Arar ou de Ahmed Ressay, un intervenant bénévole est nécessaire pour que la Cour soit en mesure d'examiner pleinement et objectivement le contexte et la substance des accusations portées contre» M. Harkat.

iii) La nomination d'un intervenant bénévole aiderait énormément la Cour à évaluer le caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité. «Un intervenant bénévole donnerait à la Cour l'avantage d'entendre les observations des avocats, qui autrement ne seraient pas mises en avant, tout en préservant la volonté du gouvernement de faire prévaloir les intérêts de la sécurité nationale». Eu égard au genre de questions que la Cour sera appelée à trancher, «l'assistance ou la contribution d'un intervenant bénévole pourrait se révéler précieuse» et les intérêts de M. Harkat seront de la sorte mieux

balance between the competing interests inherent in the case.

(iv) The summary provided to Mr. Harkat pursuant to subsection 78(h) of the Act fails to meet the standard imposed upon the Ministers of full, fair and candid disclosure of the facts. Particularly, there was not full disclosure of the political situation in Algeria and the Ministers suggested that false Saudi passports were passports of choice only for Islamic extremists wishing to enter Canada.

ANALYSIS OF THE SUFFICIENCY OF THE GROUNDS ASSERTED TO JUSTIFY APPOINTMENT OF AN *AMICUS CURIAE*

[17] I will analyse the facts and matters argued by Mr. Harkat within the following framework:

1. Do those matters establish that the appointment of an *amicus curiae* is necessary or required in order for the Court to exercise the jurisdiction granted to the Court pursuant to the Act so as to establish the asserted implied jurisdiction?

2. Do those matters establish that, unless an *amicus curiae* is appointed, it will be impossible for the Court to provide fundamental justice to Mr. Harkat?

3. Are there additional considerations relevant to the exercise of discretion to appoint an *amicus curiae* in this case?

[18] Before commencing this analysis, it will be helpful to consider the regime established by sections 77, 78 and 80 of the Act and the role in that scheme of the designated judge. These matters were recently reviewed by my colleague, Mr. Justice Noël, in *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.) and I adopt his explanation as set out in paragraphs 100 through 102 of his reasons:

In my opinion, designated judges are the cornerstone of the review procedure because they have a twofold obligation: to protect criminal or national security intelligence; and to provide the person concerned with a summary of the evidence

protégés. La nomination d'un intervenant bénévole établirait semble-t-il un juste équilibre entre les intérêts rivaux en présence ici.

iv) Le résumé remis à M. Harkat conformément à l'alinéa 78h) de la Loi n'atteint pas la norme imposée aux ministres, cette norme étant la communication intégrale, objective et sincère des faits. Plus précisément, il n'y a pas eu divulgation intégrale de la situation politique ayant cours en Algérie, et les ministres ont indiqué que les faux passeports saoudiens étaient des passeports de prédilection uniquement pour des extrémistes islamiques désireux d'entrer au Canada.

ANALYSE DE LA PERTINENCE DES MOTIFS AVANCÉS POUR JUSTIFIER LA NOMINATION D'UN INTERVENANT BÉNÉVOLE

[17] J'analyserai à l'intérieur du cadre suivant les faits et incidents invoqués par M. Harkat:

1. Ces incidents établissent-ils que la nomination d'un intervenant bénévole est nécessaire ou requise pour que la Cour puisse exercer le pouvoir que lui confère la Loi, de telle sorte que serait établi le pouvoir implicite allégué?

2. Ces incidents établissent-ils que, si un intervenant n'est pas nommé, il sera impossible pour la Cour d'assurer à M. Harkat une justice fondamentale?

3. D'autres facteurs intéressent-ils l'exercice du pouvoir de nommer un intervenant bénévole dans la présente affaire?

[18] Avant de commencer cette analyse, il convient d'examiner le régime établi par les articles 77, 78 et 80 de la Loi et le rôle assigné dans ce régime au juge désigné. Ces aspects ont été étudiés récemment par mon collègue, le juge Noël, dans la décision *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.). Je fais mienne l'explication qu'il en donne aux paragraphes 100 à 102 de ses motifs:

À mon avis, le juge désigné constitue la pierre angulaire de la procédure de révision en ce qu'il a la double obligation de protéger les renseignements liés à la sécurité nationale ou à la criminalité et de remettre à la personne concernée un résumé

that reasonably discloses the circumstances giving rise to the certificate and the warrant that resulted in his detention. This constitutes the balance between the opposing interests.

In order to carry out this difficult task, the designated judge has access to all the information on which the Ministers' decisions are based, without exception. The designated judge can even examine additional information if counsel for the Ministers submit any (paragraph 78(j) of the IRPA). The Ministers' representatives are even under a duty to inform the designated judge of any facts that could be prejudicial to the Ministers' case. In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, Arbour J. notes that the duty of disclosure is much greater when Parliament has authorized hearings in the absence of a party [at paragraph 47]:

As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest.

Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means. Designated judges take account of the fact that the information was obtained in confidence from a source in Canada or a foreign source, or that the information is already in the public domain. They ask the Ministers' representatives about the quality of the investigation and inquire into whether the events can be interpreted differently. They decide which information can be disclosed to the person concerned and provide a summary of the evidence containing nothing which would, if disclosed, be injurious to national security or to the safety of any person. The summary must enable the person concerned to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the signing of the certificate, the issuance of the warrant of arrest and the detention.

After the person concerned receives the summary in question and other relevant documents, the designated judge holds one or more hearings where the person concerned is given the opportunity to be heard. . . . At the hearing, the Ministers and the person concerned have the opportunity to call witnesses, submit documentary evidence and make

de la preuve suffisamment révélateur des circonstances qui ont donné lieu au certificat et au mandat ayant mené à la détention. C'est ainsi qu'est établi l'équilibre entre les intérêts opposés.

Pour qu'il puisse effectuer cette difficile tâche, le juge désigné a accès à tous les renseignements, sans exception, utilisés par les ministres pour en arriver à leurs décisions. Il peut même recevoir des renseignements additionnels si les avocats des ministres en déposent (alinéa 78j) de la LIPR. Les représentants des ministres ont même l'obligation d'informer le juge désigné de faits pouvant nuire à la thèse des ministres. Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, la juge Arbour précise que l'obligation d'informer est beaucoup plus grande lorsque le législateur permet la tenue d'audiences en l'absence de l'une des parties [au paragraphe 47]:

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables.

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible. Il tient compte du fait que les renseignements ont été obtenus sous le sceau du secret, soit d'une source canadienne ou d'une source étrangère, ou que ces renseignements font déjà partie du domaine public. Il s'enquiert auprès des représentants des ministres de la qualité de l'enquête et s'interroge quant à la possibilité que des événements puissent être interprétés différemment. Il décide quels renseignements peuvent être dévoilés à la personne concernée et fournit un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ce résumé doit suffisamment informer la personne concernée des circonstances qui ont donné lieu à la signature du certificat et au lancement du mandat d'arrestation et de la détention.

Après que la personne concernée a reçu le résumé en question et les autres documents pertinents, le juge désigné préside une ou des audiences où il donne la possibilité à la personne concernée d'être entendue. L'audience peut porter sur le caractère raisonnable du certificat, sur le maintien de la détention ou sur les deux. Lors de l'audience, les ministres et

oral as well as written submissions.

(i) Is the appointment of *amicus curiae* necessary or required in order for the Court to exercise the jurisdiction granted to the Court pursuant to the Act?

[19] The Federal Court is not a court of general or inherent jurisdiction. It is a statutory court constituted pursuant to Parliament's authority under section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to establish "additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". Section 3 [as am. by S.C. 2002, ch. 8, s. 16] of the *Federal Courts Act* provides that the Court is a "court of law, equity, and admiralty" and "a superior court of record having civil and criminal jurisdiction". The designation of the Federal Court as a superior court has been held to confer no jurisdiction by itself. See: *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at page 232 where the majority of the Court held that the concluding words of section 3 of the then *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and the reference to the Federal Court continuing as a "superior court of record" did not make the Federal Court a "superior court" within the same meaning of that expression as applied to the superior courts of the provinces, that is courts having jurisdiction in all cases not excluded from their authority". This authority, in my view, distinguishes the *dicta* of the Ontario Court of Appeal in *Samra*. The Federal Court can only exercise those powers that are given to it by Parliament.

[20] Having said that, a power may be conferred by implication to the extent that the existence and exercise of such a power is necessary for the Court to properly and fully exercise the jurisdiction expressly conferred upon it by some statutory provision. See: *New Brunswick*

la personne concernée ont l'occasion de présenter des témoins, de déposer de la preuve documentaire et de plaider oralement et par écrit.

i) La nomination d'un intervenant bénévole est-elle nécessaire ou requise pour que la Cour soit en mesure d'exercer le pouvoir qui lui est conféré par la Loi?

[19] La Cour fédérale n'est pas une juridiction investie d'une compétence générale ou implicite. C'est une juridiction d'origine législative constituée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], le pouvoir d'établir «des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada». L'article 3 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16] de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour est «un tribunal [. . .] de droit, d'equity et d'amirauté» et «une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale». La désignation de la Cour fédérale en tant que cour supérieure est réputée ne conférer par elle-même aucune compétence. Voir l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la page 232, dans lequel les juges de la majorité avaient estimé que les derniers mots de l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10], son appellation d'alors, ainsi que la mention selon laquelle la Cour fédérale continue d'être une «cour supérieure d'archives», ne faisaient pas de la Cour fédérale une "cour supérieure" au sens que possède cette expression lorsqu'elle est appliquée aux cours supérieures des provinces, c'est-à-dire à des cours qui ont compétence dans toutes les matières qui ne sont pas exclues de leur juridiction». À mon avis, ce précédent enlève toute pertinence aux observations incidentes faites par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Samra*. La Cour fédérale ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur.

[20] Cela dit, un pouvoir peut être conféré implicitement dans la mesure où l'existence et l'exercice d'un tel pouvoir sont nécessaires pour permettre à la Cour d'exercer valablement et pleinement la compétence qui lui est expressément conférée par une disposition

Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited, [1985] 2 F.C. 13 (C.A.) where the Federal Court of Appeal found that it had implied jurisdiction to grant a stay where the failure to stay the operation of the decision under review would render the appeal nugatory. However, conferral of a power will be implied only where that power is necessary or required in order to permit the exercise of the Court's express jurisdiction. See: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at pages 639-644 where the majority of the Court wrote that, in the context of the power to issue an injunction, "power has only been implied where that power is actually necessary for the administration of the terms of the legislation; coherence, logicity, or desirability are not sufficient".

[21] This is why it is necessary to consider whether the evidence establishes that the appointment of an *amicus curiae* is necessary in order for the Court to exercise its responsibility under sections 78 and 80 of the Act.

[22] Counsel have not cited, nor am I aware of, any prior request for the appointment of an *amicus curiae* in cases where the Court is inquiring into the reasonableness of a security certificate under the Act or under its predecessor legislation. In those previous cases, the Court reached its conclusions concerning the reasonableness of a certificate without the assistance of an *amicus curiae*. What then makes this case different so that the Court cannot exercise its statutory jurisdiction without the appointment of an *amicus curiae*?

[23] First, Mr. Harkat argues that the matters relating to him are significantly more complicated than the matters relating to Mr. Ahani. No evidentiary basis was tendered for this submission, but it was argued orally that the *Ahani* case was simpler because the allegation was simply that Mr. Ahani was a foreign assassin.

[24] Allegations against Mr. Harkat, as contained in the summary and supplementary disclosures, are that:

législative. Voir l'arrêt *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13 (C.A.), où la Cour d'appel fédérale avait jugé qu'elle avait le pouvoir implicite de suspendre l'application d'une décision contestée, dès lors que la non-suspension aurait pour effet de rendre l'appel illusoire. Toutefois, l'attribution d'un pouvoir ne sera présumée que lorsque ce pouvoir est nécessaire ou requis pour permettre à la Cour d'exercer la compétence dont elle est investie expressément. Voir l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux pages 639 à 644, où les juges de la majorité écrivaient que, s'agissant du pouvoir de prononcer une injonction, «[l']existence du pouvoir d'accorder une injonction n'a été inférée que dans les cas où ce pouvoir était vraiment nécessaire à l'application du texte de loi concerné; la cohérence, ainsi que le caractère logique et souhaitable, ne suffisent pas».

[21] D'où la nécessité de se demander si la preuve établit que la nomination d'un intervenant bénévole est requise pour que la Cour puisse exercer le pouvoir que lui confèrent les articles 78 et 80 de la Loi.

[22] Les avocats n'ont fait état, et je n'ai connaissance, d'aucune demande antérieure de nomination d'un intervenant bénévole dans des cas où la Cour est appelée à s'interroger sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité délivré en vertu de la Loi ou du texte antérieur correspondant. Dans ces précédents, la Cour avait statué sur la validité du certificat sans l'assistance d'un intervenant bénévole. En quoi la présente affaire s'en distingue-t-elle donc au point que la Cour sera dans l'impossibilité d'exercer son pouvoir si un intervenant bénévole n'est pas nommé?

[23] D'abord, M. Harkat fait valoir que son cas est nettement plus complexe que celui de M. Ahani. Aucune preuve n'a été avancée à l'appui de cet argument, mais on a fait valoir oralement que l'affaire *Ahani* était plus simple parce que l'allégation portée contre M. Ahani était simplement que ce dernier était un assassin étranger.

[24] Les affirmations dont est l'objet M. Harkat, qui figurent dans le résumé et dans les autres documents divulgués, sont les suivantes:

- (i) Prior to arriving in Canada, Mr. Harkat engaged in terrorism by supporting terrorist activities, and he is a member of the Bin Laden Network which includes Al-Qaida.
- (ii) He is an Islamic extremist and a supporter of Afghani, Pakistani and Chechen extremists.
- (iii) Mr. Harkat's method and route of travel to Canada, untrue statements made to Canadian officials, support for individuals and groups involved in political violence or terrorist activity, alliances with Islamic extremists, and use of security techniques lead CSIS to believe that Mr. Harkat is associated with organizations that support the use of political violence and terrorism.
- (iv) With respect to the provision of untrue statements, it is said that Mr. Harkat lied when he:
- (a) denied helping Islamic extremists in Pakistan while working for a relief agency;
- (b) denied he was involved in supporting Islamic extremists;
- (c) failed to reveal that he had been in Afghanistan;
- (d) masked his relationships with individuals in Canada; and
- (e) denied using aliases in order, in part, to distance himself from associating with individuals or groups who may have participated in the Bin Laden Network.
- (v) Mr. Harkat has assisted some Islamic extremists who have come to Canada.
- (vi) Mr. Harkat has associated with Abu Zubaida, one of Usama bin Laden's top lieutenants who identified Mr. Harkat from his physical description and his activities,
- i) Avant d'arriver au Canada, M. Harkat s'est livré au terrorisme en soutenant des activités terroristes, et il appartient au réseau de Ben Laden, qui comprend Al-Qaida.
- ii) Il est un extrémiste islamique et un partisan des extrémistes afghans, pakistanais et tchéchènes.
- iii) Le moyen et l'itinéraire employés par M. Harkat pour se rendre au Canada, les fausses déclarations qu'il a faites aux fonctionnaires canadiens, son soutien à des individus et groupes impliqués dans des violences politiques ou des activités terroristes, ses alliances avec des extrémistes islamiques et son recours à des techniques de sécurité, tout cela conduit le SCRS à croire que M. Harkat est associé à des organisations qui soutiennent le recours à la violence politique et au terrorisme.
- iv) S'agissant des déclarations fausses, on affirme que M. Harkat a menti:
- a) lorsqu'il a nié avoir aidé des extrémistes islamiques au Pakistan alors qu'il travaillait pour un organisme d'aide;
- b) lorsqu'il a nié qu'il soutenait des extrémistes islamiques;
- c) lorsqu'il a négligé de révéler qu'il s'était rendu en Afghanistan;
- d) lorsqu'il a dissimulé les relations qu'il entretenait avec certaines personnes au Canada; et
- e) lorsqu'il a nié avoir eu recours à des noms d'emprunt pour notamment éviter d'être suspecté d'association avec des individus ou groupes ayant pu participer au réseau de Ben Laden.
- v) M. Harkat est venu en aide à certains extrémistes islamiques qui se sont rendus au Canada.
- vi) M. Harkat a été en relation avec Abu Zubaida, l'un des premiers lieutenants d'Oussama ben Laden, qui a identifié M. Harkat d'après son signalement physique et

including that he operated a guest house in Peshawar, Pakistan in the mid-1990s for Mujahedin travelling to Chechnya.

(vii) Mr. Harkat denied being known as Abu Muslim or Abu Muslima.

[25] Mr. Harkat is, in my view, able to avail himself of his opportunity to be heard under paragraph 78(i) of the Act in response to this disclosure without the involvement of *amicus curiae*. The allegations against him are based purely on asserted facts and in my view are not so complicated as to require a procedure not contemplated in the Act.

[26] Mr. Harkat points to the fact that he has been unable to obtain answers to all of 231 questions which he put to the Ministers and he says therefore that an *amicus curiae* is necessary. With respect, I appreciate that, without knowledge of the contents of the classified Security Intelligence Report that led to the issuance of the security certificate, it is impossible for Mr. Harkat to know the precise evidence that supports the certificate where I have found that the disclosure of such evidence would be injurious to national security or to the safety of any other person. That does not mean, however, that without an *amicus curiae* the Court cannot fully and fairly consider the context and substance of the allegations made against Mr. Harkat and the nature and the reliability of the evidence supporting it. That is the very responsibility of the Court, and the exercise the Court has, and will, conduct. To illustrate, by direction, the Court has previously advised the parties that:

I have carefully considered the entirety of the evidence presented by the Ministers. On the basis of that review and consideration, I can advise that I will make no finding adverse to Mr. Harkat on the basis of any information concerning Mr. Harkat which may have been provided by Ahmed Ressam or Maher Arar.

[27] To the extent that information was sought by Mr. Harkat in his counsel's 231 questions (and more), any information that was not already before the Court in the classified Security Intelligence Report has now been provided to the Court in Mr. Harkat's absence where the

ses activités, notamment le fait qu'il avait géré un petit hôtel à Peshawar (Pakistan), au milieu des années 1990, pour les moudjahidin qui se rendaient en Tchétchénie.

vii) M. Harkat a nié être connu sous le nom de Abu Muslim ou Abu Muslima.

[25] M. Harkat est, à mon avis, en mesure de se prévaloir de l'occasion qui lui est donnée de s'exprimer, selon l'alinéa 78*i*) de la Loi, sur le résumé et les autres documents divulgués, et cela sans que soit nommé un intervenant bénévole. Les accusations dont il est l'objet reposent uniquement sur les faits allégués et, à mon avis, elles ne sont pas complexes au point de requérir une procédure que ne prévoit pas la Loi.

[26] M. Harkat fait observer qu'il n'a pu obtenir de réponses aux 231 questions qu'il a posées aux ministres, et il dit par conséquent qu'un intervenant bénévole est nécessaire. Je reconnais tout à fait que, s'il n'a pas connaissance de la teneur des renseignements classifiés qui ont conduit à la délivrance du certificat de sécurité, il lui est impossible de connaître la preuve précise qui justifie le certificat et dont, à mon avis, la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Cela ne veut pas dire cependant que, sans un intervenant bénévole, la Cour est dans l'impossibilité d'apprécier pleinement et objectivement le contexte et le fond des affirmations dont M. Harkat est l'objet, ainsi que la nature et la crédibilité des preuves avancées au soutien de telles affirmations. C'est là précisément la responsabilité qui incombe à la Cour, et c'est l'exercice dont la Cour a et aura la conduite. À titre d'exemple, la Cour a déjà, par une directive, informé les parties de ce qui suit:

[TRADUCTION] J'ai attentivement examiné l'intégralité de la preuve produite par les ministres. Après réflexion, je puis affirmer que je ne tirerai aucune conclusion défavorable à M. Harkat sur la foi d'un renseignement le concernant qui a pu être fourni par Ahmed Ressam ou Maher Arar.

[27] Dans la mesure où des précisions étaient demandées par M. Harkat dans les 231 questions (et davantage) de son avocat, toute indication dont ne disposait pas déjà la Cour dans les renseignements classifiés a depuis été communiquée à la Cour en

disclosure of the answer would be injurious to national security or the safety of any person. Put more simply, the Court has ensured that all information that Mr. Harkat wished to have before the Court has been placed before the Court.

[28] Counsel for Mr. Harkat argued that intelligence services have been involved with abuses in the past and that intelligence services are not infallible. This, however, is why the Court is obliged to isolate the facts relied upon to support the security certificate and then, in the words of Mr. Justice Blais in *Zündel (Re)* (2004), 245 F.T.R. 61 (F.C.), at paragraph 12, review such evidence “with intense scrutiny” and weigh the evidence “with an eye to the quality and number of sources of information”. This will necessarily require the Court to consider the potential for error caused by a number of factors including misidentification, mistake, misdirection, incompetence and malevolence.

[29] Mr. Harkat also argues that the appointment of an *amicus curiae* would greatly assist the Court and that his interest would be better protected with the presence of an *amicus*. However, as the majority of the Supreme Court noted in *Canadian Liberty Net*, the standard for finding an implied power is a stringent one; a power is not to be implied where it is simply logical or desirable.

[30] Mr. Harkat has alleged that an *amicus curiae* is required because the Ministers have failed to make full and fair and candid disclosure of the facts in two material respects. First, Mr. Harkat says there was not full disclosure of the political situation in Algeria. Specifically he says that:

The government failed to advise the Court that the FIS won the first round of the elections in 1992, that the military intervened to take over the government and cancelled the elections. The government failed to advise this Court that the military engaged in indiscriminate killings and disappearances of its political opponents. The government failed to advise the Court that 200,000 people were killed in Algeria as a result of the

l'absence de M. Harkat lorsque la divulgation de la réponse risquait d'être préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Bref, la Cour s'est assurée que tous les renseignements dont M. Harkat voulait que la Cour ait connaissance ont été portés à la connaissance de la Cour.

[28] L'avocat de M. Harkat a fait valoir que les services de renseignement se sont déjà rendus coupables d'abus et ne sont pas infaillibles. C'est cependant la raison pour laquelle la Cour est tenue d'isoler les faits invoqués au soutien du certificat de sécurité, puis, selon les mots employés par le juge Blais dans la décision *Zündel (Re)* (2004), 245 F.T.R. 61 (C.F.), au paragraphe 12 [2004 CF 86], de les examiner «avec minutie» et de les évaluer «en tenant compte de la qualité et du nombre des sources d'information». La Cour devra donc nécessairement tenir compte des erreurs pouvant résulter de plusieurs facteurs, notamment mauvaise identification, méprise, erreur d'acheminement, incompetence ou malveillance.

[29] M. Harkat fait aussi valoir que la nomination d'un intervenant bénévole serait d'une grande assistance pour la Cour et que son intérêt serait mieux protégé avec la présence d'un tel intervenant. Cependant, ainsi que le faisaient observer les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, la norme permettant de conclure à l'existence d'un pouvoir implicite est une norme rigoureuse; un pouvoir qui n'est que logique ou souhaitable ne sera pas un pouvoir implicite.

[30] Selon M. Harkat, un intervenant bénévole est nécessaire parce que les ministres n'ont pas, sous deux aspects importants, divulgué les faits d'une manière intégrale, objective et sincère. D'abord, M. Harkat dit qu'il n'y a pas eu divulgation intégrale de la situation politique ayant cours en Algérie. Plus précisément, il dit que:

[TRADUCTION] Le gouvernement n'a pas informé la Cour que le FIS avait remporté le premier tour des élections en 1992, que l'armée était intervenue pour prendre le pouvoir et qu'elle avait annulé les élections. Le gouvernement n'a pas informé la Cour que l'armée s'était livrée sans discernement à des massacres et disparitions en vue d'éliminer ses opposants politiques. Le gouvernement n'a pas informé la

actions of the army and the response to the actions of the army in canceling [*sic*] the elections and seizing the government.

[31] I believe this to relate to paragraphs 10 and 11 of the summary which are as follows:

10. In his refugee claim, HARKAT acknowledged his support for, and membership in, the Front islamique du salut (FIS) in Algeria. When HARKAT was a supporter of the FIS, it was a legitimate political organization. In 1992, the FIS was outlawed by the Government of Algeria, and in 1993, it created a military wing, the Armée islamique du salut (AIS), which supported a doctrine of political violence. HARKAT claims to have joined the FIS in 1989 after losing faith in the Algerian government's ability to solve the social and economic problems facing Algeria. Shortly after joining the FIS, he provided the group with access to a family home in the village of Zmalet Elamir Abdulkadir, Algeria. This residence became the district office for the FIS and was used rent-free for the registration of its members. During this period, he claims to have resided at Oran University, where he was attending classes. In March 1990, Algerian government security officers closed down the residence in Zmalet Elamir Abdulkadir and arrested all the FIS workers. HARKAT was advised that the authorities were looking for him and went into hiding until his departure for Saudi Arabia on a visitor visa in April 1990. He travelled to Pakistan and remained until September 1995.

11. HARKAT's claims to membership in the FIS are consistent with Service investigation. However, Service investigation revealed that when the FIS severed its links with the Groupe islamique armé (GIA), HARKAT indicated his loyalties were with the GIA. The GIA seeks to establish an Islamic state in Algeria through the use of terrorist violence and to eliminate Western influences from the country. Although the FIS was at one time politically and ideologically associated with the GIA, in 1997, the FIS distanced itself from the civilian massacres committed by the GIA and publicly denied that the two organizations would join forces. Since the September 11, 2001 attacks on the United States, GIA attacks and massacres in Algeria have continued (see Annex IV). [Footnotes omitted.]

[32] I cannot accept Mr. Harkat's submissions that the Ministers breached their duty to make candid disclosure so as to establish the need for the appointment of an

Cour que 200 000 personnes ont été tuées en Algérie par suite des mesures prises par l'armée et par suite de la réaction aux mesures prises par l'armée pour annuler les élections et prendre le pouvoir.

[31] Je crois que cela se rapporte aux paragraphes 10 et 11 du résumé, qui sont ainsi rédigés:

[TRANSDUCTION]

10. Dans sa demande d'asile, M. HARKAT reconnaissait son soutien au Front islamique du salut (FIS) en Algérie, et son appartenance à cette organisation. À l'époque où il était un partisan du FIS, le FIS était une organisation politique légitime. En 1992, le FIS était déclaré hors la loi par le gouvernement algérien et, en 1993, il établissait une aile militaire, l'Armée islamique du salut (AIS), qui défendait une doctrine fondée sur la violence politique. M. HARKAT affirme s'être joint au FIS en 1989, après avoir perdu confiance dans la capacité du gouvernement algérien de résoudre les problèmes sociaux et économiques que connaissait l'Algérie. Peu après s'être joint au FIS, il a donné au groupe l'accès à une résidence familiale située dans le village de Zmalet Elamir Abdulkadir, en Algérie. Cet endroit est devenu le bureau de district du FIS et servait, gratuitement, à l'enrôlement de ses membres. Il dit que, durant cette période, il résidait à l'Université d'Oran, où il assistait à des cours. En mars 1990, les agents de sécurité du gouvernement algérien fermaient la résidence située à Zmalet Elamir Abdulkadir et arrêtaient tous les travailleurs du FIS. M. HARKAT fut informé que les autorités le recherchaient et il est allé se cacher jusqu'à son départ pour l'Arabie saoudite à la faveur d'un visa de visiteur en avril 1990. Il s'est rendu au Pakistan, où il est resté jusqu'en septembre 1995.

11. L'affirmation de M. HARKAT selon laquelle il est membre du FIS s'accorde avec l'enquête du Service. Toutefois, l'enquête du Service a révélé que, lorsque le FIS a rompu ses liens avec le Groupe islamique armé (GIA), M. HARKAT a indiqué que sa loyauté allait au GIA. Le GIA cherche à établir un État islamique en Algérie par le recours à la violence terroriste, et à éliminer du pays les influences occidentales. Le FIS était naguère politiquement et idéologiquement associé au GIA, mais, en 1997, il se distançait des massacres de civils commis par le GIA et démentait publiquement que les deux organisations joindraient leurs forces. Depuis les actes terroristes commis aux États-Unis le 11 septembre 2001, les attaques et les massacres du GIA en Algérie se poursuivent (voir l'annexe IV). [Notes omises.]

[32] Je ne puis accepter l'argument de M. Harkat selon lequel les ministres ont manqué à leur obligation de divulguer les faits avec sincérité, au point de rendre

amicus curiae. In my opinion, the summary fully and clearly outlines the allegations concerning Mr. Harkat's involvement in the FIS and GIA. If of the view that more information is required in order to historically situate the FIS, Mr. Harkat is free to adduce whatever relevant evidence he wishes.

[33] The second lack of disclosure is said to be the suggestion "that false Saudi passports were passports of choice only for Islamic extremists wishing to enter Canada". This is, I believe, a reference to paragraph 14 of the summary which is as follows:

14. In an interview with the Service in May 1997, HARKAT explained that he used a false Saudi passport so that he would not require a visa to travel to Canada. The Service believes Saudi passports were the document of choice for Islamic extremists wishing to enter Canada, as prior to 2002, Saudi passport holders did not require a visa to enter Canada.

[34] I do not believe, on a fair reading, that the summary says that only Islamic extremists used Saudi passports. Nor does the summary say that Islamic extremists only used Saudi passports. There has not been a breach of the duty to make full and fair and candid disclosure.

[35] To summarize, I have found that Mr. Harkat has failed to establish that the Court cannot properly exercise its jurisdiction without the appointment of an *amicus curiae*.

(ii) Without the appointment of an *amicus curiae*, will it be impossible for the Court to provide fundamental justice to Mr. Harkat?

[36] Subsection 24(1) of the Charter provides that:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a

nécessaire la nomination d'un intervenant bénévole. À mon avis, le résumé fait pleinement et clairement état des allégations relatives au rôle de M. Harkat au sein du FIS et du GIA. Si M. Harkat est d'avis que d'autres renseignements sont nécessaires pour situer historiquement le FIS, il est libre de produire toute preuve qu'il jugera utile.

[33] La seconde révélation contestable serait le fait que «les faux passeports saoudiens étaient des passeports de prédilection uniquement pour les extrémistes islamiques désireux d'entrer au Canada». Il s'agit là, je crois, d'une référence au paragraphe 14 du résumé, ainsi formulé:

[TRADUCTION]

14. Lors d'un entretien avec le Service en mai 1997, M. HARKAT avait expliqué qu'il utilisait un faux passeport saoudien, de manière à être dispensé d'obtenir un visa pour se rendre au Canada. Le Service croit que les passeports saoudiens étaient les documents de prédilection pour les extrémistes islamiques qui souhaitaient se rendre au Canada, étant donné que, avant 2002, les titulaires de passeports saoudiens n'avaient pas besoin de visa pour se rendre au Canada.

[34] Après lecture impartiale du résumé, je ne crois pas que ce qu'il dit est que seuls les extrémistes islamiques utilisaient des passeports saoudiens. Le résumé ne dit pas non plus que les extrémistes islamiques n'utilisaient que des passeports saoudiens. Il n'y a pas eu manquement à l'obligation de divulguer les faits d'une manière intégrale, objective et sincère.

[35] Finalement, je suis arrivée à la conclusion que M. Harkat n'a pas établi qu'il est impossible pour la Cour d'exercer valablement son pouvoir sans la nomination d'un intervenant bénévole.

ii) Sans la nomination d'un intervenant bénévole, sera-t-il impossible pour la Cour d'assurer à M. Harkat une justice fondamentale?

[36] Le paragraphe 24(1) de la Charte est ainsi formulé:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente

court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[37] Thus, the section allows a “court of competent jurisdiction” to ensure that violations of Charter rights are remedied in an appropriate fashion.

[38] In *Charkaoui*, at paragraph 107, Mr. Justice Noël concluded that the procedure established by sections 76 to 85 [s. 79 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)] of the Act complies with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter. More recently, in *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 171 (F.C.A.); leave to appeal dismissed, [2004] S.C.C.A. No. 354, the Federal Court of Appeal found that the procedure whereby a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board may, in making an admissibility decision, take into account security intelligence information without disclosing it to the affected individual, conforms to the principles of fundamental justice so that section 7 of the Charter is not violated.

[39] In both *Charkaoui* and *Sogi*, significant reliance was placed upon the decision of Madam Justice McGillis in *Ahani*. In *Ahani*, the constitutional validity of the predecessor legislation was upheld.

[40] It follows from this jurisprudence, at least for the purpose of this motion, that any alleged violation of Mr. Harkat’s section 7 Charter rights arises not from the legislative scheme, but from the particular circumstances of this case.

[41] For the reasons set out above, I have not been persuaded that there is anything in the circumstances of this case that renders the Court incapable of properly balancing and protecting Mr. Harkat’s rights so as to provide a hearing that conforms with the principles of fundamental justice. It follows, in my view, that there is no need for recourse to the remedial provisions of subsection 24(1) of the Charter in order to appoint an *amicus curiae*.

charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[37] Cette disposition permet donc à un «tribunal compétent» de veiller à ce que toute négation de droits garantis par la Charte soit réparée d’une manière adéquate.

[38] Au paragraphe 107 de la décision *Charkaoui*, le juge Noël concluait que la procédure établie par les articles 76 à 85 [art. 79 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)] de la Loi s’accorde avec les principes de justice fondamentale garantis par l’article 7 de la Charte. Plus récemment, dans l’arrêt *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 171 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusée, [2004] C.S.C.R. n° 354, la Cour d’appel fédérale a jugé que la procédure qui habilite un membre de la section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, lorsqu’il rend une décision sur l’admissibilité d’un demandeur d’asile, à prendre en compte tout renseignement de sécurité sans divulguer ce renseignement à l’intéressé, est conforme aux principes de justice fondamentale et ne contrevient pas à l’article 7 de la Charte.

[39] Dans les espèces *Charkaoui* et *Sogi*, les juges s’en sont rapportés largement à la décision rendue par la juge McGillis dans l’affaire *Ahani*. Dans cette affaire, la validité constitutionnelle du texte législatif antérieur avait été confirmée.

[40] Il ressort de cette jurisprudence, du moins pour ce qui concerne cette requête, que toute prétendue négation des droits conférés à M. Harkat par l’article 7 découle non pas du régime législatif, mais des circonstances particulières de la présente affaire.

[41] Pour les motifs susmentionnés, je n’ai pas été persuadée qu’un aspect quelconque des circonstances de la présente affaire rende la Cour incapable d’apprécier et de protéger adéquatement les droits de M. Harkat et donc de tenir une audience qui s’accorde avec les principes de justice fondamentale. Il s’ensuit, à mon avis, qu’il n’est pas nécessaire de recourir aux dispositions réparatrices du paragraphe 24(1) de la Charte pour nommer un intervenant bénévole.

(iii) Additional Considerations

[42] In my view, the following factors also weigh against the exercise of discretion to appoint an *amicus* in this case at this time:

(i) It would not be in accordance with the intent of Parliament, as expressed in the legislation.

(ii) The request is made late in the proceeding and would result in further delay.

(iii) The procedure set out in section 78 of the Act provides the designated judge with the necessary power and flexibility to inquire into the reasonableness of a security certificate while balancing and protecting the rights of the person named in the security certificate.

Parliamentary Intent

[43] Sections 77, 78 and 80 of the Act do not expressly contemplate the appointment of an *amicus curiae*, and section 78 evinces Parliament's intent that the responsibility for determining the reasonableness of the security certificate is placed upon the designated judge alone. It is the designated judge who is to: (i) hear the matter; (ii) ensure the confidentiality of all information; (iii) deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of natural justice permit; (iv) provide the person named in the certificate with a summary of the information or evidence that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate; and (v) provide the person concerned with an opportunity to be heard.

[44] In *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451, at paragraph 18, the Federal Court of Appeal considered the statutory obligation placed upon the designated judge to keep information confidential together with the provision of the Act that no appeal lies from the decision of a designated judge as to the reasonableness of the certificate. The Court of Appeal concluded from these provisions that Parliament intended that the evidence which is necessary to determine the reasonableness of the certificate is to be taken and handled by the

iii) Autres points à considérer

[42] À mon avis, les facteurs suivants militent également, ici et maintenant, contre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de nommer un intervenant bénévole:

i) Cela ne serait pas conforme à l'intention du législateur, telle qu'elle apparaît dans le texte législatif.

ii) La demande est présentée tardivement durant l'instance et conduirait à un délai additionnel.

iii) La procédure exposée dans l'article 78 de la Loi donne au juge désigné le pouvoir et la faculté de s'interroger sur le caractère raisonnable ou non d'un certificat de sécurité, tout en appréciant et en protégeant les droits de la personne nommée dans le certificat.

L'intention du législateur

[43] Les articles 77, 78 et 80 de la Loi ne prévoient pas expressément la nomination d'un intervenant bénévole, et l'article 78 montre que le législateur voulait que seul le juge désigné soit chargé de décider du caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité. C'est le juge désigné qui doit: i) entendre l'affaire; ii) garantir la confidentialité de tous les renseignements; iii) examiner tous les aspects sans formalisme et avec célérité, dans la mesure où les circonstances et les considérations de justice naturelle le permettent; iv) remettre à la personne nommée dans le certificat un résumé des renseignements ou des éléments de preuve afin qu'elle puisse raisonnablement s'informer des circonstances ayant donné lieu au certificat; et v) donner à l'intéressé la possibilité d'être entendu.

[44] Dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451, au paragraphe 18, la Cour d'appel fédérale examinait l'obligation faite au juge désigné de préserver le caractère confidentiel des renseignements, de même que la disposition de la Loi selon laquelle il ne peut être fait appel de la décision du juge désigné sur le caractère raisonnable ou non du certificat. La Cour d'appel a conclu de ces dispositions que le législateur voulait que la preuve permettant de dire si le certificat est ou non raisonnable soit recueillie et appréciée par le juge

designated judge and to go no further. In the view of the Court of Appeal, to recognize a right of appeal on the issue of detention would allow such evidence to go beyond that framework so as to be put before the Court of Appeal. This was said to pose a number of practical problems and raise questions that Parliament had not answered, which indicated to the Court of Appeal that Parliament did not contemplate any appeal from a decision on detention.

[45] It would follow from this reasoning that providing access to the confidential information to an *amicus curiae* would also be contrary to Parliament's intent.

[46] In my view, some singular circumstance would have to arise in order to justify derogation from the scheme set out in section 78 of the Act.

[47] Mr. Harkat placed some reliance upon a speech delivered at a conference organized by the Canadian Institute for the Administration of Justice entitled *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada Changing Following September 11?* by my colleague Mr. Justice Hugessen. There, Mr. Justice Hugessen observed that designated judges "do not like the process of having to sit alone hearing only one party, and looking at the material produced by only one party". However, judges are not parliamentarians. Parliament, when dealing with security certificates, has chosen not to follow the SIRC model (where independent counsel performed the functions described by Mr. Horton). Justice Hugessen's comments I believe reflect the difficulty of the task entrusted to designated judges and the keen awareness with which they face the task of balancing the rights of a person named in a security certificate against Canada's need to preserve the confidentiality of information protected for reasons of national security.

[48] Before moving to the next consideration, it is appropriate to deal with Mr. Harkat's submission that Parliament has eliminated the protections provided for

désigné et que les choses en restent là. De l'avis de la Cour d'appel, reconnaître un droit d'appel sur la question de la détention équivaudrait à permettre que cette preuve dépasse le cadre établi et soit soumise à l'appréciation de la Cour d'appel. Cela posait plusieurs problèmes pratiques et soulevait des questions auxquelles le législateur n'avait pas répondu, ce qui, d'après la Cour d'appel, montrait que le législateur n'entendait pas que l'on puisse faire appel d'une décision de détention.

[45] Il découlerait de ce raisonnement que l'attribution à un intervenant bénévole de l'accès aux renseignements confidentiels serait également contraire à l'intention du législateur.

[46] À mon avis, il faudrait qu'il existe des circonstances singulières pour que soit justifier une dérogation au régime exposé dans l'article 78 de la Loi.

[47] M. Harkat s'en est rapporté à un discours prononcé par mon collègue le juge Hugessen lors d'une conférence organisée par l'Institut canadien d'administration de la justice et intitulée *Terrorisme, droit et démocratie: comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Le juge Hugessen faisait observer, dans ses propos, que les juges désignés «ne prisent guère l'idée de devoir siéger seuls pour n'entendre qu'une seule des parties et pour examiner les documents produits par une seule d'entre elles». Cependant, les juges ne sont pas des parlementaires. Lorsqu'il s'est penché sur la question des certificats de sécurité, le Parlement a choisi de ne pas suivre le modèle du CSARS (dans lequel un conseiller juridique indépendant exerçait les fonctions décrites par M. Horton). Les observations du juge Hugessen rendent compte, je crois, de la difficulté de la tâche confiée aux juges désignés et la conscience aiguë avec laquelle ils s'appliquent à mettre en équilibre les droits d'une personne nommée dans un certificat de sécurité et la nécessité pour le Canada de préserver la confidentialité de renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale.

[48] Avant de passer au point suivant, il convient d'examiner l'argument de M. Harkat selon lequel le législateur a éliminé les protections prévues pour les

permanent residents in the national security context by having their cases heard before a single judge of the Federal Court and not by SIRC. This asserted diminution of protection flows, as I understand his submissions, from the absence of independent counsel in proceedings before the Federal Court. There are two responses to this. First, and less important, Mr. Harkat is not a permanent resident so that his case would never have been referred to SIRC. Second, it should be remembered that members of SIRC were appointed on a part-time basis and that members of SIRC were appointed from among members of the Privy Council. However, there was no requirement that members of SIRC be legally trained. Members of SIRC are not judges. The fact that SIRC engaged independent counsel must be seen in that context.

[49] In *Charkaoui*, Mr. Justice Noël considered the origin of the designation of Federal Court judges to act in matters of national security. He wrote at paragraphs 35 and 36:

Interestingly, the concept was formulated in the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police: *Second Report: Freedom and Security under the Law* (the Commission). The Commission refers to the notion of “designated judge” in Part V of its 2nd report at paragraph 101 (vol. 2, page 556) where it considers the question of applications for warrants in connection with the *Official Secrets Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, stating as follows:

In a system of responsible Cabinet government operating within the rule of law Ministers are responsible for the effective and proper execution of the powers lawfully available to government, but they do not have the final responsibility for determining what the law is. In our system of government this is normally the function of judges.

At paragraphs 104 and 106 of Part V (vol. 1, pages 557-558), the Commission recommends as follows:

To ensure the availability of reasonably experienced judges to hear applications for warrants, we propose that five judges from the Trial Division of the Federal Court of Canada be designated by the Chief Justice of the Federal Court to hear applications.

résidents permanents dans le contexte de la sécurité nationale, lorsqu’il a confié l’audition de leurs cas à un juge unique de la Cour fédérale et non au CSARS. Cette prétendue réduction des protections découle, si je comprends bien son argument, de l’absence d’un avocat indépendant durant la procédure tenue devant la Cour fédérale. Il y a à cela deux réponses. D’abord, et aspect le moins important, M. Harkat n’est pas un résident permanent, de telle sorte que son cas n’aurait jamais été renvoyé au CSARS. Deuxièmement, il faut se rappeler que les membres du CSARS étaient nommés à temps partiel et qu’ils étaient nommés parmi les membres du Conseil privé. Cependant, ils n’étaient nullement tenus de justifier d’une formation juridique. Les membres du CSARS ne sont pas des magistrats. C’est dans ce contexte qu’il faut voir le recours du CSARS à des conseillers juridiques indépendants.

[49] Dans la décision *Charkaoui*, le juge Noël examinait l’origine de la désignation de juges de la Cour fédérale dans les affaires de sécurité nationale. Aux paragraphes 35 et 36 de son jugement, il s’exprimait ainsi:

Il est intéressant de noter que ce concept a été formulé dans le rapport de la Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada: *Deuxième rapport: La liberté et la sécurité devant la loi* (ci-après la Commission). Au paragraphe 101 de la Partie V de son 2^e rapport (vol. 1, page 585), la Commission fait référence à la notion de «juge désigné». La Commission y étudie la question des demandes de mandat dans le cadre de la *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. (1985), ch. O-5 et déclare ce qui suit:

Dans un système de gouvernement responsable comportant un cabinet, les ministres ont le devoir d’exercer comme il convient les pouvoirs légalement conférés au gouvernement, mais ils n’ont pas la responsabilité de décider, en fin de compte, comment la loi est appliquée. Dans notre système de gouvernement, ce rôle incombe normalement aux juges.

Aux paragraphes 104 et 106 de la Partie V (vol. 1, page 586), la Commission fait la recommandation suivante:

Afin d’assurer la présence de juges suffisamment avertis pour entendre les demandes de mandat, nous proposons que cinq juges de la division de première instance de la Cour fédérale du Canada soient désignés à cette fin par le juge en chef de ce tribunal.

...

[. . .]

Hearings before a judge in our proposed system would be *ex parte* proceedings Submissions have been made to us that the proceedings should be made more adversarial by providing for the appointment of an officer to serve as 'a friend of the court'. This officer would appear before the judge and point out possible weaknesses or inadequacies in applications. While we think such a proposal has considerable merit and have considered it carefully, we have concluded that, on balance, it would not be advisable to adopt such a mechanism. The adversarial element afforded by such a procedure might be rather artificial and would make the process of approving applications unduly complex. Further, we think that an experienced judge is capable of giving adequate consideration to all relevant aspects of an application without the assistance of an adversarial procedure.

At paragraph 6 of Chapter 2 (vol. 2, page 882), the Commission addresses the question of external reviews and states as follows:

These two sets of recommendations clearly envisage a significant role for the Federal Court of Canada in decisions relating to national security. As we recommended earlier in Part V, this role would best be carried out by a nucleus of judges from the Appeal and Trial Divisions who would be specially designated for the purpose by the Chief Justice of the Court.

See also *Sogi*, at paragraph 45 where the Court of Appeal observed that designated Federal Court judges have expertise in assessing the advisability of disclosing security intelligence information. The Court of Appeal referred not only to the jurisdiction conferred under the Act but also to the provisions of sections 38 to 38.15 [ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05-38.13 (as enacted *idem*, s. 43), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19), 38.14 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.15 (as enacted *idem*)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, sections 83.05 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 4, 143] and 83.06 [as enacted *idem*, s. 4] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, section 52 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112] of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, and section 51 [as am. by S.C.

Dans notre système, l'audition devant le juge serait une procédure unilatérale. [. . .] On a prétendu qu'il faudrait conférer à la procédure un caractère plus accusatoire en prévoyant la nomination d'un officier qui aurait qualité d'intervenant bénévole. Cet officier signalerait au juge, au besoin, les faiblesses ou les lacunes des demandes. Cette proposition a beaucoup de mérite et nous l'avons examinée avec soin, mais nous avons conclu que, somme toute, un tel mécanisme ne convient pas. L'antagonisme que cette procédure engendrerait pourrait être plutôt artificiel et risquerait de compliquer outre mesure le processus d'approbation des demandes. De plus, nous estimons qu'un juge d'expérience n'a pas besoin d'une procédure accusatoire pour peser tous les aspects d'une demande.

Au paragraphe 6 du chapitre 2, (vol. 2, page 931), la Commission traite des contrôles externes et affirme ce qui suit:

Ces diverses recommandations font manifestement jouer à la Cour fédérale du Canada un rôle important dans les décisions relatives à la sécurité nationale. Comme nous l'avons recommandé à la Partie V, ce rôle serait mieux rempli s'il était assumé par un groupe de juges des divisions d'appel et de première instance, spécialement désignés à cette fin par le juge en chef de la Cour fédérale.

Voir aussi l'arrêt *Sogi*, au paragraphe 45, où la Cour d'appel faisait observer que les juges désignés de la Cour fédérale ont la spécialisation requise pour évaluer l'opportunité de divulguer des informations relevant du renseignement de sécurité. La Cour d'appel s'est référée non seulement au pouvoir conféré par la Loi, mais également aux dispositions des articles 38 à 38.15 [art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 à 38.13 (édicte, *idem*, art. 43), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19), 38.14 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.15 (édicte, *idem*)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, des articles 83.05 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4, 143], 83.06 (édicte, *idem*, art. 4)] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de l'article 52 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112] de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 et de

2002, c. 8, s. 159] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

[50] As noted by Justice Noël in *Charkaoui*, the genesis of the concept of a designated judge confirms the view that Parliament intended security certificates to be reviewed by a designated judge alone in order to limit access to protected information and to thereby protect both national security and the means by which information regarding national security is obtained.

The lateness of the request and resultant delay

[51] The appointment of an *amicus curiae* can only result in further delay because Mr. Laskin would be required to obtain the necessary security clearance, the terms and conditions of his retainer would have to be settled, and he would then be obliged to familiarize himself with a substantial volume of material.

[52] Proceedings to determine the reasonableness of a security certificate are to be conducted as expeditiously as conditions of fairness and natural justice permit. The following is a chronology of the steps taken to date in this proceeding:

December 10, 2002:

Certificate referred to the Court with request to examine the evidence supporting the certificate *in camera* and *ex parte*.

December 13, 2002:

Order issued summarizing the information and evidence to be served on Mr. Harkat.

January 10, 2003:

Teleconference with counsel to discuss scheduling of hearing to afford Mr. Harkat the opportunity to be heard (paragraph 78(i) hearing). A hearing was set for March 4, 2003 for a motion to be brought on Mr. Harkat's behalf seeking further disclosure.

l'article 51 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 159] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[50] Ainsi que le notait le juge Noël dans la décision *Charkaoui*, la genèse de la notion de juge désigné confirme la volonté du législateur de soumettre les certificats de sécurité au seul examen d'un juge désigné, et cela pour limiter l'accès aux renseignements protégés et préserver ainsi à la fois la sécurité nationale et les moyens par lesquels est obtenue l'information touchant la sécurité nationale.

La tardiveté de la demande et le délai qui en a résulté

[51] La nomination d'un intervenant bénévole ne peut qu'entraîner un nouveau délai parce que M. Laskin serait alors tenu d'obtenir l'habilitation de sécurité nécessaire, parce qu'il faudrait fixer les modalités de son mandat et parce qu'il lui faudrait alors se familiariser avec un volume considérable de documents.

[52] La procédure qui permet de dire si un certificat de sécurité est raisonnable ou non doit être conduite avec autant de célérité que le permettent les considérations d'équité et de justice naturelle. Voici une chronologie des mesures prises à ce jour dans cette procédure:

10 décembre 2002:

Certificat déposé à la Cour, celle-ci étant priée d'examiner, à huis clos et en l'absence de la partie concernée, la preuve justifiant le certificat.

13 décembre 2002:

Une ordonnance est rendue, qui résume l'information et la preuve à communiquer à M. Harkat.

10 janvier 2003:

Conférence téléphonique avec les avocats, au cours de laquelle est discutée la tenue d'une audience où M. Harkat aura l'occasion d'être entendu (audience prévue par l'alinéa 78*i*). Une audience est fixée au 4 mars 2003, au cours de laquelle sera instruite une requête déposée au nom de M. Harkat pour la communication d'autres éléments de preuve.

March 4, 2003:	4 mars 2003:
Motion for disclosure was heard.	La requête en communication est instruite.
March 7, 2003:	7 mars 2003:
Order issued dismissing the motion for further disclosure [<i>Harkat (Re)</i> (2003), 231 F.T.R. 19 (F.C.T.D.)].	Une ordonnance est rendue, qui rejette la requête en communication d'autres éléments de preuve [<i>Harkat (Re)</i> (2003), 231 F.T.R. 19 (C.F. 1 ^{re} inst.)].
April 14, 2003:	14 avril 2003:
Order issued scheduling paragraph 78(i) hearing for 5 days to commence on April 28, 2003.	Une ordonnance est rendue, qui réserve cinq jours pour l'audience prévue par l'alinéa 78i), audience qui débutera le 28 avril 2003.
April 22, 2003:	22 avril 2003:
Additional disclosure made to Mr. Harkat.	Des preuves additionnelles sont communiquées à M. Harkat.
April 28, 2003:	28 avril 2003:
Order issued granting Mr. Harkat's request that the paragraph 78(i) hearing be adjourned because his expert witness was not available [<i>Harkat (Re)</i> (2003), 238 F.T.R. 201 (F.C.T.D.)].	Une ordonnance est rendue, qui fait droit à la demande déposée par M. Harkat pour que l'audience prévue par l'alinéa 78i) soit ajournée parce que son témoin n'est pas disponible [<i>Harkat (Re)</i> (2003), 238 F.T.R. 201 (C.F. 1 ^{re} inst.)].
May 2, 2003:	2 mai 2003:
Paragraph 78(i) hearing scheduled for 5 days to commence on July 21, 2003.	L'audience prévue par l'alinéa 78i) est programmée sur cinq jours et débutera le 21 juillet 2003.
May 23, 2003:	23 mai 2003:
Motion brought by Mr. Harkat to suspend this proceeding; the motion to be heard on June 12, 2003.	Requête déposée par M. Harkat pour que soit suspendue cette procédure; la requête sera instruite le 12 juin 2003.
June 19, 2003:	19 juin 2003:
Order issued dismissing Mr. Harkat's motion to suspend this proceeding [<i>Harkat (Re)</i> , [2003] 4 F.C. 1020 (T.D.)].	Une ordonnance est rendue, qui rejette la requête de M. Harkat en suspension de cette procédure [<i>Harkat (Re)</i> , [2003] 4 C.F. 1020 (1 ^{re} inst.)].
July 17, 2003:	17 juillet 2003:
Appeal filed by Mr. Harkat with respect to the June 19, 2003 order.	Appel interjeté par M. Harkat à l'encontre de l'ordonnance du 19 juin 2003.

July 21, 2003:

Additional disclosure made to Mr. Harkat and the paragraph 78(i) hearing begins. During this week, Mr. Harkat made two motions, the first seeking production of a knowledgeable CSIS employee, the second seeking an order quashing the security certificate. The Court also heard the evidence of Mrs. Harkat. This was the only evidence adduced by Mr. Harkat during the week. At the conclusion of the week, on July 25, the Court allowed the first motion in part so as to allow Mr. Harkat to obtain further particulars and dismissed the motion for an order quashing the certificate [*Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161 (F.C.)].

July 29, 2003:

Order issued setting the schedule to be followed whereby Mr. Harkat was to serve and file questions requesting clarification of facts and matters set forth in the statement provided to him. His questions were to be served and filed on or before August 8, 2003.

August 8, 2003:

Mr. Harkat filed a notice of appeal of the orders of July 25, 2003.

October 28, 2003:

Not having heard from counsel, the Court issued a direction with respect to a teleconference to schedule the paragraph 78(i) hearing.

November 3, 2003:

Counsel not having responded to the Court's direction of October 28, 2003, a direction was issued with respect to a case management teleconference.

November 14, 2003:

Case management conference held and Mr. Galati, then counsel for Mr. Harkat, advised that no steps had been taken as required by July 29 scheduling

21 juillet 2003:

D'autres preuves sont communiquées à M. Harkat et l'audience prévue par l'alinéa 78*i*) débute. Au cours de la semaine, M. Harkat présente deux requêtes, la première pour faire comparaître un employé bien informé du SCRS, la seconde pour obtenir une ordonnance cassant le certificat de sécurité. La Cour entend également le témoignage de M^{me} Harkat. C'est le seul témoignage produit par M. Harkat durant la semaine. À la fin de la semaine, le 25 juillet, la Cour fait droit en partie à la première requête, afin de permettre à M. Harkat d'obtenir d'autres détails, et elle rejette la requête en annulation du certificat [*Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161 (C.F.)].

29 juillet 2003:

Une ordonnance est rendue, qui fixe le calendrier à observer, selon lequel M. Harkat doit signifier et déposer les questions visant à éclaircir certains faits et incidents indiqués dans l'exposé qui lui a été remis. Ses questions doivent être signifiées et déposées au plus tard le 8 août 2003.

8 août 2003:

M. Harkat dépose un avis d'appel à l'encontre des ordonnances du 25 juillet 2003.

28 octobre 2003:

N'ayant pas de nouvelles des avocats, la Cour émet une directive concernant une conférence téléphonique durant laquelle sera fixée l'audience prévue par l'alinéa 78*i*).

3 novembre 2003:

Les avocats n'ayant pas répondu à la directive de la Cour du 28 octobre 2003, une directive est émise en vue d'une conférence téléphonique de gestion de l'instance.

14 novembre 2003:

La conférence de gestion de l'instance a lieu et M^o Galati, qui occupe alors pour M. Harkat, indique qu'aucune mesure n'a été prise en application de

order because of the pending appeal from the orders of July 25, 2003. Mr. Galati advised he would expedite the two pending appeals.

l'ordonnance du 29 juillet fixant le calendrier, et cela en raison des appels pendants interjetés contre les ordonnances du 25 juillet 2003. M^c Galati dit qu'il accélérera les deux appels pendants.

November 16, 2003:

The following direction issued: "In consequence of the advice received from counsel for Mr. Harkat today that no steps have been taken in response to the Court's order of July 29, 2003, and advice that Mr. Harkat does not wish to proceed in this matter pending the appeal of the Court's orders, it is directed that:

16 novembre 2003:

La directive suivante est émise: «En conséquence de l'information reçue de l'avocat de M. Harkat aujourd'hui, selon laquelle aucune mesure n'a été prise à la suite de l'ordonnance de la Cour du 29 juillet 2003, et en conséquence de l'information selon laquelle M. Harkat ne souhaite pas aller de l'avant dans cette affaire jusqu'à l'issue des appels interjetés contre les ordonnances de la Cour, il est ordonné à l'avocat de M. Harkat:

(1) Counsel for Mr. Harkat should forthwith confirm this request in writing, including confirmation that Mr. Harkat understands the effect this request has on his continued detention.

(1) de confirmer immédiatement par écrit cette demande, et notamment de confirmer que M. Harkat comprend l'effet de cette demande sur sa détention;

(2) Counsel for Mr. Harkat shall move forthwith to expedite appeals brought on Mr. Harkat's behalf.

(2) de prendre immédiatement des mesures pour expédier les appels interjetés au nom de M. Harkat;

(3) Counsel for Mr. Harkat shall advise the Court forthwith as to the result of such motions to expedite."

(3) d'informer immédiatement la Cour du résultat des mesures prises en ce sens».

November 24, 2003:

Mr. Engel, co-counsel for Mr. Harkat, writes advising that: "Further to the Honourable Judge Dawson's Order of November 18, 2003, please be advised that I have sought and obtained clear instruction on behalf of my client, who is prepared to wait in custody pending the outcome of any interlocutory appeals before resuming his hearing on the reasonableness of the Security Certificate. I trust that the above is satisfactory."

24 novembre 2003:

M^c Engel, autre avocat de M. Harkat, écrit ce qui suit: «Suite à l'ordonnance de madame la juge Dawson en date du 18 novembre 2003, je vous informe que j'ai obtenu des directives précises de mon client, qui est disposé à rester en détention jusqu'à l'issue des appels interlocutoires avant que ne reprenne l'audience le concernant relative au caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité. J'espère que cela conviendra».

January 20, 2004:

Having heard nothing further, the Court issued a direction to set up a further case management conference.

20 janvier 2004:

N'obtenant aucune autre nouvelle, la Cour émet une directive fixant une nouvelle conférence de gestion de l'instance.

February 10, 2004:

At that case management conference, Mr. Engel advised that Mr. Galati was no longer acting for Mr. Harkat; that no motion had been brought to expedite the two pending appeals; and that the Court of Appeal had issued an order on status review requiring Mr. Harkat to show cause why the appeals should not be dismissed for delay.

February 11, 2004:

Order issued setting June 21 to 25 and 29, 30 and July 2, 2004 for the continuation of paragraph 78(i) hearing. Shortly thereafter, on consent, the dates were changed to August 3 through 6 and August 9 through 13, 2004.

June 7, 2004:

Mr. Engel withdraws as counsel.

June 22, 2004:

The two pending appeals were heard and dismissed by the Federal Court of Appeal.

June 30, 2004:

New counsel for Mr. Harkat, Mr. Copeland, advises Court that "he is not in a position to proceed with the matter on August 3, 2004" and requests that the hearing be adjourned to allow him to familiarize himself with the file.

The Court granted that request, and after allowing Mr. Copeland some opportunity to familiarize himself with the case and to provide the questions contemplated by the Court's orders of July 25 and July 29, the Court set further hearing dates to commence on October 25, 2004.

[53] This chronology shows that every consideration has been afforded to Mr. Harkat in order to allow his counsel to properly represent him. However, until Mr. Copeland was appointed, Mr. Harkat did not even avail

10 février 2004:

Durant cette conférence de gestion de l'instance, M^e Engel indique que M^e Galati n'occupe plus pour M. Harkat, qu'aucune requête n'a été déposée pour accélérer les deux appels en instance et que la Cour d'appel a rendu une ordonnance d'examen de l'état de l'instance qui enjoint à M. Harkat d'exposer les raisons pour lesquelles les appels ne devraient pas être rejetés pour cause de retard.

11 février 2004:

Une ordonnance est rendue, qui fixe les dates de la poursuite de l'audience prévue par l'alinéa 78*i*): du 21 au 25 juin et les 29 et 30 juin, ainsi que le 2 juillet 2004. Peu après, par consentement, les dates fixées sont remplacées par les suivantes: du 3 au 6 août et du 9 au 13 août 2004.

7 juin 2004:

M^e Engel cesse d'occuper pour M. Harkat.

22 juin 2004:

Les deux appels en instance sont jugés, puis rejetés par la Cour d'appel fédérale.

30 juin 2004:

Le nouvel avocat de M. Harkat, M^e Copeland, informe la Cour que «il lui est impossible d'aller de l'avant dans cette affaire le 3 août 2004» et il demande que l'audience soit reportée afin de pouvoir se familiariser avec le dossier.

La Cour fait droit à cette demande et, après avoir donné à M^e Copeland une occasion de se familiariser avec le dossier et de communiquer les questions envisagées par les ordonnances de la Cour du 25 juillet et du 29 juillet, la Cour fixe de nouvelles dates pour l'audience, qui débutera le 25 octobre 2004.

[53] Cette chronologie montre que M. Harkat a eu toutes les occasions possibles de faire en sorte que son avocat le représente adéquatement. Cependant, jusqu'à la nomination de M^e Copeland, M. Harkat ne s'est pas

himself of the rights afforded by the Court's orders of July 25 and 29, 2003.

[54] The delays which have been permitted out of consideration of fairness now militate in favour of requiring Mr. Harkat to avail himself of his paragraph 78(i) right without further delay where the Court has concluded that the absence of an *amicus curiae* will not impact on the fairness of the hearing.

The flexibility and power provided to the designated judge

[55] As discussed above, the procedure set out in section 78 of the Act permits the designated judge to examine all of the information which supported the issuance of the security certificate. Each fact said to support the reasonableness of the certificate is examined and the designated judge inquires into and weighs the total reliability of the evidence said to support each fact. The presence or absence of corroborating information is considered. The potential for error and misinterpretation is assessed. The designated judge may receive as evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate.

[56] In my view, the legislation provides the designated judge with sufficient power and flexibility to properly discharge the duties placed upon the judge. With that power and flexibility, the rights of the person named in a security certificate are capable of being protected without the need for the appointment of an *amicus curiae*.

[57] For all of these reasons, the motion was dismissed.

APPENDIX A

Sections 77, 78 and 80 of the Act:

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

même prévalu des droits que lui conféraient les ordonnances de la Cour en date du 25 et 29 juillet 2003.

[54] Les délais qui ont été autorisés pour des raisons d'équité constituent aujourd'hui une raison d'obliger M. Harkat à se prévaloir sans plus attendre du droit que lui confère l'alinéa 78*i*), la Cour ayant conclu que l'absence d'un intervenant bénévole ne nuira en rien à l'objectivité de l'audience.

La liberté d'action du juge désigné

[55] Comme je le disais précédemment, la procédure exposée dans l'article 78 de la Loi permet au juge désigné d'examiner toute l'information à l'origine de la délivrance du certificat de sécurité. Chacun des faits appuyant censément le caractère raisonnable du certificat est examiné, et le juge désigné vérifie et évalue la véracité globale de la preuve censée confirmer chacun des faits. La présence ou l'absence d'informations corroborantes est prise en compte. La possibilité d'erreur et de mauvaise interprétation est évaluée. Le juge désigné peut recevoir comme preuve tout élément qui, à son avis, mérite d'être retenu.

[56] À mon avis, le texte législatif donne au juge désigné une liberté d'action suffisante pour lui permettre de s'acquitter adéquatement des tâches qui lui incombent. Avec cette liberté d'action, les droits de la personne nommée dans un certificat de sécurité peuvent être protégés sans qu'il soit nécessaire de nommer un intervenant bénévole.

[57] Pour tous ces motifs, la requête a été rejetée.

APPENDICE A

Articles 77, 78 et 80 de la Loi:

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. The following provisions govern the determination:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

(j) 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.

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

...

[...]

80. (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

80. (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

[TRANSLATION]

APPENDIX B

APPENDICE B

Court File No. DES-04-02

N° du greffe: DES-04-02

FEDERAL COURT—TRIAL DIVISION

COUR FÉDÉRALE—SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

EN L'AFFAIRE d'un certificat signé conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

AND IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), sections 78 and 80 of the *Act*.

ET EN L'AFFAIRE du dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada conformément au paragraphe 77(1) et aux articles 78 et 80 de la *Loi*.

IN RELATION TO **Mohammed HARKAT**

AFFAIRE CONCERNANT **Mohammed HARKAT**

OUTLINE OF ARGUMENT ON MOTION TO APPOINT *AMICUS CURIAE*

GRANDES LIGNES DE L'ARGUMENTATION APPUYANT LA REQUÊTE EN NOMINATION D'UN INTERVENANT BÉNÉVOLE

1. The aspect of the need for confidentiality in national security cases was set out in the Hosenball case. That case was cited with approval by the Supreme Court of Canada in the Chiarelli case.

1. L'impératif de confidentialité des affaires intéressant la sécurité nationale a été examiné dans l'arrêt Hosenball. Ce précédent a été cité et approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Chiarelli.

R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball [1977] 3 All ER 452 (CA) at page 60

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli [1992] 1 SCR 711.

2. The government of Canada, when creating *Section 38.1 and Section 40.1* of the *Immigration Act*, chose not to follow the Hosenball model but to provide a form of review of the Ministerial decision, either before the Security Intelligence Review Committee or before a single Judge of the Federal Court.
3. Mr. Harkat as a person who has been granted refugee status in Canada, has a limited right to remain in Canada.
4. As to the nature of Lord Denning's decision in Hosenball reference is made to Tab 2, pages 67-74 of the Material Relied Upon in Support of the *Amicus Curiae* Motion.
5. In Chiarelli the Supreme Court ruled at paragraph 42 that the absence of an appeal on wider grounds than those on which the initial decision was based does not violate *Section 7*. Justice Sopinka went on to say that "Parliament could have simply provided that a certificate could issue without any hearing".
6. Justice Sopinka went on to review the procedure available at the Security Intelligence Review Committee and concluded "that the procedure followed by the Review Committee in this case did not violate principles of fundamental justice".
7. Both the Chiarelli case and the Moumdjian case were dealt with by the Security Intelligence Review Committee, since Moumdjian and Chiarelli were permanent residents of Canada.

R. v. Moumdjian, [1999] 4 FC 624

8. *Section 40.1* of the *Immigration Act* (since replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*) provided a different procedure for persons who were not permanent residents of Canada. Those cases were dealt with by a Judge of the Federal Court.
9. In Ahani Justice McGillis held at paragraph 38 that the procedure under *Section 40.1* of the *Immigration Act* met the principles of fundamental justice. At paragraph 44 she found that the Summary of Evidence and

R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball, [1977] 3 All ER 452 (CA), à la page 60

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli, [1992] 1 R.C.S. 711.

2. Lorsqu'il a promulgué les *articles 38.1 et 40.1* de la *Loi sur l'immigration*, le gouvernement du Canada avait décidé de ne pas suivre le modèle Hosenball, mais de prévoir un genre d'examen de la décision ministérielle, soit devant le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité, soit devant un juge unique de la Cour fédérale.
3. M. Harkat, qui s'est vu accorder le droit d'asile au Canada, n'a qu'un droit limité de rester au Canada.
4. S'agissant de la nature de la décision rendue par lord Denning dans l'affaire Hosenball, il est fait mention de l'onglet 2, pages 67 à 74, des documents invoqués au soutien de la requête en nomination d'un intervenant bénévole.
5. Dans l'arrêt Chiarelli, la Cour suprême écrivait, au paragraphe 42, que l'absence d'un appel sur des moyens plus étendus que ceux sur lesquels reposait la décision initiale ne contrevient pas à *l'article 7*. Le juge Sopinka poursuivait en disant que «le Parlement aurait pu prévoir simplement la délivrance d'une attestation [c'est-à-dire d'un certificat] sans la tenue d'une audience».
6. Le juge Sopinka examinait ensuite la procédure devant être suivie par le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité, et il concluait «que la procédure suivie par le Comité de surveillance en l'espèce ne violait pas les principes de justice fondamentale».
7. Le cas Chiarelli et le cas Moumdjian ont tous deux été tranchés par le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité, étant donné que Moumdjian et Chiarelli étaient des résidents permanents du Canada.

R. c. Moumdjian, [1999] 4 C.F. 624

8. *L'article 40.1* de la *Loi sur l'immigration* (remplacée depuis par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*) prévoyait une procédure distincte pour les personnes qui n'étaient pas des résidents permanents du Canada. Les cas de ces personnes étaient tranchés par un juge de la Cour fédérale.
9. Dans l'arrêt Ahani, la juge McGillis avait estimé, au paragraphe 38, que la procédure prévue par *l'article 40.1* de la *Loi sur l'immigration* respectait les principes de justice fondamentale. Au paragraphe 44, elle écrivait que

Information together with any other material disclosed either by the state or the designated judge provides the individual with the substance of the allegations and thereby permits him to respond to the case against him.

R. v. Ahani [1995] 3 FC 669

10. The Federal Court of Appeal upheld the reasoning of Justice McGillis in the Ahani case.

Ahani v. Canada [1996] FCJ 937

11. With the passage of the *Immigration and Refugee Protection Act* Parliament decided to eliminate whatever little protections were provided for permanent residen[ts] in the national security context in having their cases heard before the Security Intelligence Review Committee. Under the *Immigration and Refugee Protection Act*, all national security matters are now dealt with by a single Judge of the Federal Court.

Immigration and Refugee Protection Act, Section 77-80

12. It is respectfully submitted that the matters relating to Mr. Harkat are significantly more complicated than the matters relating to Mr. Ahani as set out in the decision of Madam Justice McGillis.

Ahani v. Canada (TD) supra

13. It is respectfully submitted that in order to comply with the requirements of fundamental justice and procedural fairness to which the applicant is entitled under *Section 7* of the *Charter* the Court must appoint an *amicus curiae* to assist it in considering whether the certificate signed by the two ministers is reasonable. Given the particularly complicated history and circumstances of this case, the unwillingness of the government to answer even such basic questions as to whether they are relying on information obtained from Maher Arar, or Ahmed Ressay, an *amicus curiae* is necessary in order to allow the Court to consider fully and fairly the context and substance of the allegations made against the applicant.
14. It is respectfully submitted, that quite apart from the jurisdiction to appoint *amicus curiae* pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Honourable Court also has the jurisdiction to do so at common law. *Section 4* of the *Federal Courts Act* defines in part, the Federal Court as a "... superior court of record having civil and criminal jurisdiction." In R. v.

le sommaire de la preuve et de l'information, auquel s'ajoute tout autre document communiqué soit par l'État soit par le juge désigné, fait connaître à l'intéressé la substance des allégations et lui permet donc de répondre aux arguments dont il est l'objet.

R. c. Ahani, [1995] 3 C.F. 669

10. La Cour d'appel fédérale a confirmé le raisonnement adopté par la juge McGillis dans l'affaire Ahani.

Ahani c. Canada, [1996] A.C.F. n° 937

11. En adoptant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le Parlement décidait d'éliminer les quelques protections conférées, dans le contexte de la sécurité nationale, aux résidents permanents, en confiant l'instruction de leurs cas au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité. Selon la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, toutes les questions de sécurité nationale sont maintenant soumises à un juge unique de la Cour fédérale.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, articles 77 à 80

12. Il est respectueusement avancé que les questions qui concernent M. Harkat sont nettement plus complexes que les questions qui concernaient M. Ahani, selon ce qui ressort de la décision de madame la juge McGillis.

Ahani c. Canada (1^{re} inst.), supra

13. Il est respectueusement avancé que, pour assurer au demandeur la justice fondamentale et l'équité procédurale auxquelles il a droit en vertu de l'*article 7* de la *Charte*, la Cour doit nommer un intervenant bénévole qui l'aidera à décider si le certificat signé par les deux ministres est ou non raisonnable. Vu le caractère particulièrement complexe des antécédents et des circonstances de la présente affaire, et vu le peu d'empressement du gouvernement à répondre même à des questions fondamentales telles que celle de savoir s'il se repose sur des renseignements obtenus de Maher Arar ou de Ahmed Ressay, un intervenant bénévole est nécessaire pour que la Cour soit en mesure d'examiner intégralement et objectivement le contexte et la substance des accusations dont le demandeur est l'objet.
14. Il est respectueusement avancé que, abstraction faite du pouvoir de nommer un intervenant bénévole en application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a également ce pouvoir selon la common law. L'*article 4* de la *Loi sur les Cours fédérales* définit en partie la Cour fédérale comme «une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière

Samra, Justice Rosenberg, of the Ontario Court of Appeal held at paragraph 18:

“It was not argued, nor could it be, that a superior court has no power to appoint *amicus curiae* at the trial of an unrepresented accused.”

It is respectfully submitted such appointment would greatly assist the Court in assessing the reasonableness of the certificate signed by the two ministers. An *amicus curiae* would allow the Court to benefit from hearing representations of counsel which would not otherwise be put forward, while preserving the government’s claim to national security interest in non-disclosure of information to the applicant and his counsel.

R. v. Samra [1998] O.J. No. 3755, at p. 8, 41 O.R. (3d) 434

15. In Ruby v. Canada (Solicitor General) the Supreme Court of Canada upheld the procedure whereby Mr. Ruby was not allowed to participate in *ex parte* in camera proceedings (Paragraph 46). In so holding, the Supreme Court found at paragraph 47 that “when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of facts, including those that may be adverse to its interest.”

Ruby v. Canada (Solicitor General) [2002] 4 SCR 3

16. It is respectfully submitted that the background facts concerning the FIS in Algeria as set out in paragraph 10 of the Statement Summarizing the Information and Evidence fail to meet the standard of full, fair and candid disclosure of facts. The government failed to advise the Court that the FIS won the first round of the elections in 1992, that the military intervened to take over the government and cancelled the elections. The government failed to advise this Court that the military engaged in indiscriminate killings and disappearances of its political opponents. The government failed to advise the Court that 200,000 people were killed in Algeria as a result of the actions of the army and the response to the actions of the army in canceling [*sic*] the elections and seizing the government.
17. It is respectfully submitted that the government failed to meet the standard of full, fair and candid disclosure of

civile et pénale». Dans l’arrêt R. v. Samra, le juge Rosenberg, de la Cour d’appel de l’Ontario, écrivait, au paragraphe 18:

[TRADUCTION] «On n’a pas prétendu, et on ne pouvait pas prétendre, qu’une cour supérieure n’a pas le pouvoir de nommer un intervenant bénévole au procès d’un accusé non représenté».

Il est respectueusement avancé qu’une telle nomination aiderait considérablement la Cour à évaluer le caractère raisonnable ou non du certificat signé par les deux ministres. Un intervenant bénévole donnerait à la Cour l’avantage d’entendre les observations d’un avocat qui autrement ne seraient pas mises en avant, et cela tout en donnant effet à la volonté du gouvernement de préserver la sécurité nationale, par la non-communication de l’information au demandeur et à son avocat.

R. v. Samra, [1998] O.J. N° 3755, à la page 8, 41 O.R. (3d) 434

15. Dans l’arrêt Ruby c. Canada (Solliciteur général), la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de la procédure qui avait dénié à M. Ruby le droit d’intervenir dans une instance tenue à huis clos et en son absence (paragraphe 46). Dans ce contexte, la Cour suprême du Canada écrivait, au paragraphe 47, que «l’institution fédérale qui présente des arguments en l’absence de l’autre partie devant le tribunal de révision est tenue d’agir avec la bonne foi la plus absolue et d’exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables».

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3

16. Il est respectueusement avancé que l’information générale concernant le FIS en Algérie, information donnée dans le paragraphe 10 du résumé de l’information et de la preuve, ne répond pas à la norme d’une divulgation complète, franche et impartiale des faits. Le gouvernement n’a pas informé la Cour que le FIS avait remporté le premier tour des élections en 1992, que l’armée était intervenue pour prendre le pouvoir et qu’elle avait annulé les élections. Le gouvernement n’a pas dit à la Cour que l’armée s’était livrée sans discernement à des massacres et disparitions en vue d’éliminer ses opposants politiques. Le gouvernement n’a pas informé la Cour que 200 000 personnes ont été tuées en Algérie en conséquence des agissements de l’armée et en réaction contre les mesures prises par l’armée pour annuler les élections et prendre le pouvoir.
17. Il est respectueusement avancé que le gouvernement n’a pas observé la norme d’une divulgation complète,

facts in paragraph 14 of the Statement Summarizing the Information and Evidence by suggesting that false Saudi passports were passports of choice only for Islamic extremists wishing to enter Canada.

18. In addition to the above-noted specific concerns, it is respectfully submitted that this Court will in all likelihood, be required to draw innumerable distinct conclusions throughout the course of this litigation. When one considers the types of issues that this Court is called upon to decide, pursuant to *Section 78* of the *Immigration and Refugee Protection Act*, it is submitted the assistance or input of an *amicus curiae* could prove invaluable.
19. Mr. Justice Hugessen speaking at the Canadian Institute for the Administration of Justice Conference “Terrorism, Law and Democracy” held in Montreal on March 25 and 26, 2002, said:

This is not a happy posture for a judge, and you are in fact looking at an unhappy camper when I tell you about this function. Often, when I speak in public I make the customary disavowal that I am not speaking for the Court and I am not speaking for my colleagues but I am speaking only for myself. I make no such disavowal this afternoon. I can tell you because we talked about it, we hate it... We do not like this process of having to sit alone hearing only one party, and looking at the materials produced by only one party... If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that... we do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us.

We greatly miss, in short, our security blanket which is the adversary system that we were all brought up with and that, as I said at the outset, is for most of us, the real warranty that the outcome of

franche et impartiale des faits, dans le paragraphe 14 du résumé de l'information et de la preuve, et cela parce qu'il a donné à entendre que les faux passeports saoudiens étaient des passeports de prédilection uniquement pour les extrémistes islamiques désireux d'entrer au Canada.

18. Outre les doutes spécifiques susmentionnés, il est respectueusement avancé que la Cour devra tout probablement tirer d'innombrables conclusions tout au long de ce litige. Si l'on considère les genres de points que la Cour est appelée à décider, en application de l'article 78 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, il est avancé que l'assistance ou la présence d'un intervenant bénévole pourrait se révéler précieuse.
19. M. le juge Hugessen, lors d'une allocution prononcée à la Conférence de l'Institut canadien d'administration de la justice intitulée «Terrorisme, droit et démocratie», tenue à Montréal les 25 et 26 mars 2002, s'était exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Ce n'est pas là une position confortable pour un juge, et je dirais même que vous avez devant vous quelqu'un qui n'est pas du tout ravi à l'idée d'exercer cette fonction. Souvent, lorsque je m'exprime en public, je fais la mise en garde habituelle, en disant que je ne m'exprime pas au nom de la Cour ni au nom de mes collègues, mais uniquement en mon propre nom. Cet après-midi, c'est une mise en garde que je ne ferai pas. Je puis vous le dire, puisque nous en avons parlé, c'est une tâche que nous détestons [...] Nous ne prisons guère cette idée de devoir siéger seuls pour n'entendre qu'une seule des parties et pour examiner les documents produits par une seule d'entre elles [...] S'il est une chose que j'ai apprise durant mes années d'exercice de la profession d'avocat, et une chose que j'ai gardée à l'esprit tout au long de ces années, c'est le fait qu'un contre-interrogatoire de qualité requiert une préparation minutieuse et une connaissance approfondie de votre dossier. Et, par définition, ce n'est pas ce que font les juges [...] Nous n'avons pas de connaissances, si ce n'est celles qui nous sont communiquées, et, quand elles ne nous sont données que par une seule des parties, nous ne sommes pas bien préparés pour évaluer les documents qui nous sont soumis.

En bref, nous regrettons énormément la couverture sécurisante qu'est pour nous le système accusatoire, dans lequel nous avons tous baigné et qui, comme je le disais au début, est pour la plupart d'entre

what we do is going to be fair and just... it might be helpful if we created some sort of system somewhat like the public defender system where some lawyers were mandated to have full access to the CSIS files, the underlying files, and to present whatever case they could against the granting of the relief sought . . . I am not sure what the judges of the Federal Court are doing in this picture and if I may be forgiven for using the expression, I sometimes feel a little bit like a fig leaf.

Material Relied Upon in Support of the *Amicus Curiae* Motion Tab 1, page 4

20. For the sake of this argument, it is accepted that issues have and potentially will arise that are of a sufficiently sensitive nature that *Sections 78(e)* and *(h)*, for example, will be invoked. This does not detract from the fact that the presence of an *amicus curiae*, with the same security clearances as Crown counsel, can only further the end of fairness by ensuring that both or all sides of an issue are explored. The appointment of an *amicus* will go some distance to remedying the malady identified by Justice Hugessen, that is that at present the Court only hears one party. As well, the applicant's interests will be more completely protected. Finally, both of these significant interests will be furthered while at the same time the security concerns of the state will be preserved. The appointment of an *amicus curiae*, pursuant to the terms of reference being proposed in this application, will strike a just balance between the competing interests inherent in this case.
21. In the Arar Inquiry, Ron Atkey has been appointed *amicus curiae* in respect of government requests for in camera hearings.

The *Amicus Curiae* will act as counsel, independent from government, and his mandate will be to test government requests on the ground of National Security Confidentiality.

www.ararcommission.ca/eng/13.htm

22. In the Ribic case a counsel was appointed to conduct a cross examination of two witnesses when the answers given by those witnesses were relevant to issues pursuant to *Section 38* of the *Canada Evidence Act*.

Canada (Attorney General) v. Ribic [2003] FCJ No. 1964 at par. 6

nous la véritable garantie que le résultat de ce que nous faisons sera un résultat objectif et juste [. . .] Il serait sans doute utile d'instituer un genre de système plus ou moins semblable au système du défenseur public, dans lequel certains avocats étaient mandatés pour un accès intégral aux dossiers du SCRS, aux dossiers sous-jacents, ainsi que pour la présentation de tous les arguments possibles qui militaient contre l'octroi du redressement sollicité [. . .] Je m'interroge sur ce que les juges de la Cour fédérale font dans ce tableau, et, vous me pardonneriez d'utiliser l'expression, mais parfois j'ai un peu le sentiment d'être une feuille de vigne.

Documents invoqués au soutien de la requête en nomination d'un intervenant bénévole, onglet 1, page 4

20. Certes, il est des cas qui sont de nature suffisamment délicate pour que les *alinéas 78e) et h)*, par exemple, soient invoqués. Cela n'enlève toutefois rien au fait que la présence d'un intervenant bénévole, muni des mêmes habilitations de sécurité qu'un substitut du procureur général, ne peut que favoriser l'équité en veillant à ce que tous les aspects d'une question soient explorés. La nomination d'un intervenant bénévole contribuera incontestablement à corriger le défaut pointé du doigt par le juge Hugessen, c'est-à-dire le fait que, pour l'instant, la Cour n'entend qu'une partie. Les intérêts du demandeur seront également mieux protégés. Finalement, ces impératifs essentiels seront tous deux favorisés et, simultanément, les impératifs de sécurité défendus par l'État seront préservés. La nomination d'un intervenant bénévole, selon le cadre de référence proposé dans cette demande, offrira un juste équilibre entre les intérêts rivaux propres à la présente affaire.
21. Dans l'enquête Maher Arar, Ron Atkey a été nommé intervenant bénévole pour les demandes du gouvernement portant sur la tenue d'audiences à huis clos.

En cette qualité, M^e Atkey agira à titre de conseiller indépendant à l'égard du gouvernement et son mandat consistera à examiner les cas où le gouvernement invoquera la confidentialité liée à la sécurité nationale.

www.ararcommission.ca/eng/13.htm

22. Dans l'affaire Ribic, un conseiller a été nommé pour la conduite du contre-interrogatoire de deux témoins, alors que les réponses données par ces témoins intéressaient des questions relevant de l'*article 38* de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Canada (Procureur général) c. Ribic, [2003] A.C.F. n° 1964, au par. 6

IN RELATION TO **Mohammed HARKAT**AFFAIRE CONCERNANT **Mohammed HARKAT**

SUPPLEMENTAL
OUTLINE OF ARGUMENT
ON MOTION TO APPOINT *AMICUS CURIAE*

GRANDES LIGNES SUPPLÉMENTAIRES
DE L'ARGUMENTATION APPUYANT LA
REQUÊTE EN NOMINATION D'UN
INTERVENANT BÉNÉVOLE

1. I apologize to the Court and to counsel for CSIS for the lateness of this submission. On September 7th, 2004 I received an e-mail from Rayner Thwaites, which had attached to it his Master's thesis for the University of Toronto Law School.

Deportation on National Security Grounds within a Culture of Legal Justification by Rayner Thwaites. Master's thesis submitted to the University of Toronto, Faculty of Law. 2004 (a copy of this will be provided in the Book of Authorities on this issue)

2. I first had an opportunity of reviewing that thesis on September 13th, 2004. I forwarded a copy of the thesis to Mr. Mathieson late on September 14th, 2004. What follows are my additional submissions as a result of the information I located in that thesis:
3. As described below, in the United Kingdom there has been created a Special Immigration Appeals Commission (SIAC) to deal with national security concerns. It is respectfully submitted that the United Kingdom has benefitted from its use of a "special advocate" when considering information that may not be disclosed for reasons of national security.
4. In Chahal v. The United Kingdom, the European Court of Human Rights held unanimously that the United Kingdom had violated the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* by failing to provide a competent national authority to deal with the substance of the relevant complaint under the Convention.

Chahal v. The United Kingdom [1996] 23 E.H.R.R. 413.

5. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* signed at Rome on 4 November 1950.
6. That Court partially based its decision in Chahal, at paragraphs 131 and 144, on the existence of the so-called 'Canadian Model', in which a security-cleared

1. Je m'excuse auprès de la Cour et de l'avocat du SCRS pour la tardiveté du présent mémoire. Le 7 septembre 2004, j'ai reçu un courrier électronique de Rayner Thwaites, courrier auquel était annexée sa thèse de maîtrise présentée à l'École de droit de l'Université de Toronto.

L'expulsion fondée sur des motifs de sécurité nationale dans une culture de justification juridique, par Rayner Thwaites. Thèse de maîtrise présentée à la faculté de droit de l'Université de Toronto, 2004 (un exemplaire figurera dans le Recueil des précédents concernant cette question)

2. J'ai eu l'occasion d'examiner cette thèse le 13 septembre 2004. J'en ai transmis un exemplaire à M. Mathieson tard le 14 septembre 2004. Les paragraphes qui suivent renferment mes conclusions additionnelles qui reposent sur l'information que j'ai recueillie dans cette thèse:
3. Comme il est indiqué ci-après, une commission spéciale des appels en matière d'immigration (la SIAC) a été instituée au Royaume-Uni. Cette commission a pour mandat d'examiner les questions de sécurité nationale. Il est respectueusement soumis que le Royaume-Uni a bénéficié de son recours à un «avocat spécial» dans l'examen des renseignements qui ne peuvent pas être divulgués pour des raisons de sécurité nationale.
4. Dans l'arrêt Chahal c. Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à l'unanimité que le Royaume-Uni avait contrevenu à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, parce qu'il n'avait pas institué une autorité nationale compétente chargée d'examiner le fond de la plainte selon la Convention.

Chahal c. Royaume-Uni, [1996] 23 E.H.R.R. 413.

5. La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* a été signée à Rome le 4 novembre 1950.
6. La Cour européenne des droits de l'homme a en partie fondé sa décision rendue dans l'affaire Chahal, aux paragraphes 131 et 144, sur l'existence de ce qu'il est

counsel is provided access to confidential evidence, and is allowed to cross-examine witnesses and generally assist the court in testing the strength of the government case. While the Court's understanding of the Canadian process for deportation in matters of national security was clearly erroneous, it stated that the above process was an example of "techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice."

7. In response to the decision in Chahal v. United Kingdom, the United Kingdom created the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") and gave it jurisdiction in section 2 of *The Special Immigration Appeals Commission Act* to hear appeals from decisions of the Home Secretary regarding deportation.

The Special Immigration Appeals Commission Act
(U.K.) 1997, c. 68 [SIAC Act].

8. Under s. 6 of the SIAC Act, a 'special advocate' must be appointed to represent the interests of the appellant in any closed hearing from which the appellant and his or her legal representative is excluded. This special advocate is selected from a list of security cleared immigration and human rights barristers.
9. The benefit to the court of such a 'special advocate' was noted by the Court of Appeal while hearing an appeal of an SIAC decision in Secretary of State for the Home Department v. "M". SIAC allowed the appeal against certification and cancelled the certificate. The Secretary of State for the Home Department had appealed. The Court quoted from the SIAC judgment, at paragraphs 27 and 28, where it was held that "as a result of . . . [the special advocate's] rigorous cross-examinations in the closed session", it was found that "the assertions made in statements provided by the respondent [the Home Secretary] are not supported by the evidence . . . "Too often assessments have been based on material which does not on analysis support them." The Court further stated, at paragraph 27, that "assertions [made by the Home Secretary were] found to be misleading when the source documents were looked at. In other cases . . . there had been insufficient effort made to ensure that they were accurate."

convenu d'appeler le «modèle canadien», dans lequel un conseiller muni d'une habilitation de sécurité se voit conférer l'accès à des preuves confidentielles et peut contre-interroger des témoins et de manière générale assister le tribunal dans le travail consistant à vérifier la solidité des arguments du gouvernement. La Cour européenne n'a manifestement pas compris le système canadien d'expulsion en matière de sécurité nationale, mais elle a dit que «cela illustre bien l'existence de techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure».

7. Réagissant à l'arrêt Chahal c. Royaume-Uni, le Royaume-Uni a institué la commission spéciale des appels en matière d'immigration (la «SIAC») et lui a conféré, dans l'article 2 du *Special Immigration Appeals Commission Act*, le pouvoir de juger les appels interjetés contre les décisions du Home Secretary en matière d'expulsions.

The Special Immigration Appeals Commission Act
(R.-U.) 1997, ch. 68 [la SIAC Act].

8. Selon l'article 6 de la SIAC Act, un «avocat spécial» doit être nommé pour représenter les intérêts de l'appellant dans une audience à huis clos, d'où sont exclus l'appellant et son représentant. Cet avocat spécial est choisi sur une liste d'avocats spécialisés en droits de la personne et en immigration qui ont obtenu une habilitation de sécurité.
9. L'avantage pour le tribunal d'un tel «avocat spécial» a été noté par la Cour d'appel au cours d'un appel interjeté contre une décision de la SIAC, dans l'affaire Secretary of State for the Home Department v. "M". La SIAC avait fait droit à l'appel interjeté contre la délivrance du certificat et elle avait annulé le certificat. Le Secrétaire d'État pour le Home Department a fait appel de la décision de la SIAC. La Cour d'appel a cité la décision de la SIAC, aux paragraphes 27 et 28, où la SIAC disait que «grâce aux contre-interrogatoires rigoureux menés par l'avocat spécial durant la séance à huis clos, il a été constaté que les affirmations figurant dans les exposés remis par le défendeur [le Home Secretary] ne sont pas appuyées par la preuve. Trop souvent, les évaluations sont fondées sur des documents dont on constate, après analyse, qu'ils ne les confirment pas.» La Cour disait aussi, au paragraphe 27, que «les affirmations [faites par le Home Secretary ont été] jugées trompeuses après examen des documents de base. Dans d'autres cas, on ne s'était pas suffisamment soucié de leur exactitude».

Secretary of State for the Home Department v "M"
[2004] EWCA Civ 324.

Secretary of State for the Home Department v. "M",
[2004] EWCA Civ 324.

10. It is respectfully submitted that the process now followed in the United Kingdom should guide this Court in dealing with our request that *amicus curiae* be appointed.

10. Il est respectueusement soumis que la procédure maintenant observée au Royaume-Uni devrait guider la Cour lorsqu'elle disposera de notre demande pour que soit nommé un intervenant bénévole.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

DATED this 16th day of September 2004

FAIT le 16 septembre 2004

Paul D. Copeland
COPELAND, DUNCAN
Barristers & Solicitors
31 Prince Arthur Avenue
Toronto, Ontario M5R 1B2
Tel. (416) 964-8126
Fax. (416) 960-5456

Paul D. Copeland
COPELAND, DUNCAN
Avocats
31, avenue Prince Arthur
Toronto (Ontario) M5R 1B2
Téléphone (416) 964-8126
Télécopieur (416) 960-5456

Solicitor for the Applicant

Avocat du demandeur

[TRANUCTION]

APPENDIX C

APPENDICE C

Court File No. DES-04-02

N° du greffe: DES-04-02

FEDERAL COURT

COUR FÉDÉRALE

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001. C. 27

EN L'AFFAIRE d'un certificat signé conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

AND IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), and section 78 and 80 of the *Act*

ET EN L'AFFAIRE du dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada conformément au paragraphe 77(1) et aux articles 78 et 80 de la *Loi*

AND IN THE MATTER OF Mohammed Harkat

ET EN L'AFFAIRE de Mohammed HARKAT

**MINISTERS' RECORD
(RESPONSE TO MOTION TO APPOINT
AMICUS CURIAE)**

**DOSSIER DU MINISTRE
(RÉPONSE À LA REQUÊTE EN NOMINATION D'UN
INTERVENANT BÉNÉVOLE)**

Solicitors for Mohammed Harkat:

Avocats de Mohammed Harkat:

Paul Copeland
Barrister and Solicitor
31 Prince Arthur Avenue
Toronto, Ontario
M5R 1B2

Paul Copeland
Avocats
31, avenue Prince Arthur
Toronto (Ontario)
M5R 1B2

Tel: (416) 964-8126
Fax: (416) 960-5456

Téléphone: (416) 964-8126
Télécopieur: (416) 960-5456

Matthew Webber
Barrister and Solicitor
2nd Floor, 220 Elgin Street
Ottawa, Ontario
K2P 1L7

Tel: (613) 860-1449
Fax: (613) 860-1549

Solicitor for the Respondent:

Morris Rosenberg
Department of Justice
Canadian Security Intelligence Service
1941 Ogilvie Road
Ottawa, Ontario
K1J 1B7

Per: James Mathieson
Michael W. Dale

Tel: (613) 231-0985/(613) 842-1604
Fax: (613) 842-1345

Matthew Webber
Avocat
2^e étage, 220, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K2P 1L7

Téléphone: (613) 860-1449
Télécopieur: (613) 860-1549

Avocat du défendeur:

Morris Rosenberg
Ministère de la Justice
Service canadien du renseignement de sécurité
1941, chemin Ogilvie
Ottawa (Ontario)
K1J 1B7

Par: James Mathieson
Michael W. Dale

Téléphone: (613) 231-0985/(613) 842-1604
Télécopieur: (613) 842-1345

Court File No. DES-04-02

N° du greffe: DES-04-02

FEDERAL COURT

COUR FÉDÉRALE

IN THE MATTER OF a certificate signed
pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration
and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, C. 27

EN L'AFFAIRE d'un certificat signé
conformément au paragraphe 77(1) de la
*Loi sur l'immigration et la protection des
réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

AND IN THE MATTER OF the referral
of that certificate to the Federal Court
of Canada pursuant to subsection 77(1),
and section 78 and 80 of the *Act*

ET EN L'AFFAIRE du dépôt de ce certificat
à la Cour fédérale du Canada conformément
au paragraphe 77(1) et aux articles 78 et 80
de la Loi

AND IN THE MATTER OF Mohammed HARKAT

ET EN L'AFFAIRE de Mohammed HARKAT

INDEX

INDEX

DOCUMENT

TAB

DOCUMENT

ONGLET

Outline of Argument in Response to Motion to
Appoint Amicus Curiae

1

Grandes lignes des arguments en réponse à la
requête en nomination d'un intervenant bénévole

1

Attorney General of Canada et. al. v. Aluminum Co.
of Canada et. al B.C. Wildlife Federation, Intervener,
(1987) 35 DLR (4th) 495 (B.C.C.A.)

2

Attorney General of Canada et. al. v. Aluminum
Co. of Canada et. al B.C. Wildlife Federation,
intervener, (1987) 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A.
C.-B.)

2

Grice v. The Queen Ex Rel. Press (1957) 11 DLR
(2d) 699 (Ont. H.C.)

3

Grice v. The Queen Ex Rel. Press (1957), 11
D.L.R. (2d) 699 (H.C. Ont.)

3

Section 40.1 <i>Immigration Act</i> ; sections 77 to 81 <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27, as amended	4	Article 40.1 de la <i>Loi sur l'immigration</i> ; articles 77 à 81 de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27, et modifications	4
Re: Harkat (2003) 231 FTR 19 at p 24	5	Re: Harkat (2003), 231 F.T.R. 19, à la page 24	5
Re: Charkaoui unreported 2003 FC 1419 at page 29, para. 185	6	Re: Charkaoui, décision non publiée, 2003 C.F. 1419, à la page 29, par. 185	6
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, as amended, s. 57 thereof	7	Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, et modifications, article 57	7
Federal Court Rules, 1998, R. 69	8	Règles de la Cour fédérale (1998), règle 69	8
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass (1997) 3 SCR 391	9	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass, [1997] 3 R.C.S. 391	9
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General) (2000) 179 DLR (4th) 531 (FCA)	10	Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général) (2000), 179 D.L.R. (4th) 531 (C.A.F.)	10
Chavali v Canada et. al. (2001) 202 FTR 166	11	Chavali c Canada et autres (2001), 202 F.T.R. 166	11
Federal Court Rules, 1998, rules 26 and 29	12	Règles de la Cour fédérale (1998), règles 26 et 29	12
Terms of Reference for the Commission of Inquiry into the Action of Canadian Officials in relation to Maher Arar	13	Mandat de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar	13
Re: Ribic (2003) FCA 246	14	Re: Ribic (2003 CAF 246)	14
Almrei v. Minister of Citizenship and Immigration (2004 FC 420) at paragraphs 56 to 62	15	Almrei c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (2004 CF 420), aux paragraphes 56 à 62	15
Immigration and Refugee Protection Act (" <i>IRPA</i> ") sections 19, 20, 21 and 115	16	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la « <i>LIPR</i> »), articles 19, 20, 21 et 115	16
Ahani (1996) FCJ 937 at 939; aff'd 1996 201 NR 233 (Fed CA) at 235	17	Ahani [1996] A.C.F. n° 937, à la page 939; conf. par (1996) 201 NR 233 (C.A.F.), à la page 235	17
Re: Harkat (2003) 243 FTR 161 at 164	18	Re: Harkat (2003), 243 F.T.R. 161, à la page 164	18

Court File No. DES-04-02

N° du greffe: DES-04-02

FEDERAL COURT

COUR FÉDÉRALE

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, C. 27

EN L'AFFAIRE d'un certificat signé conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

AND IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), and section 78 and 80 of the *Act*

ET EN L'AFFAIRE du dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada conformément au paragraphe 77(1) et aux articles 78 et 80 de la *Loi*

AND IN THE MATTER OF Mohammed HARKAT

ET EN L'AFFAIRE de Mohammed HARKAT

**OUTLINE OF ARGUMENT IN RESPONSE
TO MOTION TO APPOINT AMICUS CURIAE**

What is an *amicus curiae*?

1. Generally an *amicus curiae* or “friend of the court” is a disinterested or neutral person appointed to assist the court, at its request. Three situations arise in which an *amicus curiae* is appointed: a) where there is a matter of public interest in which the court invites the Attorney-General or some other capable individual to intervene; b) to address the court to prevent an injustice, for example, to make submissions on points of law that may have been overlooked; and c) to represent the unrepresented. It is submitted that an *amicus curiae* will not be appointed merely because the case is factually difficult or it raises complicated legal issues.

Attorney General of Canada et. al. v. Aluminum Co. of Canada et. al; B.C. Wildlife Federation, Intervener, (1987) 35 DLR (4th) 495 (B.C.C.A.)

Grice v. The Queen Ex Rel. Press (1957) 11 DLR (2d) 699 (Ont.H.C.)

What is the Jurisdiction of the Federal Court to appoint an *amicus curiae*?

2. With the introduction of the section 78 *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”) procedure, of a review of a security certificate by a single judge of the Federal Court, designated by the Chief Justice, there has been no reduction in the rights of a refugee to a fair hearing. The procedure has not changed substantially from what was in place in 1996 under the former section 40.1 of the *Immigration Act* when *Ahani* was decided by Madam Justice McGillis. Recognizing the parallels between what was in place then and now, this Honourable Court denied the Applicant Mohammed Harkat’s application for further disclosure under *IRPA*.

In addition, the procedure as set out in sections 77 and 78 of *IRPA* has been found to be consistent with the principles of fundamental justice as set out in section 7 of the Charter of Rights and Freedoms.

Section 40.1 *Immigration Act*; sections 78 to 80 *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, as amended

Re: Harkat (2003) 231 FTR 19 at p 24

Re: Charkaoui unreported 2003 FC 1419 at page 29, para. 185

**GRANDES LIGNES DES ARGUMENTS EN
RÉPONSE À LA REQUÊTE EN NOMINATION
D’UN INTERVENANT BÉNÉVOLE**

Qu’est-ce qu’un intervenant bénévole?

1. En règle générale, un intervenant bénévole (*amicus curiae*) ou «ami de la cour» est une personne désintéressée ou neutre qui est nommée pour assister le tribunal, au gré de celui-ci. Il y a trois cas dans lesquels un intervenant bénévole est nommé: a) lorsqu’est jugée une affaire d’intérêt public dans laquelle le tribunal invite le procureur général ou autre personne compétente à intervenir; b) lorsqu’il convient d’alerter la Cour afin de prévenir une injustice, par exemple lorsqu’il convient de lui présenter des conclusions sur des points de droit qui ont pu être négligés; et c) lorsqu’il convient de représenter un justiciable qui n’est pas représenté. Il est avancé qu’un intervenant bénévole ne sera pas nommé du seul fait que l’affaire est complexe ou présente des points de droit complexes.

Attorney General of Canada et. al. v. Aluminum Co. of Canada et. al; B.C. Wildlife Federation, Intervener, (1987) 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A. C.-B.)

Grice v. The Queen Ex Rel. Press (1957), 11 D.L.R. (2d) 699 (H.C. Ont.)

Quel est le pouvoir de la Cour fédérale de nommer un intervenant bénévole?

2. Avec la prise d’effet de la procédure établie par l’article 78 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la «*LIPR*»), procédure qui consiste en l’examen d’un certificat de sécurité par un juge unique de la Cour fédérale, désigné par le juge en chef, il n’y a pas eu réduction des droits d’un réfugié à une audience équitable. La procédure n’a pas modifié d’une manière appréciable les aménagements qui existaient en 1996 en application de l’ancien article 40.1 de la *Loi sur l’immigration*, à l’époque où madame la juge McGillis avait disposé du dossier *Ahani*. Consciente des points communs que présentent les dispositions d’alors et celles d’aujourd’hui, la Cour a rejeté, en application de la *LIPR*, la requête du demandeur Mohammed Harkat, qui souhaitait obtenir communication d’autres éléments de preuve.

De plus, la procédure exposée dans les articles 77 et 78 de la *LIPR* a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale dont parle l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Article 40.1 de la *Loi sur l’immigration*; articles 78 à 80 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et modifications

Re: Harkat (2003), 231 F.T.R. 19, à la page 24

Re: Charkaoui, décision non publiée, 2003 CF 1419, à la page 29, par. 185

3. In asserting that the *Charter of Rights and Freedoms* gives this Court the jurisdiction to appoint an *amicus curiae*, Counsel for the Applicant is calling into question the constitutional validity and applicability of the provisions of ss. 77 and 78 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 as amended, which do not provide for such an appointment. As a result, he should be required to serve a Notice of Constitutional Question upon the Attorney General of Canada, and the Attorney General of each Province. Counsel for the Applicant has not served the required Notice of Constitutional Question on either the Attorney General of Canada, or any of the Attorneys General of any of the Provinces of Canada. In not following the process set forth in the *Federal Court Act* R.S.C. 1985 c. F-7, as amended for such a Notice of Constitutional Question, Counsel for the Applicant has prevented any of the Attorneys General of any of the Provinces of Canada, from making submissions in respect of this issue.

***Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, as amended, s. 57 thereof *Federal Court Rules*, 1998, R. 69**

4. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not confer jurisdiction upon the Federal Court to appoint an *amicus curiae*. Nor does the Federal Court have “inherent jurisdiction” to do so, as would a provincial superior court. However, as a creature of statute, the Federal Court has control over its own process and discretion as to how to best implement, by necessary implication, what jurisdiction has been expressly bestowed upon it by statute.

***Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias* (1997) 3 SCR 391**
***Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (2000) 179 DLR (4th) 531 (FCA)**
***Chavali v Canada et al.* (2001) 202 FTR 166**

Is jurisdiction to appoint an *amicus curiae* bestowed expressly upon the Federal Court by statute?

4. [sic] The Federal Court has the power to set rules which regulate and control access to its files (Rule 26), and in the absence of specific legislation, such as sections 78(b), (d) or (e) of *IRPA*, it has the discretion, under Federal Court Rule 29, to exclude the public from its hearings. However, the jurisdiction of this Honourable Court to carry out its responsibilities under *IRPA* must be examined within the context of that specific legislation. Sections 78(b) and (h) of *IRPA* mandate that the designated judge safeguard, by non-disclosure, national security and the safety of informants while section 78(j) confers upon the designated judge a broad

3. En affirmant que la *Charte canadienne des droits et libertés* donne à la Cour le pouvoir de nommer un intervenant bénévole, l’avocat du demandeur met en doute la validité constitutionnelle et l’applicabilité des dispositions des articles 77 et 78 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et modifications, dispositions qui ne prévoient pas une telle nomination. En conséquence, il devrait être tenu de signifier un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces. L’avocat du demandeur n’a pas signifié l’avis requis de question constitutionnelle au procureur général du Canada ni à aucun des procureurs généraux des provinces du Canada. En n’observant pas la procédure indiquée dans la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et modifications, pour la signification d’un tel avis de question constitutionnelle, l’avocat du demandeur a empêché les procureurs généraux des provinces du Canada de présenter des conclusions sur cette question.

***Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et modifications, article 57**
***Règles de la Cour fédérale* (1998), règle 69**

4. La *Charte canadienne des droits et libertés* ne confère pas à la Cour fédérale le pouvoir de nommer un intervenant bénévole. La Cour fédérale n’est pas non plus investie d’une «compétence intrinsèque» en la matière, comme le serait une cour supérieure provinciale. Cependant, en tant que création du législateur, la Cour fédérale a la maîtrise de sa propre procédure et elle est investie du pouvoir discrétionnaire d’appliquer, par nécessité, la méthode la plus apte à donner effet à la compétence qui lui a été conférée expressément par le législateur.

***Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391**
***Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)* (2000), 179 D.L.R. (4th) 531 (C.A.F.)**
***Chavali c. Canada et autres* (2001), 202 F.T.R. 166**

Le pouvoir de nommer un intervenant bénévole est-il conféré expressément à la Cour fédérale par le législateur?

5. La Cour fédérale a le pouvoir d’établir des règles régissant et limitant l’accès à ses dossiers (règle 26) et, en l’absence d’une loi particulière, par exemple les alinéas 78b), d) ou e) de la *LIPR*, elle a le pouvoir, selon la règle 29 des Règles de la Cour fédérale, d’exclure le public de ses audiences. Toutefois, le pouvoir de la Cour de s’acquitter de ses responsabilités selon la *LIPR* doit être examiné dans le contexte de cette loi particulière. Les alinéas 78b) et h) de la *LIPR* prévoient que le juge désigné doit préserver, par ordonnance de non-divulgence, la sécurité nationale et la sécurité des dénonciateurs, tandis que l’alinéa 78j) confère au juge désigné

discretion in relation to the evidence that may be received and considered. However, there is no express power to appoint an *amicus curiae* to assist this Honourable Court in determining whether the security certificate is reasonable in either the *Federal Court Act* and its procedural rules or in sections 77 to 80 of the *IRPA* or in any regulations passed under *IRPA*. It is submitted that Parliament deemed it fit that a Federal Court Judge sitting alone could and should bear the responsibility of testing the Ministers' case.

Federal Court Rules, 1998, rules 26 and 29; sections 78 to 80 IRPA
The Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, as amended.

Is there an implied jurisdiction to appoint an *amicus curiae* in section 78 IRPA proceedings?

5. [*sic*] It is further submitted that there is no procedural necessity to appoint an *amicus curiae* in section 78 *IRPA* hearings. A designated judge is amply qualified to review and test the material presented *in camera* no matter how complicated and onerous the task may appear to be. While a positive duty is imposed upon the judge by s. 78(c) to deal with all matters as informally and expeditiously as considerations of natural justice and fairness permit, it is submitted that to introduce an *amicus curiae* into section 78 proceedings would be neither expeditious nor fair. Moreover, an element of uncertainty would be introduced, were an *amicus curiae* to be appointed who subsequently disagreed with the judge about the nature and scope of testing the *in camera* information or, ultimately, about the determination of the reasonableness of the certificate, which decision cannot be appealed. It is further submitted that the prolongation of the section 78 proceedings and pre-removal detention, (without review, in the case of a refugee) occasioned by the introduction of an *amicus curiae* would, as well, be neither expeditious nor fair. Finally, the time lines set by section 78(d) of *IRPA* to examine in private all the information and evidence presented by the Ministers upon referral of the certificate are inconsistent with the appointment of an *amicus curiae*.

6. [*sic*] The examples cited by Counsel for the Applicant, of assistance by appointed counsel, to the Arar Commission of Inquiry, to the Security Review Intelligence Committee, to the Supreme Court of Canada in the *Quebec Succession Reference* case, to the Ontario Court (General Division) for an unrepresented accused in *Samra*, and to the Federal Court, by the *Canada Evidence Act* procedure adopted on the consent of

un large pouvoir au regard de la preuve qui peut être reçue et prise en compte. Toutefois, il n'existe, dans la *Loi sur les Cours fédérales* ou dans les règles de procédure de la Cour, ni dans les articles 77 à 80 de la *LIPR* ou dans les règlements d'application de cette Loi, aucun pouvoir explicite de nommer un intervenant bénévole qui aiderait la Cour à dire si le certificat de sécurité est ou non raisonnable. Il est avancé que le législateur a estimé qu'il devait revenir à un juge de la Cour fédérale siégeant seul de vérifier la validité des arguments avancés par les ministres.

Règles de la Cour fédérale (1998), règles 26 et 29; articles 78 à 80 de la LIPR
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, et modifications.

Existe-t-il un pouvoir implicite de nommer un intervenant bénévole dans les procédures prévues par l'article 78 de la LIPR?

6. Il est également avancé qu'il n'existe aucune nécessité procédurale de nommer un intervenant bénévole dans des audiences conduites selon l'article 78 de la *LIPR*. Un juge désigné est amplement qualifié pour examiner et vérifier les documents présentés à huis clos, quand bien même la tâche semblerait-elle complexe et délicate. L'alinéa 78c) impose au juge l'obligation formelle d'examiner tous les aspects de l'affaire, sans formalisme et avec célérité, dans la mesure où les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, mais il est allégué que la nomination d'un intervenant bénévole dans des procédures conduites selon l'article 78 ne favoriserait ni la célérité ni l'équité. Par ailleurs, une telle nomination introduirait dans les procédures un degré d'incertitude, en cas de désaccord entre l'intervenant bénévole ainsi nommé et le juge sur la nature et la portée de la vérification des renseignements produits à huis clos ou, finalement, sur la décision concluant au caractère raisonnable ou non du certificat, décision dont il ne peut être fait appel. Il est également avancé que la prolongation des procédures prévues par l'article 78, et de la détention avant renvoi (sans examen, dans le cas d'un réfugié), prolongation entraînée par la nomination d'un intervenant bénévole, ne serait pas, elle non plus, un gage de célérité ou d'équité. Finalement, le délai fixé par l'alinéa 78d) de la *LIPR* pour l'examen à huis clos des renseignements et des éléments de preuve produits par les ministres après le dépôt du certificat ne s'accorde pas avec la nomination d'un intervenant bénévole.

7. Les exemples, cités par l'avocat du demandeur, de l'aide apportée par la nomination d'un conseiller à la Commission d'enquête Arar, au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité, à la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, à la Cour de l'Ontario (Division générale) pour un accusé non représenté, dans l'affaire *Samra*, et à la Cour fédérale, à la faveur de la

the parties in the unique and urgent circumstances presented by *Ribic*, are distinguishable from the situation presented by a security certificate confirmation hearing under section 78 of the *IRPA*.

Terms of Reference for the Commission of Inquiry into the Action of Canadian Officials in relation to Maher Arar
Re: Ribic (2003) FCA 246

7. [*sic*] In contrast to Mr. Justice Hugessen, who expressed his discomfort with his role in *ex parte* hearings, Mr. Justice Blanchard, ruling on a detention review in *Almrei*, accepted without reservation his obligation to challenge and question the evidence presented in camera “in the context of the legislative scheme” he recognised it was his task to work within.

Almrei v. Minister of Citizenship and Immigration (2004 FC 420) at paragraphs 56 to 62

An *amicus curiae* should not be appointed in the Applicant’s section 78 *IRPA* proceedings.

8. [*sic*] In the alternative, if this Honourable Court concludes that it does possess jurisdiction to appoint an *amicus curiae* for section 78 *IRPA* proceedings, it should not exercise its discretion in favour of appointing an *amicus curiae* in the Applicant’s section 78 proceedings. The Applicant is currently a refugee with no right to remain in Canada and only a limited right to non-refoulement. He is neither a permanent resident nor a Canadian Citizen. Nor is he an accused person facing jail upon conviction for a serious criminal offence.

Immigration and Refugee Protection Act (“*IRPA*”) sections 19, 20, 21 and 115
Ahani (1996) FCJ 937 at 939; aff’d 1996 201 NR 233 (Fed CA) at 235

9. [*sic*] It is submitted that neither of these three situations described in paragraph 1 (*supra*) arise in the Applicant’s case, which, despite the Applicant’s change of counsel and lengthy demands for disclosure, it is submitted, is no more complicated than that of Mr. Ahani or of any other refugee subject to section 78 *IRPA* proceedings. The Applicant has always been represented by at least one counsel, and while he may have a private interest in the outcome of these proceedings, his case presents no public interest that needs to be represented and protected by an *amicus curiae*.

procédure prévue par la *Loi sur la preuve au Canada* et adoptée par consentement des parties dans les circonstances urgentes et particulières de l’affaire *Ribic*, se distinguent de la situation présentée par une audience de confirmation d’un certificat de sécurité tenue en vertu de l’article 78 de la *LIPR*.

Mandat de la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar
Re: Ribic (2003 CAF 246)

8. Contrairement à monsieur le juge Hugessen, qui avait dit le malaise que lui causait son rôle dans les audiences tenues en l’absence de la partie intéressée, monsieur le juge Blanchard, statuant dans l’affaire *Almrei* à la suite d’un examen des motifs d’une détention, a accepté sans réserve l’obligation qu’il avait de contester et mettre en doute les preuves produites à huis clos «dans le contexte du régime législatif», un régime dont il a reconnu qu’il devait s’accommoder.

Almrei c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (2004 CF 420), aux paragraphes 56 à 62

Un intervenant bénévole ne devrait pas être nommé dans l’examen judiciaire concernant le demandeur et prévu par l’article 78 de la *LIPR*

9. Subsidiairement, si la Cour arrive à la conclusion qu’elle a effectivement le pouvoir de nommer un intervenant bénévole dans l’examen judiciaire prévu par l’article 78 de la *LIPR*, alors elle ne devrait pas user de ce pouvoir pour nommer un intervenant bénévole dans l’examen judiciaire concernant le demandeur. Le demandeur est actuellement un réfugié qui n’a aucun droit de demeurer au Canada et qui n’a qu’un droit restreint au non-refoulement. Il n’est ni un résident permanent ni un citoyen canadien. Il n’est pas non plus un accusé exposé à une peine d’emprisonnement en cas de condamnation pour une infraction criminelle grave.

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés («*LIPR*»), articles 19, 20, 21 et 115
Ahani [1996] A.C.F. n° 937, page 939; conf. par (1996), 201 N.R. 233 (C.A.F.), page 235

10. Il est avancé qu’aucune des trois situations évoquées au paragraphe 1 ci-dessus n’existe dans le cas du demandeur, un cas qui, en dépit de la constitution de nouveau procureur décidée par le demandeur et en dépit de longues demandes de communication d’éléments de preuve, n’est pas plus complexe que le cas de M. Ahani ou de tout autre réfugié soumis aux procédures de l’article 78 de la *LIPR*. Le demandeur a toujours été représenté par au moins un avocat et, bien qu’il puisse avoir un intérêt personnel dans l’issue de ces procédures, son cas ne présente aucun intérêt public dont il faille assurer la représentation et la protection par un intervenant bénévole.

10. [sic] This Honourable Court is eminently capable of examining and exploring whatever issues are raised by Counsel for the Applicant. The Applicant is under no disability for lack of representation during *in camera* and *ex parte* hearings because this Honourable Court has vigorously challenged the accuracy of the information which supports the Ministers' case against him and the basis for its non-disclosure. Any concerns over the accuracy of background material about the FIS and use of Saudi passports which was disclosed to the Applicant's Counsel are capable of being addressed by an agreed statement of facts. The testing of any unclassified material can be made without recourse to an *amicus curiae*.

Re: (2003) Harkat 243 FTR 161 at 164

11. [sic] If this Honourable Court should determine that it appoint an *amicus curiae* for the Applicant, then the Respondents wish to reserve the right to make further submissions on the issues of the suitability of Mr. Laskin to be appointed as an *amicus curiae*, the terms and conditions of the retainer of any *amicus curiae*, and the source of funding for the *amicus curiae*.

ORDER SOUGHT

12. [sic] For the reasons set out above, it is respectfully submitted that the Applicant Mohammed Harkat's motion ought to be denied with costs.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED

DATED at Ottawa this 22nd day of September 2004

James H. Mathieson
Of Counsel for the Ministers

Michael W. Dale
Of Counsel for the Ministers

TO: The Registrar
Federal Court

AND TO: Paul Copeland
Barrister and Solicitor
31 Prince Arthur Avenue
Toronto, Ontario
M5R 1B2

Tel: (416) 964-8126
Fax: (416) 960-5456

11. La Cour est parfaitement capable d'examiner et d'explorer tous les points soulevés par l'avocat du demandeur. Le demandeur n'est nullement rendu incapable par le fait qu'il n'était pas représenté durant les audiences tenues à huis clos et en son absence, et cela parce que la Cour a énergiquement contesté l'exactitude des renseignements qui soutiennent les arguments des ministres à son encontre et les moyens invoqués pour leur non-divulgateion. Il est possible, avec un exposé conjoint des faits, de dissiper les doutes concernant l'exactitude de l'information relative au FIS et à l'utilisation de passeports saoudiens qui a été communiquée à l'avocat du demandeur. Il est possible de vérifier le contenu de tout document non classifié sans avoir recours à un intervenant bénévole.

Re: Harkat (2003), 243 F.T.R. 161, page 164

12. Si la Cour décide de nommer un intervenant bénévole pour le demandeur, alors les défendeurs voudraient se réserver le droit de présenter d'autres conclusions sur les points suivants: celui de savoir si M. Laskin a les qualités voulues pour être nommé intervenant bénévole, celui de savoir quelles devraient être les modalités du mandat d'un intervenant bénévole, enfin celui de savoir quelle sera la source de financement de l'intervenant bénévole.

ORDONNANCE DEMANDÉE

13. Pour les motifs susmentionnés, il est respectueusement avancé que la requête du demandeur Mohammed Harkat devrait être rejetée, avec dépens.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

FAIT à Ottawa, le 22 septembre 2004

James H. Mathieson,
avocat des ministres

Michael W. Dale,
avocat des ministres

DESTINATAIRE: Le greffier
Cour fédérale

AUTRE DESTINATAIRE: Paul Copeland
Avocat
31, avenue Prince Arthur
Toronto (Ontario)
M5R 1B2

Téléphone: (416) 964-8126
Télécopieur: (416) 960-5456

AND TO: Counsel for Mr. Harkat
Matthew Webber
Barrister and Solicitor
2nd Floor, 220 Elgin Street
Ottawa, Ontario
K2P 1L7
Tel: (613) 860-1449
Fax: (613) 860-1549

AUTRE DESTINATAIRE: Avocat de M. Harkat
Matthew Webber
Avocat
2^e étage, 220, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K2P 1L7
Téléphone: (613) 860-1449
Télécopieur: (613) 860-1549

T-30-03
2004 FC 1747

T-30-03
2004 CF 1747

Henkel Canada Corporation (*Plaintiff*)

Henkel Canada Corporation (*demanderesse*)

v.

c.

Conros Corporation (*Defendant*)

Conros Corporation (*défenderesse*)

INDEXED AS: HENKEL CANADA CORP. v. CONROS CORP. (F.C.)

RÉPERTORIÉ: HENKEL CANADA CORP. c. CONROS CORP. (C.F.)

Federal Court, Hugessen J.—Toronto, December 3; Ottawa, December 17, 2004.

Cour fédérale, juge Hugessen—Toronto, 3 décembre; Ottawa, 17 décembre 2004.

Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Trade-marks infringement action — Federal Courts Rules, 1998, r. 216(3) (Court may grant summary judgment even though genuine issue if can determine facts necessary to decide questions of fact, law) in effect repealed by F.C.A. judgments in MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs); Trojan Technologies, Inc. v. Suntec Environmental Inc. — Judgments contrary to Rules Committee's intention not to adopt restrictive Ontario rule — Not open to Court to reverse legislative choice — Opinion of F.C.A., that traditional trial only adequate fact-finding mechanism disagreed with, especially where expert witnesses involved — Motion denied as F.C. bound by F.C.A. case law.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Action en contrefaçon de marques de commerce — La règle 216(3) des Règles des Cours fédérales (1998) (la Cour peut rendre un jugement sommaire malgré l'existence d'une véritable question litigieuse si elle peut établir les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit) a en réalité été invalidée par la C.A.F. dans les arrêts Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), et Trojan Technologies, Inc. c. Suntec Environmental Inc. — Ces arrêts vont à l'encontre de l'intention du comité des règles de ne pas adopter la règle ontarienne, jugée restrictive — C'était là un choix législatif qu'il n'appartenait pas à la Cour d'invalider — La Cour fédérale n'a pu souscrire aux vues de la C.A.F., pour qui seul un procès au sens traditionnel constitue un mécanisme adéquat d'établissement des faits, surtout si des experts sont mis à contribution — Requête rejetée, la C.F. étant liée par les arrêts de la C.A.F.

Judges and Courts — Recent F.C.A. judgments in effect repealing Federal Court rule regarding granting of summary judgment — Judgments repudiating express wording of provision, intention of Rules Committee not to adopt restrictive Ontario rule of practice — Courts not free to reverse legislative choice — Even so, F.C. bound to follow F.C.A. decisions and to deny motion for summary judgment in trade-marks infringement case.

Juges et tribunaux — De récents arrêts de la C.A.F. ont eu pour effet d'invalider la règle des Cours fédérales concernant le prononcé d'un jugement sommaire — Les arrêts en question allaient à l'encontre du texte explicite de la disposition, et à l'encontre de l'intention du comité des règles de ne pas adopter la règle ontarienne, jugée restrictive — Les tribunaux n'ont pas le loisir d'invalider un choix législatif — En tout état de cause, la C.F. était liée par les arrêts de la C.A.F. et elle n'avait d'autre choix que de rejeter la requête en jugement sommaire dans une affaire de contrefaçon de marques de commerce.

Trade-Marks — Infringement — Relief sought: permanent injunction, delivery up — Motion for summary judgment — Confusion — Opinion evidence of defendant's expert witness rejected as based on anecdotal, impressionistic foundations — Court would have granted application but prevented from so doing by recent F.C.A. decisions in effect repealing Federal Courts Rules, 1998, r. 216(3).

Marques de commerce — Contrefaçon — Réparation demandée: injonction permanente, et remise des produits — Requête en jugement sommaire — Confusion — Le témoignage du témoin expert de la défenderesse a été rejeté parce qu'il était fondé sur des anecdotes et des impressions — La Cour aurait fait droit à la demande, mais elle a été empêchée de le faire par de récents arrêts de la C.A.F. qui ont eu pour effet

This was an action for trade-mark infringement, depreciating the value of goodwill and passing off. The plaintiff contended that the defendant's use of the "Lepage" trade-mark was confusing with the plaintiff's business and wares and sought a permanent injunction and an order for delivery up. The name Lepage has, for more than a century, been known in Canada in association with adhesive products. Defendant has rights to the "Lepage" trade-mark in the U.S.A., having purchased the assets of LePage Inc., a bankrupt company. The law is clear that rights in the American mark created no right, as against the plaintiff, to use the mark in Canada. Defendant commenced selling clear adhesive tape in Canada, the packaging proclaiming "Proudly made in Canada by Lepage's USA" together with a circled "R".

Held, the motion for summary judgment should be dismissed without costs.

The packaging statement was incorrect and misleading although it was true that defendant's wares are made in Canada. But, on the evidence before the Court, summary judgment could not be granted under section 19 (registration gives to the trade-mark owner the exclusive right to the use throughout Canada of the mark). The description of the wares covered by the plaintiff's trade-mark registration TMDA 08810 does not extend to the tapes sold by defendant. As for TMA168,676, while the mark used by defendant is identical to the registration, there was no evidence that clear adhesive tape is a chemical or chemical composition and it was doubtful whether such tape could properly be described as an adhesive, the word used as a noun in the registration.

Turning to *Trade-marks Act*, sections 20 and 7, confusion is a question of fact and section 6 provides detailed directions as to the circumstances in which the Court may conclude that there is confusion. The defendant adduced expert opinion evidence that the adhesive products market is fragmented between stationery and hardware products as well as between professional and domestic consumers. The defendant's use of the mark was said to be limited to the stationery and domestic sectors, in which the plaintiff is either not involved or sells products under other names. But the Court was not prepared to

d'invalider la règle 216(3) des Règles des Cours fédérales (1998).

Cette action visait la contrefaçon d'une marque de commerce, dont l'effet serait de réduire la valeur de l'achalandage et d'entraîner une commercialisation trompeuse. La demanderesse prétendait que l'emploi par la défenderesse de la marque de commerce «Lepage» créait de la confusion avec son entreprise et ses marchandises, et elle réclamait une injonction permanente ainsi qu'une ordonnance obligeant la défenderesse à se départir de ses produits. Le nom Lepage est depuis plus de cent ans connu au Canada comme marque de commerce servant à la promotion de produits adhésifs. La défenderesse a des droits sur la marque de commerce «Lepage» aux États-Unis puisqu'elle a acheté les actifs de LePage Inc., une société en faillite. Il est bien établi en droit que les droits sur la marque américaine n'ont conféré, à l'encontre de la demanderesse, aucun droit d'utiliser la marque au Canada. La défenderesse a commencé de vendre au Canada des rubans adhésifs transparents dont l'emballage portait la mention «Lepage États-Unis est fier de fabriquer ce produit au Canada», accompagnée d'un R encerclé.

Jugement: la requête en jugement sommaire doit être rejetée, sans dépens.

L'indication apparaissant sur l'emballage était inexacte et trompeuse même s'il était vrai que les marchandises de la défenderesse sont fabriquées au Canada. Mais, au vu de la preuve que la Cour avait devant elle, un jugement sommaire ne pouvait pas être obtenu par la demanderesse sous l'autorité de l'article 19 (l'enregistrement confère au titulaire de la marque le droit exclusif à l'emploi, dans tout le Canada, de la marque). La description des marchandises visées par l'enregistrement n° TMDA08810 de la marque de commerce de la demanderesse ne s'étend pas aux rubans adhésifs vendus par la défenderesse. La marque employée par la défenderesse est identique à l'enregistrement n° TMA168,676, mais il n'a pas été établi qu'un ruban adhésif transparent est un produit chimique ou une composition chimique, et il était douteux que de tels rubans puissent adéquatement être décrits par le mot «adhésifs», un mot qui est employé comme substantif dans l'enregistrement.

S'agissant des articles 20 et 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, la confusion est une question de fait, et l'article 6 donne des directives détaillées sur les circonstances dans lesquelles la Cour peut conclure qu'il y a confusion. La défenderesse a produit un témoignage d'expert selon lequel le marché des produits adhésifs est fragmenté entre produits de papeterie et produits de quincaillerie, et également entre professionnels et ménages. L'emploi de la marque par la défenderesse serait limité aux segments de la papeterie et des ménages, segments dans lesquels la demanderesse est

accept this expert's opinion, based as it was on anecdotal and impressionistic foundations.

Subsection 216(3) of the *Federal Courts Rules* provides that where, on a summary judgment motion, the Court concludes that there is a genuine issue, it may still grant summary judgment if able, on the whole of the evidence, to determine the facts necessary to decide the questions of fact and law. But the Federal Court of Appeal has, in two of its recent judgments, in effect repealed this subsection. It has held that once there is a genuine issue for trial, a judge commits an error if he grants summary judgment and does not send the matter on for trial. These judgments, *MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*, and *Trojan Technologies, Inc. v. Suntec Environmental Inc.*, appear to run counter to both the express wording of the subsection and the documented intention of the Rules Committee, which made a conscious choice against the adoption of the restrictive Ontario rule, preferring the rule in force in certain of the western provinces. This was a legislative, not judicial choice and not one that a court is free to reverse. Nor could the opinion of the Federal Court of Appeal, that a full, traditional trial is the only adequate fact-finding mechanism, be agreed with. A Court's fact-finding capacity, especially where expert witnesses are involved, rarely depends upon the appearances of witnesses in the box for it is not the ability of a witness to "sell" a particular thesis that matters, but rather the reasonableness and cogency of the thesis advanced when viewed in the light of all the evidence.

Evidence given by witnesses for the defence that defendant was not using "Lepage's" as a trade-mark notwithstanding its use of this word accompanied by the symbol of a circled "R" was not believed.

The Lepage mark is inherently distinctive and is used, other than by the parties in this proceeding, only in the unrelated business of real estate brokerage, in which trade the mark is well known. Plaintiff's mark has been used in Canada since the 1880's; defendant's use began in 2002. Plaintiff uses its mark on a variety of adhesive products but not on transparent tape; defendant uses the mark only on such tape. Both parties are in the stationery and consumer market segments; their goods can appear in the same retail outlets. The mark used by defendant is virtually identical to plaintiff's. But the Court was precluded from granting relief under section 20 by the previously

totalemment absente, ou bien vend ses produits sous d'autres noms. Mais la Cour n'était pas disposée à accepter le témoignage produit par l'expert de la défenderesse, car il était fondé sur des anecdotes et des impressions.

Le paragraphe 216(3) des *Règles des Cours fédérales* prévoit que, lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire si elle parvient, à partir de l'ensemble de la preuve, à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de droit et de fait. Mais deux arrêts récents rendus par la Cour d'appel fédérale ont eu pour effet d'invalider cette disposition. La Cour d'appel fédérale a jugé que, dès lors qu'il existe une véritable question litigieuse, le juge commet une erreur s'il accorde un jugement sommaire et ne renvoie pas l'affaire à procès. Ces arrêts, *Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, et *Trojan Technologies, Inc. c. Suntec Environmental Inc.*, semblent aller à l'encontre non seulement du texte explicite du paragraphe 216(3), mais également de l'intention formelle du comité des règles, lequel s'était résolument prononcé contre l'adoption de la règle ontarienne, jugée restrictive, préférant les versions en vigueur dans certaines des provinces de l'Ouest. C'était là un choix législatif, et non judiciaire, et il ne s'agit pas d'un choix qu'une cour de justice est à même d'invalider. La Cour n'a pu non plus souscrire aux vues de la Cour d'appel fédérale, pour qui seul un procès au sens traditionnel et en bonne et due forme constitue un mécanisme adéquat d'établissement des faits. La compétence d'un tribunal en matière d'établissement des faits, surtout lorsque des experts sont mis à contribution, dépend rarement de l'occasion qu'il a de voir et d'entendre des témoins à la barre car ce qui importe, ce n'est pas la capacité du témoin de «vendre» une thèse donnée, mais plutôt le caractère raisonnable et convaincant de cette thèse, considérée à la lumière de l'ensemble de la preuve.

Le juge n'a pas cru les témoins de la défense, pour qui la marque «Lepage's» n'était pas employée par la défenderesse comme une marque de commerce bien qu'elle fût utilisée et accompagnée du symbole constitué par un «R» encadré.

La marque Lepage est intrinsèquement distinctive et elle n'est utilisée que comme nom commercial par des personnes autres que les parties à la présente procédure, dans un secteur totalement autre, à savoir le courtage immobilier, secteur où la marque est notoirement connue. La marque de la demanderesse est employée au Canada depuis les années 1880; l'utilisation qu'en fait la défenderesse a débuté en 2002. La demanderesse utilise sa marque sur une diversité de produits adhésifs, mais non sur des rubans adhésifs transparents; la défenderesse n'utilise la marque que sur les rubans en question. Les deux parties occupent le segment «papeterie» et le segment «consommateurs» de ce marché; et leurs produits peuvent

mentioned Federal Court of Appeal judgments by which it is bound.

apparaître dans les mêmes magasins de détail. La marque employée par la défenderesse est pour ainsi dire identique à celle de la demanderesse. Mais la Cour était empêchée d'accorder un redressement fondé sur l'article 20 par les arrêts précédemment mentionnés de la Cour d'appel fédérale, arrêts qui s'imposent à elle.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), r. 216(3).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 7, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs), [2004] 3 F.C.R. 3; (2004), 316 N.R. 349; 2004 FCA 50; *Trojan Technologies, Inc. v. Suntec Environmental Inc.* (2004), 239 D.L.R. (4th) 536; 31 C.P.R. (4th) 241; 320 N.R. 322; 2004 FCA 140.

AUTHORS CITED

Federal Court of Canada. Rules Revision Project. Working Paper No. 5. *Disposition Without Trial*. Ottawa: The Court, October, 1993.

MOTION for summary judgment on certain portions of an action for trade-mark infringement, depreciating the value of goodwill and passing off, all contrary to the *Trade-Marks Act*. Motion denied.

APPEARANCES:

James H. Buchan and Kenneth Clark for plaintiff.

Stephen Lamont for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for plaintiff.
Morrison, Brown, Sosnovitch LLP, Toronto, for defendant.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 7, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), règle 216(3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS SUIVIES:

Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2004] 3 R.C.F. 3; (2004), 316 N.R. 349; 2004 CAF 50; *Trojan Technologies, Inc. c. Suntec Environmental Inc.* (2004), 239 D.L.R. (4th) 536; 31 C.P.R. (4th) 241; 320 N.R. 322; 2004 CAF 140.

DOCTRINE CITÉE

Cour fédérale du Canada. Projet de révision des Règles. Document de travail n° 5. *Décision sans procès*. Ottawa: La Cour, octobre 1993.

REQUÊTE en jugement sommaire visant certaines portions d'une action en contrefaçon de marque de commerce, contrefaçon qui aurait pour effet de réduire la valeur de l'achalandage et d'entraîner une commercialisation trompeuse, en contravention de la *Loi sur les marques de commerce*. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

James H. Buchan et Kenneth Clark, pour la demanderesse.

Stephen Lamont, pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson, s.r.l., Toronto, pour la demanderesse.
Morrison, Brown, Sosnovitch LLP, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] HUGESSEN J.: This is an action for trade-mark infringement contrary to sections 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60] and 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196] of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13], depreciating the value of goodwill associated with registered trade-marks contrary to section 22 of the Act and passing off contrary to paragraphs 7(b) and (c) of the Act.

[2] The relevant statutory provisions are as follows:

7. No person shall

...

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(c) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

...

19. Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

20. (1) The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name, but no registration of a trade-mark prevents a person from making

(a) any *bona fide* use of his personal name as a trade-name, or

(b) any *bona fide* use, other than as a trade-mark,

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

[1] LE JUGE HUGESSEN: Cette action vise la contrefaçon d'une marque de commerce, contraire aux articles 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60] et 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196] de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13], qui aurait pour effet de réduire la valeur de l'achalandage propre à une marque de commerce déposée, en contravention de l'article 22 de la Loi, et d'entraîner une commercialisation trompeuse, en contravention des alinéas 7b) et c) de la Loi.

[2] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes:

7. Nul ne peut:

[...]

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

[...]

19. Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

20. (1) Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. Toutefois, aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne:

a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial;

b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce:

- (i) of the geographical name of his place of business, or
- (ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade-mark.

...

22. (1) No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

[3] The plaintiff contends that the defendant's use of the "Lepage" trade-mark is confusing with the business and wares of the plaintiff. The plaintiff claims a permanent injunction restraining the defendant from using that trade-mark and an order requiring the defendant to deliver up all products bearing it.

[4] The plaintiff owns and uses the "Lepage" trade-mark and trade-name in Canada. It had bought the business and goodwill of LePage Limited in 1995. The name Lepage in one form or another has been used in Canada as a trade-mark in the promotion of adhesive products for well over 100 years.

[5] Plaintiff and defendant have been competitors since at least 1989. Defendant has rights in the "Lepage" trade-mark in the United States through the purchase in 2000 by an associated American company of the assets of LePage Inc., a bankrupt company in the U.S. The purchase was not of the business as a going concern; LePage Inc. continues as a separate entity in the United States. When the U.S. marks were acquired LePage Inc. (the U.S. company) was not related to LePage Limited (the Canadian company). It is trite law, and the defendant does not dispute, that rights in the U.S. mark create no right, as against plaintiff, to use the mark in Canada.

[6] In April 2002, the defendant began selling clear adhesive tape in Canada with its own trade-marks and

- (i) soit le nom géographique de son siège d'affaires,
- (ii) soit toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce.

[...]

22. (1) Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

[3] La demanderesse prétend que l'emploi par la défenderesse de la marque de commerce «Lepage» amène à confondre l'entreprise et les marchandises de la défenderesse avec les siennes. Elle réclame une injonction permanente interdisant à la défenderesse d'utiliser cette marque de commerce, et une ordonnance obligeant la défenderesse à se départir de tous les produits portant cette marque de commerce.

[4] La demanderesse possède et utilise la marque de commerce et le nom commercial «Lepage» au Canada. Elle avait acheté l'entreprise et l'achalandage de la société LePage Limited en 1995. Le nom Lepage, sous une forme ou une autre, est employé au Canada depuis plus de 100 ans comme marque de commerce pour la promotion de produits adhésifs.

[5] La demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes depuis au moins 1989. La défenderesse a des droits sur la marque de commerce «Lepage» aux États-Unis en raison de l'achat, en 2000, par une société américaine associée, des actifs de LePage Inc., une société américaine en faillite. L'achat ne portait pas sur l'entreprise en tant qu'entreprise en activité; la société LePage Inc. existe encore comme entité distincte aux États-Unis. Lorsque les marques américaines ont été acquises, la société LePage Inc. (la société américaine) n'était pas liée à la société LePage Limitée (la société canadienne). Il est bien établi en droit, et la défenderesse ne le conteste pas, que les droits sur la marque américaine ne confèrent à l'encontre de la demanderesse aucun droit d'utiliser la marque au Canada.

[6] En avril 2002, la défenderesse a commencé de vendre au Canada des rubans adhésifs transparents dont

name on the packaging and, in addition, the words "Proudly made in Canada by Lepage's USA" accompanied by a circled R. This statement is incorrect and misleading although it is a fact that the defendant's wares are made in Canada.

[7] The plaintiff now moves for summary judgment on those parts of its claim based on sections 19, 20 and 7 of the Act. A claim for summary judgment on section 22 was not pursued at the hearing.

[8] While there are a number of "Lepage" marks registered in plaintiff's name, the relevant registrations relied on together with dates and descriptions of wares, are as follows:

"LEPAGE'S" TMDA08810 March 19, 1903

Adhesive substances namely cements and glues

[Note: the quotation marks appear in the certificate as part of the registered mark.]

LEPAGE'S TMA168,676 April 23, 1970

1. Chemical and chemical compositions being adhesives, cements, glues and fillers.
2. Household and industrial cleaning compositions and solvents.
3. Chemicals and chemical compositions being coatings namely, preservatives, stains and finishes.

LEPAGE TMA210,104 October 17, 1975

Adhesives, sealants and chemicals and chemical compositions being coatings namely, preservatives, stains and finishes.

LEPAGE'S DESIGN TMA216,365 October 01, 1976

Adhesives, sealants, fillers and chemicals and chemical compositions being coatings namely, preservatives, stains and finishes.

[9] Clearly, on the evidence presently before me, no summary judgment relief can be obtained by plaintiff

l'emballage portait ses propres marques et son propre nom, en plus des mots «Lepage États-Unis est fier de fabriquer ce produit au Canada», accompagnés d'un R encerclé. Cette indication est inexacte et trompeuse même s'il est vrai que les marchandises de la défenderesse sont fabriquées au Canada.

[7] La demanderesse voudrait maintenant que soit rendu un jugement sommaire concernant les parties de sa réclamation qui sont fondées sur les articles 19, 20 et 7 de la Loi. Elle n'est pas allée plus loin à l'audience dans sa requête en jugement sommaire fondée sur l'article 22.

[8] Un certain nombre de marques «Lepage» ont été enregistrées au bénéfice de la demanderesse, mais les enregistrements invoqués, ainsi que les dates d'enregistrement et les désignations de marchandises, sont les suivantes:

«LEPAGE'S» TMDA08810 19 mars 1903

Substances adhésives, à savoir ciments et colles

[Note: les guillemets apparaissent dans le certificat avec la marque déposée.]

LEPAGE'S TMA168,676 23 avril 1970

1. Produits chimiques et compositions chimiques, c'est-à-dire adhésifs, ciments, colles et charges techniques.
2. Rénovateurs et solvants domestiques et industriels.

3. Produits chimiques et compositions chimiques servant d'enduits, à savoir produits d'imprégnation, teintures et finitions.

LEPAGE TMA210,104 17 octobre 1975

Adhésifs, produits d'étanchéité, produits chimiques et compositions chimiques servant d'enduits, à savoir produits d'imprégnation, teintures et finitions.

LEPAGE'S DESIGN TMA216,365 1^{er} octobre 1976

Adhésifs, produits d'étanchéité, charges techniques, produits chimiques et compositions chimiques servant d'enduits, à savoir produits d'imprégnation, teintures et finitions.

[9] Manifestement, au vu de la preuve que j'ai devant moi, aucun jugement sommaire ne peut être obtenu par

under section 19 alone. That section in its terms deals only with the “exclusive right to the use throughout Canada of a registered trade-mark in respect of those wares or services” for which it is registered. The evidence shows use by defendant only of the mark “Lepage’s” (without quotation marks) in respect of clear adhesive tape. In TMDA08810 the word is in quotation marks but, even assuming the latter not to be a substantive part of the registration, the description of the wares clearly does not extend to the tapes sold by defendant.

[10] As for TMA168,676, while the mark used by defendant is identical to the registration, there is no evidence that clear adhesive tape is a chemical or chemical composition and I very much doubt that, despite a casual reference to this effect by defendant’s expert witness, such tapes can properly be described by the word “adhesives” which is clearly used as a noun in the registration.

[11] Dealing with TMA210,104 and TMA216,365 in neither case is the mark used by defendant, which includes the possessive apostrophe but omits any design feature, the exact same mark for which plaintiff holds these registrations.

[12] That leaves the plaintiff’s claim to obtain summary judgment under sections 20 and 7. Both of those sections extend protection to the trade-mark owner against the use of marks which are confusingly similar. Confusion is largely a question of fact and section 6 contains detailed directions to the Court:

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

la demanderesse sous l’autorité du seul article 19. Tel qu’il est rédigé, cet article ne parle que du «droit exclusif à l’emploi, dans tout le Canada, d’une marque de commerce déposée, en ce qui concerne les marchandises ou services» pour lesquels elle est déposée. Selon la preuve, la défenderesse n’utilise que la marque «Lepage’s» (sans les guillemets) pour le ruban adhésif transparent. Dans l’enregistrement n° TMDA08810, le mot est entre guillemets, mais, même si l’on présume que les guillemets ne font pas partie intégrante de l’enregistrement, la description des marchandises ne s’étend manifestement pas aux rubans adhésifs vendus par la défenderesse.

[10] La marque employée par la défenderesse est identique à l’enregistrement TMA168,676, mais il n’est pas établi qu’un ruban adhésif transparent est un produit chimique ou une composition chimique, et je doute fort que, en dépit d’une mention fortuite en ce sens par le témoin expert de la défenderesse, de tels rubans puissent adéquatement être décrits par le mot «adhésifs», un mot qui est manifestement employé comme substantif dans l’enregistrement.

[11] S’agissant des enregistrements TMA210,104 et TMA216,365, dans aucun de ces cas la marque employée par la défenderesse, qui comprend l’apostrophe du possessif anglais, mais omet toute caractéristique de conception, n’est la marque elle-même dont la demanderesse détient l’enregistrement.

[12] Le jugement sommaire sollicité par la demanderesse ne pourrait donc relever que des articles 20 et 7. Ces deux articles protègent le propriétaire d’une marque de commerce contre l’emploi de marques dont la similarité est susceptible d’entraîner la confusion. La confusion est pour l’essentiel une question de fait, et l’article 6 donne à la Cour des directives détaillées:

6. (1) Pour l’application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l’emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(3) The use of a trade-mark causes confusion with a trade-name if the use of both the trade-mark and trade-name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade-mark and those associated with the business carried on under the trade-name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade-name causes confusion with a trade-mark if the use of both the trade-name and trade-mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under the trade-name and those associated with the trade-mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and
- (e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

[13] The defendant has tendered expert opinion evidence to the effect that the marks here in question are not confusing. That opinion is based largely on the

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque et les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;
- e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

[13] La défenderesse a produit un témoignage d'expert selon lequel les marques dont il s'agit ici ne créent pas de confusion. Cette opinion s'appuie largement sur les

expert's view that the market for adhesive products is fragmented as between stationery and hardware products and also as between professional and domestic consumers. The defendant's use of the Lepage's mark is said to be limited to the stationery and domestic sectors where plaintiff either is not present at all or sells under other names and does not use its Lepage marks.

[14] The plaintiff attacks this evidence both on the basis of the witness' lack of proper qualifications and on the basis of her credibility, particularly her failure to base her opinions on any recognized methodology such as surveys or market studies.

[15] In fact, although I accept that she is qualified in the technical sense to give opinion evidence, I simply cannot accept the evidence given by defendant's expert and her opinion, based as it is, almost entirely on anecdotal and impressionistic foundations. While confusion is virtually always a serious issue in any trade-mark infringement case I would in other circumstances have applied the provisions of subsection 216(3) [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]:

216. . . .

(3) Where on a motion for summary judgment the Court decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the Court may nevertheless grant summary judgment in favour of any party, either on an issue or generally, if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law.

[16] In my view the text of that rule clearly directs me to ask myself whether, on the state of this record, I could fairly determine the question on the basis of the affidavit evidence and transcripts of cross-examinations which are before me. It now appears that I am mistaken. In two recent judgments the Federal Court of Appeal has in effect repealed subsection 216(3) of the Rules, deciding that once there is a genuine issue for trial a judge commits an error if he grants summary judgment and

vues de l'expert, pour qui le marché des produits adhésifs est fragmenté entre produits de papeterie et produits de quincaillerie, et également entre professionnels et ménages. L'emploi par la défenderesse de la marque «Lepage's» serait limité aux segments de la papeterie et des ménages, segments dans lesquels la demanderesse est totalement absente, ou bien vend sous d'autres noms et n'utilise pas ses marques Lepage.

[14] La demanderesse conteste cette preuve, en invoquant à la fois le fait que le témoin n'est pas qualifié pour donner un avis et le fait que ce témoin n'est pas crédible. La demanderesse dit en particulier que le témoin n'a pas fondé son opinion sur une méthode reconnue, par exemple sur des sondages ou des études de marché.

[15] En fait, je reconnais que le témoin est qualifié, sur le plan technique, pour produire un témoignage d'opinion, mais je ne puis tout simplement pas accepter son témoignage, ni son opinion, fondée presque entièrement sur des anecdotes et des impressions. La confusion est à peu près toujours une question sérieuse dans toute affaire de contrefaçon de marque de commerce, mais j'aurais en d'autres circonstances appliqué les dispositions du paragraphe 216(3) des Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]:

216. [. . .]

(3) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire en faveur d'une partie, soit sur une question particulière, soit de façon générale, si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit.

[16] À mon avis, le texte de cette règle m'invite clairement à me demander si, au vu de ce dossier, je puis impartialement trancher la question en m'appuyant sur la preuve par affidavit et sur les procès-verbaux de contre-interrogatoires que j'ai devant moi. Il apparaît maintenant que je fais erreur. Dans deux arrêts récents, la Cour d'appel fédérale a en effet invalidé le paragraphe 216(3) des Règles, estimant que, dès lors qu'il existe une véritable question litigieuse, le juge commet une erreur

does not send the matter on to trial. No assessment of credibility may be made by the judge at this stage. (See: *MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*, [2004] 3 F.C.R. 3 (F.C.A.); *Trojan Technologies, Inc. v. Suntec Environmental Inc.* (2004), 239 D.L.R. (4th) 536 (F.C.A.).)

[17] These decisions cause me difficulty. They appear to run counter not only to the express words of subsection 216(3) but also to the documented intention of the Rules Committee¹ which, when it recommended the rule to the Governor in Council for adoption, made a conscious choice against adopting the restrictive Ontario rule and preferred the more robust versions in force in other provinces, notably British Columbia and Manitoba. That was a legislative, not judicial, choice and whether or not it was well-advised it does not seem to me to be one which a court is at liberty to reverse. I am also uncomfortable with the Court's apparent view that only a full trial in the traditional sense is an adequate fact-finding mechanism; both this Court and the Federal Court of Appeal exercise a very large part of their original jurisdiction in matters of judicial review which frequently raise disputed and critical questions of fact which are routinely decided on the basis of affidavits and the cross-examinations thereon. While this Court has the possibility of converting an application into an action, that option is not open to the Federal Court of Appeal and I am not aware of any case in which it has exercised its related power to order the trial of an issue on the ground that it cannot fairly find the facts on the basis of affidavits and cross-examination. In my experience a Court's fact-finding capacity, especially where experts are involved, is rarely if ever dependent upon the opportunity of seeing and hearing witnesses in the box. It is not the witness' ability to "sell" a particular thesis but rather the reasonableness and cogency of that thesis viewed in the light of all the evidence which leads to a favourable or unfavourable finding of credibility.

s'il accorde un jugement sommaire et ne renvoie pas l'affaire à procès. Le juge ne peut à ce stade apprécier la crédibilité des témoignages. (Voir les arrêts *Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2004] 3 R.C.F. 3 (C.A.F.) et *Trojan Technologies, Inc. c. Suntec Environmental Inc.* (2004), 239 D.L.R. (4th) 536 (C.A.F.).)

[17] Ces arrêts me laissent perplexes. Ils semblent aller à l'encontre non seulement du texte explicite du paragraphe 216(3), mais également de l'intention formelle du comité des règles¹, lequel, lorsqu'il avait recommandé au gouverneur en conseil d'adopter la règle, s'était résolument prononcé contre l'adoption de la règle ontarienne, jugée restrictive, préférant les versions plus rigoureuses en vigueur dans d'autres provinces, notamment la Colombie-Britannique et le Manitoba. C'était là un choix législatif, et non judiciaire, et, que ce choix ait été sage ou non, il ne m'apparaît pas qu'il s'agisse d'un choix qu'une cour de justice est à même d'invalider. J'ai aussi un peu de mal à souscrire aux vues de la Cour d'appel fédérale, pour qui seul un procès au sens traditionnel et en bonne et due forme constitue un mécanisme adéquat d'établissement des faits; la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale exercent toutes deux une très large part de leur compétence en première instance dans des procédures de contrôle judiciaire qui souvent soulèvent des points de fait contestés et essentiels, lesquels sont généralement décidés sur la foi d'affidavits et des contre-interrogatoires afférents. La Cour fédérale a le loisir de convertir une demande en action, mais cette option n'est pas offerte à la Cour d'appel fédérale, et je n'ai connaissance d'aucun précédent où elle ait exercé son pouvoir connexe d'ordonner qu'une question soit renvoyée à un procès au motif qu'elle ne pouvait décentement établir les faits en se fondant sur les affidavits et les contre-interrogatoires. Selon mon expérience, la compétence d'un tribunal en matière d'établissement des faits, surtout lorsque des experts sont mis à contribution, dépend rarement, sinon jamais, de l'occasion qu'il a de voir et d'entendre des témoins à la barre. Ce qui conduit un tribunal à croire ou à ne pas croire un témoin, ce n'est pas la capacité du témoin de «vendre» une thèse donnée, mais plutôt le caractère raisonnable et convaincant de cette thèse, considérée à la lumière de l'ensemble de la preuve.

[18] If I were free to do so I would have no difficulty in finding that the plaintiff's evidence of actual confusion (not merely the likelihood thereof) and of the various enumerated elements listed in section 6 is strong and compelling while that tendered by the defendant is not persuasive. I find particularly unbelievable the egregious assertion by defendant's witnesses, both lay and expert, that "Lepage's" is not being used by defendant as a trade-mark notwithstanding its accompanying symbol of a circled "R". To his credit, defendant's counsel did not seek to rely on this part of the evidence.

[19] A consideration of each of the matters mentioned in the various paragraphs of subsection 6(5) gives the following result:

(a) the mark Lepage is inherently distinctive and, on the evidence, is only used as a trade-name by persons other than the parties hereto in a wholly unrelated trade or business, namely real estate brokerage, where, like the plaintiff's mark, it is well known.

(b) the plaintiff's mark has been used in Canada since the 1880's; the defendant's use started in 2002.

(c) the plaintiff uses its mark on a variety of adhesive products but not on transparent adhesive tape; the defendant only uses the mark on the latter.

(d) despite the alleged fragmentation of the adhesives market, both parties are in the stationery and consumer segments of that market and their products can appear in the same retail outlets and be bought by the same consumers.

(e) the mark used by defendant is virtually identical to the plaintiff's mark.

[20] In short, had I felt free to do so, I would have granted summary judgment and given appropriate relief

[18] Si j'en avais la liberté, je n'aurais aucune hésitation à dire que la preuve, produite par la demanderesse, d'une véritable confusion (pas simplement d'une probable confusion) et des divers éléments énumérés dans l'article 6 est solide et convaincante, tandis que celle produite par la défenderesse ne l'est pas. Je trouve particulièrement incroyable l'affirmation énorme des témoins de la défenderesse, qu'ils soient profanes ou experts, selon laquelle la marque «Lepage's» n'est pas employée par la défenderesse comme une marque de commerce bien qu'elle soit accompagnée du symbole constitué par un «R» encerclé. L'avocat de la défenderesse n'a pas cherché à se fonder sur cette partie de la preuve, et c'est tout à son honneur.

[19] L'examen de chacun des aspects mentionnés dans les divers alinéas du paragraphe 6(5) donne le résultat suivant:

a) la marque Lepage est intrinsèquement distinctive et, d'après la preuve, elle n'est utilisée que comme nom commercial par des personnes autres que les parties à la présente procédure, dans un secteur totalement autre, à savoir le courtage immobilier, où, comme la marque de la demanderesse, elle est notoirement connue.

b) la marque de la demanderesse est employée au Canada depuis les années 1880; l'utilisation qu'en fait la défenderesse a débuté en 2002.

c) la demanderesse utilise sa marque sur une diversité de produits adhésifs, mais non sur des rubans adhésifs transparents; la défenderesse n'utilise la marque que sur les rubans en question.

d) malgré la prétendue fragmentation du marché des adhésifs, les deux parties occupent le segment «papeterie» et le segment «consommateurs» de ce marché, et leurs produits peuvent apparaître dans les mêmes magasins de détail et être achetés par les mêmes consommateurs.

e) la marque employée par la défenderesse est pour ainsi dire identique à celle de la demanderesse.

[20] En bref, si j'avais été libre de le faire, j'aurais prononcé un jugement sommaire et accordé un

on the section 20 claim. I would not have granted separate or additional relief on the section 7 claims.

[21] All that said, however, I am bound by the cited decisions and, unless I am subsequently told by the Federal Court of Appeal that I have misunderstood them, I have no alternative but to dismiss the motion for summary judgment on the basis that I have no right to find that on the only serious issue raised by the present case the defendant's evidence is unworthy of belief. I will accordingly dismiss the motion but without costs.

ORDER

The motion is dismissed without costs.

¹ Federal Court of Canada. Rules Revision Project. Working Paper No. 5. *Disposition Without Trial*, October 1993.

redressement adéquat pour la réclamation fondée sur l'article 20. Je n'aurais pas accordé un redressement distinct ou additionnel pour les réclamations fondées sur l'article 7.

[21] Cela dit, cependant, je suis lié par les arrêts mentionnés et, à moins que la Cour d'appel fédérale ne m'informe ultérieurement que je l'ai mal comprise, je n'ai d'autre choix que de rejeter la requête en jugement sommaire au motif que je n'ai pas le loisir de conclure que, sur la seule question sérieuse soulevée par la présente affaire, la preuve produite par la défenderesse n'est pas digne de foi. Je rejeterai par conséquent la requête, mais sans dépens.

ORDONNANCE

La requête est rejetée, sans dépens.

¹ Cour fédérale du Canada. Projet de révision des Règles. Document de travail n° 5. *Décision sans procès*, octobre 1993.

IMM-2909-03
2004 FC 1428

IMM-2909-03
2004 CF 1428

Catherine Cecilia (*Applicant*)

Catherine Cecilia (*demanderesse*)

v.

c.

Solicitor General of Canada (*Respondent*)

Solliciteur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: CECILIA v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)
(F.C.)

RÉPERTORIÉ: CECILIA c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)
(C.F.)

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, June 29; Ottawa,
October 18, 2004.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 29 juin;
Ottawa, 18 octobre 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Failed refugee claimant told to leave Canada on specified date — Judicial review to quash direction, seeking declaration removal order unenforceable — Issue: when did conditional departure order issued under former Immigration Act become enforceable deportation order under IRPA? — Late notification of negative pre-removal risk assessment (PRRA) depriving applicant of chance to depart voluntarily, thereby avoiding IRPA, s. 52 sanction — Transitional provisions when IRPA came into force — Construction of statutes — Old, new provisions to be harmoniously interpreted — Whether statutory stay — Solicitor General's position on stay issue conflicted with Parliamentary intent — New PRRA regime created new class deserving protection beyond that of Convention — Those at risk of death, torture not expelled until PRRA application considered — Applicant had legitimate expectation would have option of voluntary departure — Court unable to declare removal unenforceable — Application allowed in part — Matter referred to different officer for new departure direction.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Personne qui s'est vue refuser le statut de réfugiée et qui s'est fait dire de quitter le Canada à une date précise — Contrôle judiciaire visant l'annulation de la directive et une déclaration que la mesure de renvoi est non exécutoire — Question en litige: quand, sous la LIPR, la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle émise en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration était-elle devenue une mesure d'expulsion exécutoire? — L'avis tardif d'une décision négative relativement à l'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) a privé la demanderesse de l'opportunité de quitter volontairement le Canada et ainsi éviter la sanction prévue à l'art. 52 de la LIPR — Il y avait des dispositions transitoires lorsque la LIPR est entrée en vigueur — Interprétation des lois — Les anciennes et les nouvelles dispositions doivent être interprétées harmonieusement — Question de savoir s'il y a un sursis statutaire — La position du solliciteur général sur la question du sursis allait carrément à l'encontre de l'esprit du législateur — Le nouveau régime ERAR a créé une nouvelle classe de personnes qui méritent la protection au-delà de celle accordée par la Convention — Ceux qui sont exposés soit à une menace à leur vie ou soit au risque d'être soumis à la torture ne sont pas expulsés tant que la demande d'ERAR n'a pas été examinée — La demanderesse avait une expectative légitime qu'elle aurait le choix de partir volontairement — La Cour n'était pas en mesure de déclarer non exécutoire la mesure de renvoi — Demande accueillie en partie — L'affaire est renvoyée devant un autre agent pour l'émission d'une nouvelle directive d'interdiction de séjour.

This was an application for leave and for judicial review to quash the immigration officer's direction to report to Dorval International Airport pursuant to a conditional removal order and for a declaration that the removal order was unenforceable.

Il s'agissait d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire qui visait à obtenir l'annulation de la directive de l'agent d'immigration de se présenter à l'aéroport international de Dorval en exécution d'une ordonnance de renvoi du type interdiction de séjour conditionnelle ainsi qu'une déclaration que la mesure de renvoi était non exécutoire.

On June 26, 2001 under subsection 28(1) of the former *Immigration Act*, a conditional departure order issued against

Le 26 juin 2001, en vertu du paragraphe 28(1) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, une mesure d'interdiction de

applicant for failure to secure an immigrant visa prior to appearing at a port of entry. Under the *Immigration Act*, where a deportation order has been made and the person is removed or otherwise leaves Canada, she could not come back to Canada without the Minister's written consent. The Immigration and Refugee Board (IRB) later determined that she was not a Convention refugee and her judicial review application was denied. Meanwhile, she had filed a post-determination refugee claimant in Canada (PDRCC) application, as permitted under the former Regulations. But, when the new Act (*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA)) and Regulations (*Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR)) came into effect on June 28, 2002, the PDRCC class was replaced by a pre-removal risk assessment (PRRA). That application was dismissed on March 10, 2003. On April 8, 2003 the immigration officer hand-delivered to applicant the negative PRRA decision, which stated that "[t]he removal order made against you is now enforceable. You must leave Canada immediately . . . Please be advised that if your departure order has become a deportation order, you will not be allowed to return to Canada without the written authorization of an officer".

The issue was when the conditional departure order became an enforceable deportation order under the *Immigration and Refugee Protection Act*. In applicant's submission, the date would be April 10, 2003—30 days after March 10, 2003, the date of the negative PRRA decision. Applicant argued that the late disclosure of this negative decision deprived her of the chance to voluntarily depart from Canada and thereby escape the sanction provided for by IRPA, section 52. The Solicitor General submitted that the conditional departure order became a removal order once the IRPA came into force. The Solicitor General suggested that applicant's argument regarding the consequences of the late notification of her PRRA application dismissal depended upon the existence of a stay after the IRPA and IRPR came into force but that there was no stay of the departure order and it became enforceable once the IRPA came into force. The applicant would have had to leave by July 28, 2002 to ensure that the departure order was not converted to a deportation order. When the IRPA came into force, the departure order became subject to that Act, pursuant to IRPR, subsection 319(1): "a removal order made under the former Act that was unexecuted on the coming into force of this section continues in force and is subject to the provisions of the" IRPA.

séjour conditionnelle a été émise à l'encontre de la demanderesse pour omission d'obtenir un visa d'immigrant avant de se présenter à un point d'entrée. En vertu de la *Loi sur l'immigration*, lorsqu'une mesure d'expulsion a été émise et que la personne a été renvoyée du Canada ou l'a quitté, elle ne peut pas revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a par la suite décidé qu'elle n'était pas une réfugiée au sens de la Convention et sa demande de contrôle judiciaire fut rejetée. Dans l'intervalle, elle avait déposé une demande DNRSRC (demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada), comme le permettait l'ancien Règlement. Cependant, lorsque la nouvelle loi (la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)) et le règlement (le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR)) sont entrés en vigueur le 28 juin 2002, la catégorie DNRSRC a été remplacée par un examen des risques avant renvoi (ERAR). Cette demande a été rejetée le 10 mars 2003. Le 8 avril 2003, l'agent d'immigration a remis en main propre à la demanderesse la décision négative ERAR, laquelle mentionnait que «[l]a mesure de renvoi prise à votre endroit est maintenant exécutoire. Vous devez partir du Canada immédiatement. [. . .] Veuillez prendre note que votre mesure de renvoi est devenue une mesure d'expulsion. À partir de maintenant, vous n'aurez plus jamais le droit de revenir au Canada sans l'autorisation écrite d'un agent».

La question était de savoir quand, sous la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle était devenue une mesure d'expulsion exécutoire. Selon la prétention de la demanderesse, ce serait le 10 avril 2003, 30 jours après le 10 mars 2003, date de la décision négative ERAR. La demanderesse a fait valoir que la communication tardive de cette décision négative l'a privée de l'opportunité de quitter volontairement le Canada et ainsi éviter la sanction prévue à l'article 52 de la LIPR. Le solliciteur général du Canada a soumis que la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle était devenue une mesure de renvoi dès l'entrée en vigueur de la LIPR. Il a laissé entendre que l'argument de la demanderesse concernant les conséquences de l'avis tardif du rejet de sa demande ERAR reposait sur l'existence d'un sursis après l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR mais qu'il n'y avait pas de sursis de la mesure d'interdiction de séjour et celle-ci était devenue exécutoire dès l'entrée en vigueur de la LIPR. La demanderesse aurait dû quitter le Canada au plus tard le 28 juillet 2002 afin d'éviter que la mesure d'interdiction de séjour soit convertie en une mesure d'expulsion. À l'entrée en vigueur de la LIPR, la mesure d'interdiction de séjour fut assujettie à cette loi en vertu du paragraphe 319(1) du RIPR: «la mesure de renvoi prise sous le régime de l'ancienne loi qui n'avait pas encore été exécutée à la date d'entrée en vigueur du présent article continue d'avoir effet et est assujettie aux dispositions de la» LIPR.

Held, the application should be allowed in part.

It was essential to interpret the relevant statute and regulation harmoniously and, in the case at bar, the Court had to harmoniously interpret the old and the new statutory and regulatory provisions while taking into account the transitional provisions regarding the former PDRCC regime and the consequences of the new PRRA regime on the enforcement of a departure order and its transformation into a deportation order in the context of IRPA, section 52.

The respondent's proposition that, when the PRRA regime came into force, the departure order did not benefit from a statutory stay and that on June 28, 2002 that order became enforceable, obliging applicant to leave Canada before July 28 to prevent conversion of the departure order into one of deportation, was not accepted. The Minister suggested that to benefit from a stay under the new PRRA regime, every person—even one who has filed a PDRCC application under the former system—must be notified by the Minister under IRPR, section 160 that he or she may apply for protection under IRPA, section 112, notification the applicant never received since her PRRA application was deemed to have already been filed. Such an interpretation would be in direct conflict with the intention of Parliament and the rationale of the transitional provision for PDRCC applications in existence when the new regime commenced. The new PRRA regime created a new class of persons deserving of protection beyond that provided by the Convention. The logic of the statutory stay under IRPR, section 232 was obvious: Canada does not wish to return an individual subject to a risk of torture or loss of life before the PRRA protection application has been considered. The interpretation urged by the Solicitor General was inconsistent with the purpose of IRPR, section 346 regarding post-determination refugee claimants in Canada. The clear intention of this transitional provision was that an existing PDRCC application be dealt with as if it were an application for protection and, as a result, the IRPR section 160 requirement, that the Minister give notice that the individual may file for subsection 112(1) protection before there is a section 232 statutory stay, has no application. When the new PRRA regime came into effect, execution of the departure order was stayed. Furthermore, the wording of the March 10, 2003 letter of notification was such as to create a legitimate expectation on applicant's part that she would have the option of leaving Canada voluntarily. The untimely disclosure of the dismissal of the PRRA application denied her the option—provided by law—to execute the departure order by voluntarily leaving. Respondent erred in law by an improper exercise of the latitude he possessed in communicating of the PRRA decision.

Jugement: la demande doit être accueillie en partie.

Il était essentiel d'interpréter la loi et le règlement pertinents harmonieusement et, en l'espèce, la Cour devait interpréter harmonieusement les nouvelles et les anciennes dispositions législatives et réglementaires tout en prenant en compte la disposition transitoire concernant l'ancien régime DNRSRC et les conséquences du nouveau régime ERAR sur l'exécution d'une mesure d'interdiction de séjour et sa transformation en une mesure de déportation dans le contexte de l'article 52 de la LIPR.

La proposition du défendeur que, à l'entrée en vigueur du régime ERAR, la mesure d'interdiction de séjour ne jouissait d'aucun sursis statutaire et que, dès le 28 juin 2002, cette mesure était devenue exécutoire, obligeant la demanderesse de quitter le Canada avant le 28 juillet afin d'empêcher la conversion de la mesure d'interdiction de séjour en une mesure d'expulsion, n'a pas été acceptée. Le ministre a laissé entendre que pour jouir d'un sursis sous le nouveau régime ERAR, toute personne, même celle ayant fait une demande de DNRSRC sous l'ancien système, doit être avisée par le ministre, sous l'article 160 du RIPR, qu'il ou elle peut faire une demande de protection sous l'article 112 de la LIPR, avis que la demanderesse n'a jamais reçu puisque sa demande ERAR était réputée être déjà introduite. Une telle interprétation irait carrément à l'encontre de l'esprit du législateur et de la raison d'être de la disposition transitoire visant les demandes de DNRSRC subsistantes lorsque le nouveau régime a commencé. Le nouveau régime ERAR a créé une nouvelle classe de personnes qui méritent la protection au-delà de celle accordée par la Convention. La logique du sursis statutaire prévu à l'article 232 du RIPR était évidente: le Canada ne veut pas refouler une personne assujettie à un risque d'être soumise à la torture ou de perdre la vie avant d'avoir examiné sa demande de protection ERAR. L'interprétation préconisée par le solliciteur général ne respectait pas l'objet de l'article 346 du RIPR concernant les demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada. L'intention claire de cette disposition transitoire était qu'une demande subsistante de DNRSRC était traitée comme si elle était une demande de protection et, de ce fait, l'exigence prévue à l'article 160 du RIPR, que le ministre avise l'intéressé qu'il peut faire une demande de protection aux termes du paragraphe 112(1) de la LIPR avant qu'un sursis statutaire puisse être créé selon l'article 232 du RIPR n'a aucune application. Au moment de l'entrée en vigueur du nouveau régime ERAR, il y avait sursis d'exécution de la mesure d'interdiction de séjour. De plus, le libellé de la lettre d'avis du 10 mars 2003 était tel qu'il pouvait créer une expectative légitime de la part de la demanderesse qu'elle aurait le choix de quitter volontairement le Canada. La communication tardive du rejet de la demande ERAR l'a privée du choix, que lui accordait la loi, d'exécuter la mesure d'interdiction de séjour en quittant volontairement. Le

The Court could only have declared the removal unenforceable if applicant had asserted that certain of the statutory or regulatory provisions were invalid, which was not the case. The Court therefore had to maintain the removal order in force while setting aside the decision ordering the applicant to leave on April 26, 2003. The matter should be referred to a different removal officer to issue a new direction that applicant depart on a date after February 1, 2005.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 1.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 28 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 17; 1995, c. 15, s. 6), 49 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 48, 49, 52, 97, 112, 113, 114.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 160, 224(1),(2), 226(1), 232, 237, 238, 240, 319, 346.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1) (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1), 27(2)(b) (as am. *idem*, s. 12).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 35 S.C.R. 285; (2004), 244 D.L.R. (4th) 277; 325 N.R. 369 2004 SCC 60.

REFERRED TO:

Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 B.C.A.C. 241; 127 N.R. 161.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's advice that applicant must leave Canada on a specified date and seeking a declaration that the removal order was unenforceable. Application allowed in part.

défendeur a commis une erreur de droit en exerçant mal la latitude qu'il possédait concernant la communication de la décision ERAR.

La Cour n'aurait pu déclarer non exécutoire la mesure de renvoi que si la demanderesse avait invoqué l'invalidité de certaines dispositions législatives et réglementaires, ce qui ne fut pas le cas. La Cour devait donc maintenir la mesure de renvoi en vigueur tout en annulant la décision qui ordonnait à la demanderesse de quitter le 26 avril 2003. L'affaire devrait être renvoyée devant un autre agent de renvoi pour qu'il émette une nouvelle directive fixant le départ de la demanderesse à une date postérieure au 1^{er} février 2005.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 28 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 17; 1995, ch. 15, art. 6), 49 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 48, 49, 52, 97, 112, 113, 114.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 160, 224(1),(2), 226(1), 232, 237, 238, 240, 319, 346.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1), 27(2)(b) (mod., *idem*, art. 12).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285; (2004), 244 D.L.R. (4th) 277; 325 N.R. 369 2004 CSC 60.

DÉCISION CITÉE:

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 B.C.A.C. 241; 127 N.R. 161.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un avis d'un agent d'immigration selon lequel la demanderesse doit quitter le Canada à une date précise et visant à obtenir une déclaration que la mesure de renvoi est non exécutoire. Demande accueillie en partie.

APPEARANCES:

Michel LeBrun for applicant.
Sébastien Dasylyva for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Lacoursière LeBrun Vézina, Trois-Rivières,
 Quebec, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

*The following is the English version of the reasons for
 order rendered by*

[1] LEMIEUX J.: On April 11, 2003, André Graveline, immigration officer at the Investigation and Removals Division, advised Catherine Cecilia (the applicant), a citizen of Malaysia who had claimed refugee status when she arrived in Canada on May 30, 2001, that she had to report in person to Dorval International Airport, now Pierre Elliott Trudeau Airport, with her luggage and leave Canada on April 26, 2003, pursuant to a conditional removal order issued on June 26, 2001. The applicant did not report for her departure.

[2] Instead of leaving, on April 22, 2003, she filed an application for leave and for judicial review seeking to quash the direction by André Graveline as well as a declaration that the removal order was unenforceable.

[3] The issue raised by this application is identifying when the conditional departure order issued on June 26, 2001, pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 17; 1995, c. 15, s. 6] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], as amended (the former Act) became an enforceable deportation order under the new *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (the IRPA), in effect since June 28, 2002.

[4] The applicant argued that this date is April 10, 2003, 30 days after March 10, 2003, the date that the negative decision was made by a pre-removal risk

ONT COMPARU:

Michel LeBrun pour la demanderesse.
Sébastien Dasylyva pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lacoursière LeBrun Vézina, Trois-Rivières
 (Québec), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le
 défendeur.

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français
 par*

[1] LE JUGE LEMIEUX: Le 11 avril 2003, André Graveline, agent d'immigration à la Section d'investigation et de renvoi, avise Catherine Cecilia (la demanderesse), une citoyenne de la Malaisie qui avait revendiqué le statut de réfugié à son arrivée au Canada le 30 mai 2001, qu'elle doit se présenter en personne à l'aéroport international de Dorval, maintenant l'aéroport Pierre Elliott Trudeau, avec ses bagages et quitter le Canada le 26 avril 2003 en exécution d'une ordonnance de renvoi du type interdiction de séjour conditionnelle émise le 26 juin 2001. La demanderesse ne s'est pas présentée pour son départ.

[2] Au lieu de partir, elle a déposé le 22 avril 2003, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire qui recherche l'annulation de la directive rendue par André Graveline ainsi qu'une déclaration que la mesure de renvoi est non exécutoire.

[3] La question soulevée par cette demande est de savoir quand, sous la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR) en vigueur depuis le 28 juin 2002, la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle émise le 26 juin 2001 en vertu de l'article 28 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 17; 1995, ch. 15, art. 6] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], telle que modifiée (l'ancienne Loi) est devenue une mesure d'expulsion exécutoire.

[4] La demanderesse prétend que cette date est le 10 avril 2003, 30 jours après le 10 mars 2003, date de la prise d'une décision négative par un agent de

assessment officer (PRRA). The applicant's submission is that because of the late disclosure of this negative PRRA decision, removal officer Graveline denied her the opportunity to leave Canada voluntarily and thereby avoid the sanction provided in section 52 of the IRPA. That section provides that the enforcement of the removal order prohibits a return to Canada unless authorized by an immigration officer or in other prescribed circumstances.

[5] In turn, the Solicitor General of Canada submitted that the conditional departure order became a removal order when the IRPA came into effect. Because Ms. Cecilia was already subject to a deportation order when she met Mr. Graveline in April 2003, he had therefore not deprived her of the opportunity to comply with the IRPA.

FACTS

[6] I summarize the salient facts which are not disputed.

[7] Catherine Cecilia came to Canada on May 30, 2001, and claimed refugee status.

[8] Subsection 28(1) of the former *Immigration Act* required that a conditional departure order be made instead of an exclusion order or a departure order if the refugee claim had been determined to be eligible.

[9] On June 26, 2001, a conditional departure order (*Mesure d'interdiction de séjour conditionnelle*) was issued against the applicant.

[10] This order read in part as follows:

I hereby make a conditional departure order against you pursuant to subsection 28(1) of the *Immigration Act* because I am satisfied that you are a person described in:

Paragraph 19(2)(d) and 9(1)

Paragraph 19(2)(d) of the *Immigration Act* in that you do not comply with the requirements of subsection 9(1) of the *Immigration Act* as you have not applied for and

l'évaluation des risques avant renvoi (ERAR). La prétention de la demanderesse est à l'effet qu'en lui communiquant tardivement cette décision négative ERAR, l'agent de renvoi Graveline lui a nié l'opportunité de quitter volontairement le Canada et ainsi éviter la sanction prévue à l'article 52 de LIPR. Cet article prévoit que l'exécution de la mesure de renvoi emporte l'interdiction de revenir au Canada, sauf avec autorisation d'un agent d'immigration ou dans les autres cas prévus par règlement.

[5] De son côté, le solliciteur général du Canada soumet que la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle est devenue une mesure de renvoi dès l'entrée en vigueur de la LIPR. Étant déjà visée par une mesure d'expulsion lorsqu'elle a rencontré M. Graveline en avril 2003, celui-ci ne l'a donc pas privée de l'opportunité de se conformer à la LIPR.

FAITS

[6] Je résume les faits principaux qui ne sont pas contestés.

[7] Catherine Cecilia est venue au Canada le 30 mai 2001 et a revendiqué le statut de réfugié.

[8] Le paragraphe 28(1) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* exigeait que soit prise une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle au lieu d'une mesure d'exclusion ou d'interdiction de séjour si la recevabilité d'une revendication du statut de réfugié avait été conclue.

[9] Le 26 juin 2001, une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle (*conditional departure order*) est émise à l'encontre de celle-ci.

[10] Cette mesure se lie en partie comme suit:

[TRADUCTION] Par les présentes, j'émetts contre vous une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur l'immigration* puisque je suis convaincu que vous êtes une personne visée par l'alinéa 19(2)(d) et le paragraphe 9(1).

L'alinéa 19(2)(d) de la *Loi sur l'immigration* au motif que vous ne répondez pas aux exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* puisque vous n'avez ni

obtained an immigrant visa before appearing at a port of entry.

IMPORTANT

This order will be deemed to be a deportation order where no certificate of departure is issued within the applicable period specified in the *Immigration Regulations*.

Subject to section 56 of the *Immigration Act*, where a deportation order is made against a person, the person shall not, after the person is removed from or otherwise leaves Canada, come into Canada without the written consent of the Minister unless an appeal from the order has been allowed. [Emphasis added.]

[11] On February 28, 2002, the Immigration and Refugee Board (IRB) decided that the applicant was not a Convention refugee. She filed an application for judicial review which was dismissed on June 14, 2002. In the interim, on May 8 she filed a PDRCC (post-determination refugee claimant in Canada) application pursuant to the former *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172, s. 2(1) (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1)].

[12] On June 28, 2002, the IRPA and the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227] (the IRPR) came into effect. The application in the PDRCC class became a pre-removal risk assessment (PRRA).

[13] The applicant's PRRA application was dismissed on March 10, 2003.

[14] The notes by André Graveline in the certified tribunal record established that on April 8, 2003, at 11:00 a.m., he met Ms. Cecilia and that the negative PRRA decision was hand-delivered to her. The applicant was required to return to see him on April 11 for a follow-up on her file.

[15] The applicant came as agreed. She was accompanied by a Tamil interpreter since Ms. Cecilia [TRANSLATION] "does not speak much English" Mr. Graveline noted. He continued [TRANSLATION] "I informed her of her departure and gave her a notice to appear at Dorval International Airport on April 26, 2003".

demandé ni obtenu un visa d'immigrant avant de vous présenter à un point d'entrée.

IMPORTANT

Cette mesure deviendra une mesure d'expulsion si une attestation de départ n'est pas délivrée dans le délai prévu par le *Règlement sur l'immigration*.

Sous réserve de l'article 56 de la *Loi sur l'immigration*, quiconque fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut plus revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre, sauf si la mesure est annulée en appel. [Je souligne.]

[11] Le 28 février 2002, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) décide que la demanderesse n'est pas une réfugiée sous la Convention. Elle dépose une demande de contrôle judiciaire qui fut rejetée le 14 juin 2002. Entre temps, elle dépose le 8 mai une demande DNRSRC (demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada) prévue sous l'ancien *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172, art. 2(1) (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1)].

[12] Le 28 juin 2002, la LIPR et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] (le RIPR) entrent en vigueur. La demande dans la catégorie DNRSRC devient une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR).

[13] La demande ERAR de la demanderesse est rejetée le 10 mars 2003.

[14] Les notes d'André Graveline au dossier certifié du tribunal établissent que le 8 avril 2003 à 11 h 00 il a rencontré M^{me} Cecilia et que la décision négative ERAR lui a été remise en main propre. La demanderesse est tenue de revenir le voir le 11 avril pour le suivi de son dossier.

[15] La demanderesse s'est présentée tel que convenu. Elle était accompagnée d'un interprète tamul puisque M^{me} Cecilia «me parle pas beaucoup l'anglais» note M. Graveline. Il continue «je l'ai informée de son départ et lui ai remis une convocation pour se présenter à l'Aéroport international de Dorval le 26 avril 2003».

[16] The PRRA decision dated March 10, 2003, which Mr. Graveline had only given to her on April 8, 2003, reads in part as follows:

The removal order made against you is now **enforceable**. You must leave Canada immediately. You must confirm your departure from Canada. In order to do so:

- present this letter to an Immigration Officer at the port of entry when you leave Canada;
- obtain a certificate of departure . . .

Please be advised that if your departure order has become a deportation order, you will not be allowed to return to Canada without the written authorization of an officer at any time in the future. [Emphasis added.]

Issues

[17] The Solicitor General of Canada raised three issues:

- (1) At the time of the PRRA assessment, was there a deportation order or a departure order against the applicant?
- (2) Should the Court exercise its discretionary power to allow the application for judicial review considering the applicant's conduct?
- (3) Does the Court have the power to declare that the removal order against the applicant is not enforceable notwithstanding the provisions of the law?

Legislative and regulatory framework

[18] Subsection 52(1) of the IRPA, for which the marginal note is "No return without prescribed authorization", reads:

52. (1) If a removal order has been enforced, the foreign national shall not return to Canada, unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances.

[19] Subsection 226(1) of the IRPR provides that for the purposes of subsection 52(1) of the Act, the deportation order (*mesure d'expulsion*) obliges the foreign national to obtain a written authorization in order

[16] La décision ERAR du 10 mars 2003, que M. Graveline lui avait remis seulement le 8 avril 2003, se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] La mesure de renvoi ordonnée contre vous est **maintenant exécutoire**. Vous devez partir du Canada immédiatement. Vous devez confirmer votre départ du Canada ainsi:

- lorsque vous partez du Canada, vous devez présenter cette lettre à un agent d'immigration se trouvant au point d'entrée;
- vous devez obtenir une attestation de départ [. . .]

Veillez prendre note que votre mesure de renvoi est devenue une mesure d'expulsion. À partir de maintenant vous n'aurez plus jamais le droit de revenir au Canada sans l'autorisation écrite d'un agent. [Je souligne.]

Questions en litige

[17] Le solliciteur général du Canada soulève trois questions en litige:

- 1) Est-ce que la demanderesse était visée par une mesure d'expulsion ou par une mesure d'interdiction de séjour lors de l'examen ERAR?
- 2) Est-ce que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder la demande de contrôle judiciaire compte tenu du comportement de la demanderesse?
- 3) Est-ce que la Cour a le pouvoir de déclarer que la mesure de renvoi visant la demanderesse n'est pas exécutoire malgré les dispositions de la loi?

Schéma législatif et réglementaire

[18] Le paragraphe 52(1) de la LIPR, dont la note marginale est libellée «Interdiction de retour», se lit:

52. (1) L'exécution de la mesure de renvoi emporte interdiction de revenir au Canada, sauf autorisation de l'agent ou dans les autres cas prévus par règlement.

[19] Le paragraphe 226(1) du RIPR prévoit que pour l'application du paragraphe 52(1) de la Loi, la mesure d'expulsion (*deportation order*) oblige l'étranger à obtenir une autorisation écrite pour revenir au Canada à

to return to Canada at any time after the order is enforced.

[20] In contrast, subsection 224(1) of the IRPR provides that an enforced departure order (*mesure d'interdiction de séjour*) is prescribed as a circumstance that relieves a foreign national from having to obtain authorization under subsection 52(1) of the Act in order to return to Canada providing that the requirements of paragraphs 240(1)(a) to (c) of the IRPR are met within 30 days after the order becomes enforceable, failing which the departure order becomes a deportation order (*mesure d'expulsion*).

[21] Section 240 of the IRPR requires that the foreign national appear before an officer to verify their departure from Canada and to obtain a certificate of departure from the Minister, all within the 30 days prescribed by subsection 224(2) of the IRPR.

[22] Division 4 of the IRPR is entitled "Enforcement of Removal Orders". Section 237 of the IRPR provides that the removal order is enforced by voluntary compliance or by removal of the foreign national by the Minister and section 238 sets out the requirements for voluntary compliance. These two sections state the following:

237. A removal order is enforced by the voluntary compliance of a foreign national with the removal order or by the removal of the foreign national by the Minister.

238. (1) A foreign national who wants to voluntarily comply with a removal order must appear before an officer who shall determine if

(a) the foreign national has sufficient means to effect their departure to a country that they will be authorized to enter; and

(b) the foreign national intends to voluntarily comply with the requirements set out in paragraphs 240(1)(a) to (c) and will be able to act on that intention.

(2) Following the appearance referred to in subsection (1), the foreign national must submit their choice of destination to the officer who shall approve the choice unless the foreign national is

(a) a danger to the public;

(b) a fugitive from justice in Canada or another country; or

quelque moment que ce soit après l'exécution de la mesure.

[20] Par contraste, le paragraphe 224(1) du RIPR dispose que l'exécution d'une mesure d'interdiction de séjour (*departure order*) à l'égard d'un étranger est un cas prévu par règlement qui exonère celui-ci de l'obligation d'obtenir l'autorisation prévue au paragraphe 52(1) pour revenir au Canada à condition de satisfaire les exigences prévues aux alinéas 240(1)a) à c) du RIPR, au plus tard dans les 30 jours après que la mesure devient exécutoire à défaut de quoi la mesure devient une mesure d'expulsion (*deportation order*).

[21] L'article 240 du RIPR requiert que l'étranger compareisse devant un agent pour confirmer son départ volontaire du Canada et obtenir du ministre l'attestation du départ, le tout à l'intérieur des 30 jours prescrits au paragraphe 224(2) du RIPR.

[22] La section 4 du RIPR est intitulée «Exécution des mesures de renvoi». Son article 237 statue que l'exécution d'une mesure de renvoi est soit volontaire ou forcée et l'article 238 établit les conditions de l'exécution volontaire. Ces deux articles se lisent:

237. L'exécution d'une mesure de renvoi est soit volontaire, soit forcée.

238. (1) L'étranger qui souhaite se conformer volontairement à la mesure de renvoi doit comparaître devant l'agent afin que celui-ci vérifie:

a) s'il a les ressources suffisantes pour quitter le Canada à destination d'un pays où il sera autorisé à entrer;

b) s'il a l'intention de se conformer aux exigences prévues aux alinéas 240(1)a) à c) et s'il sera en mesure de le faire.

(2) L'étranger doit ensuite soumettre à l'approbation de l'agent le pays de destination qu'il a choisi; l'approbation n'est refusée que dans les cas suivants:

a) l'étranger constitue un danger pour le public;

b) il est un fugitif recherché par la justice au Canada ou dans un autre pays;

(c) seeking to evade or frustrate the cause of justice in Canada or another country. [Emphasis added.]

c) il cherche à échapper à des contraintes juridiques au Canada ou dans un autre pays. [Je souligne.]

[23] Division 3 of the IRPA is entitled “Pre-removal Risk Assessment”. Sections 112 and 113 of Division 3 provide that a person in Canada may in accordance with the regulations apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force.

[23] La Section 3 de la LIPR est intitulée «Examen des risques avant renvoi». Ses articles 112 et 113 disposent qu’une personne se trouvant au Canada peut, conformément au règlement, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet.

[24] Section 160 of the IRPR provides that for the purposes of subsection 112(1) of the IRPA, a person may apply for protection after they are given notification to that effect by the Minister. It states:

[24] L’article 160 du RIPR prévoit pour l’application du paragraphe 112(1) de la LIPR, toute personne peut faire une demande de protection après avoir reçu du ministre un avis à cet effet. Il se lit:

160. (1) Subject to subsection (2) and for the purposes of subsection 112(1) of the Act, a person may apply for protection after they are given notification to that effect by the Department.

160. (1) Sous réserve du paragraphe (2), pour l’application du paragraphe 112(1) de la Loi, toute personne peut faire une demande de protection après avoir reçu du ministère un avis à cet effet.

(2) A person described in section 165 or 166 may apply for protection in accordance with that section without being given notification to that effect by the Department.

(2) La personne visée aux articles 165 ou 166 peut faire une demande de protection conformément à ces articles sans avoir reçu du ministère un avis à cet effet.

(3) Notification shall be given

(3) L’avis est donné:

(a) in the case of a person who is subject to a removal order that is in force, before removal from Canada; and

a) dans le cas de la personne visée par une mesure de renvoi ayant pris effet, avant son renvoi du Canada;

(b) in the case of a person named in a certificate described in subsection 77(1) of the Act, on the provision of a summary under paragraph 78(h) of the Act.

b) dans le cas de la personne mentionnée dans le certificat prévu au paragraphe 77(1) de la Loi, lorsque le résumé de la preuve visé à l’alinéa 78h) de la Loi est fourni.

(4) Notification is given

(4) L’avis est donné:

(a) when the person is given the application for protection form by hand; or

a) soit sur remise en personne du formulaire de demande de protection;

(b) if the application for protection form is sent by mail, seven days after the day on which it was sent to the person at the last address provided by them to the Department. [Emphasis added.]

b) soit à l’expiration d’un délai de sept jours suivant l’envoi par courrier du formulaire de demande de protection à la dernière adresse fournie au ministère par la personne. [Je souligne.]

[25] Paragraph 232(c) of the IRPR creates a statutory stay during the PRRA. It states:

[25] L’alinéa 232c) du RIPR crée un sursis statuaire durant l’examen ERAR. Il se lit:

232. A removal order is stayed when a person is notified by the Department under subsection 160(3) that they may make an application under subsection 112(1) of the Act, and the stay is effective until the earliest of the following events occurs:

232. Il est sursis à la mesure de renvoi dès le moment où le ministère avise l’intéressé aux termes du paragraphe 160(3) qu’il peut faire une demande de protection au titre du paragraphe 112(1) de la Loi. Le sursis s’applique jusqu’au premier en date des événements suivants:

...

[. . .]

(c) the application for protection is rejected; [Emphasis added.]

c) la demande de protection est rejetée; [Je souligne.]

[26] Sections 48 and 49 of the IRPA regarding the enforcement of removal orders state:

48. (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

(2) If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and it must be enforced as soon as is reasonably practicable.

49. (1) A removal order comes into force on the latest of the following dates:

- (a) the day the removal order is made, if there is no right to appeal;
- (b) the day the appeal period expires, if there is a right to appeal and no appeal is made; and
- (c) the day of the final determination of the appeal, if an appeal is made. [Emphasis added.]

[27] The respondent does not dispute that on May 8, 2002, the applicant filed an application for permanent residence in the PDRCC class and that that application had not been decided before the IRPA and the IRPR came into force on June 28, 2002.

[28] The IRPA abolished the PDRCC regime but replaced it with the application for protection under sections 112 to 114.

[29] Section 346 of the IRPR provides a transitional measure for PDRCCs existing when the IRPR came into force. Section 346 states:

346. (1) An application for landing as a member of the post-determination refugee claimants in Canada class in respect of which no determination of whether the applicant is a member of that class was made before the coming into force of this section is an application for protection under sections 112 to 114 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and those sections apply to the application.

(2) Before a decision is made on the application, the applicant shall be notified that they may make additional submissions in support of their application.

(3) A decision on the application shall not be made until 30 days after notification is given to the applicant.

(4) Notification is given

[26] Les articles 48 et 49 de la LIPR concernant l'exécution des mesures de renvoi se lisent:

48. (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.

(2) L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être appliquée dès que les circonstances le permettent.

49. (1) La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure. [Je souligne.]

[27] Il n'est pas contesté par le défendeur que le 8 mai 2002, la demanderesse a déposé une demande de résidence permanente dans la catégorie de DNRSRC et qu'avant l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR le 28 juin 2002, aucune décision n'avait été prise sur cette demande.

[28] La LIPR abolit le régime de la DNRSRC mais le remplace par la demande de protection sous ses articles 112 à 114.

[29] Le RIPR prévoit, à son article 346, une mesure transitoire pour une DNRSRC subsistante à l'entrée en vigueur du RIPR. L'article 346 se lit:

346. (1) Est assimilée à une demande de protection visée par les articles 112 à 114 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* la demande d'établissement à titre de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada à l'égard de laquelle aucune décision n'a été prise avant l'entrée en vigueur du présent article quant à savoir si le demandeur a cette qualité.

(2) Avant qu'une décision ne soit prise quant à la demande, le demandeur est avisé qu'il lui est permis de présenter des observations supplémentaires à l'appui de sa demande.

(3) Il ne peut être statué sur la demande avant l'expiration d'un délai de trente jours suivant l'avis au demandeur.

(4) L'avis est considéré comme donné, selon le cas:

(a) when it is given by hand to the applicant; or

(b) if it is sent by mail, seven days after the day on which it was sent to the applicant at the last address provided by them to the Department. [Emphasis added.]

a) lorsqu'il est remis en personne au demandeur;

b) à l'expiration d'un délai de sept jours suivant son envoi par courrier à la dernière adresse fournie au ministère par le demandeur. [Je souligne.]

Analysis

[30] According to the respondent, the applicant's contention is that by failing to notify her within an appropriate time that the PRRA application had been dismissed, the removal officer deprived her of the opportunity to leave the country voluntarily in order to avoid the sanction of section 52 of the IRPA. This contention necessarily depends on the existence of a stay after the IRPA and the IRPR came into force.

[31] The respondent's counsel disputed this contention. He submitted that the departure order issued against the applicant was not stayed and became enforceable when the IRPA came into force on June 28, 2002, and that accordingly she should have left Canada no later than July 28, 2002, in order to ensure that her departure order did not become a deportation order.

[32] The respondent's counsel supported his submission by relying on the following facts:

(1) The IRB dismissed the applicant's refugee claim on February 19, 2002, when the former Act was in force;

(2) According to subsection 28(2) of the former Act, the unconditional departure order was enforceable as of that date, but since she had filed an application for leave and judicial review, the enforcement of that departure order was stayed under section 49 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41] of the former Act, a stay which ended on June 14, 2002, when a judge of this Court dismissed her application for leave (see paragraph 49(1)(c) of the former Act).

(3) Despite that, given that the applicant had filed a PDRCC application, the 30-day time limit to leave Canada voluntarily and to obtain a certificate of departure was suspended until the date that the person

Analyse

[30] Selon le défendeur, la thèse du demandeur est à l'effet que le délai de l'agent de renvoi de l'aviser en temps approprié que sa demande ERAR avait été rejetée la privant ainsi de l'opportunité de quitter volontairement le pays afin d'éviter la sanction de l'article 52 de la LIPR, repose nécessairement sur l'existence d'un sursis après l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR.

[31] Le conseiller du défendeur s'oppose à cette thèse. Il soutient que la mesure d'interdiction de séjour émise à l'endroit de la demanderesse ne jouissant pas d'un sursis est devenue exécutoire dès l'entrée en vigueur de la LIPR le 28 juin 2002 et qu'en conséquence elle devait quitter le Canada au plus tard le 28 juillet 2002 afin d'éviter que sa mesure d'interdiction de séjour devienne une mesure d'expulsion.

[32] Le conseiller du défendeur appuie sa prétention en invoquant les éléments suivants:

1) La CISR a rejeté la revendication du statut de réfugié de la demanderesse le 19 février 2002 alors que l'ancienne Loi était en vigueur;

2) Selon le paragraphe 28(2) de l'ancienne Loi, dès cette date sa mesure d'interdiction de séjour inconditionnelle est exécutoire mais puisqu'elle avait déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, cette mesure d'interdiction de séjour jouissait d'un sursis d'exécution sous l'article 49 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41] de l'ancienne Loi, sursis qui a pris fin le 14 juin 2002 lorsqu'un juge de cette Cour a rejeté sa demande d'autorisation (voir l'alinéa 49(1)c) de l'ancienne Loi).

3) Malgré cela, étant donné que la demanderesse avait logé une DNRSRC le délai de 30 jours pour quitter volontairement le Canada et obtenir une attestation de départ était suspendu jusqu'à la date où la personne est

was advised of the negative PDRCC decision (see paragraph 27(2)(b) [as am. by SOR/97-182, s. 12] of the former *Immigration Regulations, 1978*).

(4) When the IRPA came into force, her application for permanent residence in the PDRCC class became a PRRA application pursuant to section 346 of the IRPR.

(5) At the same time, the departure order issued against the applicant was subject the provisions of the IRPA pursuant to subsection 319(1) of the IRPR:

319. (1) Subject to subsection (2), a removal order made under the former Act that was unexecuted on the coming into force of this section continues in force and is subject to the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*. [Emphasis added.]

(6) Given that the departure order issued against the applicant had taken effect and that it had not been stayed, the removal order was then enforceable under sections 48 and 49 of the IRPA.

[33] The respondent's counsel explained why in his opinion the applicant did not benefit from any stay when the IRPA and the IRPR came into force. This is what he wrote at paragraphs 50 and 51 of his supplemental memorandum:

[TRANSLATION]

Contrary to what is alleged by the applicant in her memorandum, there was no stay of her removal order pursuant to section 232 of the IRPR since that section only provides that there is a stay from the moment when the applicant has been notified under section 160 of the IRPR that she can make an application under subsection 112(1) of the IRPR. The applicant never received that notice since her PDRCC class application was deemed to be a PRRA by the operation of the transitional provisions.

The applicant, whose PRRA application was deemed to have already been filed could not be notified under section 160 of the IRPR that she could apply for a PRRA. The applicant could only be notified pursuant to subsection 346(2) of the IRPR, namely that she could make additional submissions. [Emphasis added.]

avisée de la décision négative de sa DNRSRC (voir l'alinéa 27(2)b) [mod. par DORS/97-182, art. 12] de l'ancien *Règlement sur l'immigration de 1978*).

4) À l'entrée en vigueur de la LIPR, sa demande de résidence permanente dans la catégorie des DNRSRC est devenue en vertu de l'article 346 du RIPR une demande ERAR.

5) Au même moment, la mesure d'interdiction de séjour émise à l'endroit de la demanderesse est assujettie aux dispositions de la LIPR en vertu du paragraphe 319(1) du RIPR:

319. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la mesure de renvoi prise sous le régime de l'ancienne loi qui n'avait pas encore été exécutée à la date d'entrée en vigueur du présent article continue d'avoir effet et est assujettie aux dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. [Je souligne.]

6) Étant donné que la mesure d'interdiction de séjour émise à l'endroit de la demanderesse avait pris effet et qu'elle ne faisait pas l'objet d'un sursis, la mesure de renvoi était dès lors exécutoire sous les articles 48 et 49 de la LIPR.

[33] Le conseiller du défendeur explique pourquoi selon lui la demanderesse ne jouissait d'aucun sursis à l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR. Voici ce qu'il écrit aux paragraphes 50 et 51 de son mémoire supplémentaire:

Contrairement à ce qui est allégué par la demanderesse dans son mémoire, il n'y avait pas de sursis à sa mesure de renvoi en vertu de l'article 232 du RIPR puisque cet article prévoit seulement qu'un sursis existe à partir du moment où la demanderesse reçoit l'avis prévu à l'article 160 du RIPR qu'elle peut faire une demande de protection au titre du paragraphe 112(1) de la LIPR. Or, la demanderesse n'a jamais reçu cet avis puisque sa demande dans la catégorie des DNRSRC a été assimilée à une demande ERAR par l'effet des dispositions transitoires.

La demanderesse, dont la demande ERAR était réputée être déjà introduite ne pouvait recevoir l'avis prévu à l'article 160 du RIPR à l'effet qu'elle pouvait faire une demande ERAR. La demanderesse ne pouvait que recevoir l'avis prévu au paragraphe 346(2) du RIPR, soit qu'elle pouvait faire des observations supplémentaires. [Je souligne.]

[34] In another part of his supplemental memorandum, the respondent's counsel discussed the new provisions of the PRRA under the IRPA as follows:

[TRANSLATION]

The *IRPA* created a new protection mechanism. Before the execution of a removal order in force can be carried out, the person contemplated by the order has the right to request a PRRA.

The PRRA begins when an immigration officer sends a notice pursuant to section 160 of the *IRPR*. Subsection 160(4) describes how the notice is given. . . .

The purpose of the PRRA is very clear. It is meant to prevent the removal of individuals who would be at risk if they were removed from Canada.

The circumstances in a given country can change with time. The timing of the assessment of the risks is therefore of crucial importance. In order for the PRRA to be truly effective, it is essential that it may be made immediately before the removal. Accordingly, the PRRA is made when the Minister is in the position to proceed with the removal of the person in question. A PRRA made before the Minister can proceed with the removal, i.e. when the person in question can leave Canada voluntarily, would be useless since a person who is ready to leave Canada voluntarily is not fearful of any risk in so doing and therefore does not require Canada's protection.

Pursuant to section 232 of the *IRPR*, after being notified under section 160 of the *IRPR*, there is a stay of the execution of the removal order. This statutory stay prevents the removal of the person in question until there has been a negative decision regarding the PRRA application.

...

It is important to note that the stay does not contemplate all persons who have filed PRRA applications, but only those who have received a notice pursuant to subsection 160(3) of the *IRPR*. Further, the stay does not apply until the time that the notice has been given.

The immigration officer determines when the notice has been given. In practice, the PRRA does not begin until the person in question is subject to removal from Canada, i.e. after the 30-day period during which the person in question may leave Canada voluntarily. This is consistent with the purpose of the PRRA described earlier, i.e. protecting persons whose removal puts their lives at risk, which is not the case for persons who are willing to leave

[34] Dans une autre partie de son mémoire supplémentaire, le conseiller du défendeur discute les nouvelles dispositions de l'ERAR sous la LIPR en ces termes:

La *LIPR* a créé un nouveau mécanisme de protection. Avant l'exécution d'une mesure de renvoi qui a pris effet ne puisse être exécutée, la personne visée a le droit de demander un ERAR.

L'ERAR débute lorsqu'un agent d'immigration envoie un avis au terme de l'article 160 du *RIPR*. Le paragraphe 160(4) prévoit la façon dont cet avis est donné [. . .]

L'objectif de l'ERAR est très clair. Il vise à empêcher le renvoi d'individus qui seraient à risques si on les renvoyait du Canada.

Les circonstances dans un pays donné peuvent changer avec le temps. Le moment où les risques sont évalués est donc d'une importance critique. Afin que l'ERAR soit vraiment efficace, il est essentiel qu'il puisse être effectué immédiatement avant le renvoi. En conséquence, l'ERAR est effectué au moment où le Ministre est en position de procéder au renvoi de la personne visée. Un ERAR effectué avant que le Ministre puisse procéder au renvoi, soit lorsque la personne visée peut quitter volontairement le Canada, serait superflu puisqu'une personne qui est prête à quitter volontairement le Canada ne craint aucun risque en le faisant et ne requiert donc pas la protection du Canada.

En vertu de l'article 232 du *RIPR*, suite à la réception de l'avis aux termes de l'article 160 du *RIPR*, il y a un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Ce sursis statutaire empêche le renvoi de la personne visée jusqu'à ce qu'une décision négative soit rendue à l'égard de sa demande ERAR.

[. . .]

Il est important de noter que le sursis ne vise pas toutes les personnes qui ont présenté une demande ERAR mais seulement celles qui ont reçu un avis aux termes du paragraphe 160(3) du *RIPR*. De plus, le sursis ne s'applique qu'à partir du moment où l'avis est donné.

Le moment où l'avis est donné est déterminé par un agent d'immigration. En pratique, l'ERAR n'est pas débuté avant que la personne concernée soit susceptible d'être renvoyée du Canada, c'est-à-dire après la période de trente jours durant laquelle la personne visée peut quitter volontairement le Canada. Ceci est conforme à l'objectif de l'ERAR décrit précédemment, c'est-à-dire de protéger les personnes dont la vie est menacée par leur renvoi, ce qui n'est pas le cas des

Canada voluntarily. [Emphasis added.]

[35] The respondent's counsel concludes at paragraph 53 of his supplemental memorandum:

[TRANSLATION]

The applicant therefore found herself in a position similar to that of other persons who filed PRRA applications after the *IRPA* came into effect, i.e. she was subject to a deportation order and not a departure order at the time of the PRRA.

[36] The central issue in this case raises a question of statutory and regulatory interpretation. The Supreme Court of Canada in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 26, sets out the applicable principles.

[37] I refer to the following paragraphs of the reasons for judgment given by Iacobucci J. [at paragraphs 20-22]:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter "*Construction of Statutes*"); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

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.

Recent cases which have cited the above passage with approval include: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank*

personnes qui sont prêtes à quitter volontairement le Canada. [Je souligne.]

[35] Le conseiller du défendeur conclut au paragraphe 53 de son mémoire supplémentaire:

La demanderesse s'est donc retrouvée dans une situation semblable à celle des autres personnes qui ont présenté une demande ERAR après l'entrée en vigueur de la *LIPR*, c'est-à-dire qu'elle était visée par une mesure d'expulsion et non par une mesure d'interdiction de séjour au moment de l'ERAR.

[36] La question principale dans le présent litige soulève une question d'interprétation législative et réglementaire. L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.S.C. 26, établit les principes applicables.

[37] Je cite les paragraphes suivants des motifs de jugement rendus par le juge Iacobucci [aux paragraphes 20 à 22]:

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

Bien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après "*Construction of Statutes*"); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[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.

Parmi les arrêts récents qui ont cité le passage ci-dessus en l'approuvant, mentionnons: *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 1

of *Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”. [Emphasis added.]

[38] Recently, this principle of interpretation was reiterated by Deschamps J. of the Supreme Court of Canada, in *Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285 (2004), 244 D.L.R. (4th) 277 [at paragraph 5]:

The approach to statutory interpretation is well-known (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42). A statutory provision must be read in its entire context, taking into consideration not only the ordinary and grammatical sense of the words, but also the scheme and object of the statute, and the intention of the legislature. This approach to statutory interpretation must also be followed, with necessary adaptations, in interpreting regulations. [Emphasis added.]

[39] In my opinion, it is essential when applying this principle of interpretation to interpret the statutory text (the IRPA) and regulatory text (the IRPR) harmoniously to ensure that all their provisions are compatible in order to promote their purpose and effectiveness and to reflect the intention of Parliament.

[40] In my opinion, this case is a matter of harmoniously interpreting the former legislative and regulatory provisions surrounding PDRCC applications with the new PRRA regime created by section 112 of the IRPA, considering the transitional provisions regarding the former PDRCC regime and the consequences of that new PRRA regime on the enforcement of a departure order and its transformation to a deportation order in the context of section 52 of the IRPA, prohibiting a return to Canada unless authorized by an immigration officer.

[41] According to section 112 of the Act establishing the PRRA regime, a person in Canada on June 28, 2002, the date that the IRPA and the IRPR came into force

R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

Je m’appuie également sur l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, qui prévoit que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et doivent «s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables». [Je souligne.]

[38] Récemment, ce principe d’interprétation a été réitéré par la juge Deschamps dans l’arrêt *Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285, de la Cour suprême du Canada [au paragraphe 5]:

La méthode d’interprétation des textes législatifs est bien connue (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42). La disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots mais aussi l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur. Cette méthode, énoncée à l’occasion de l’analyse de textes législatifs, s’impose, avec les adaptations nécessaires, pour l’interprétation de textes réglementaires. [Je souligne.]

[39] À mon avis, il est essentiel dans l’application de ce principe d’interprétation d’interpréter le texte législatif (la LIPR) et réglementaire (le RIPR) harmonieusement afin d’assurer une compatibilité entre toutes leurs dispositions afin de promouvoir l’objet et l’efficacité de ceux-ci et de refléter l’intention du législateur.

[40] En l’occurrence, il s’agit d’interpréter, selon moi, harmonieusement, les anciennes dispositions législatives et réglementaires entourant une demande de DNRSRC avec le nouveau régime ERAR créé par l’article 112 de la LIPR considérant la disposition transitoire concernant l’ancien régime DNRSRC et les conséquences de ce nouveau régime ERAR sur l’exécution d’une mesure d’interdiction de séjour et sa transformation en mesure de déportation dans le contexte de l’article 52 de la LIPR interdisant le retour au Canada sauf avec autorisation d’un agent d’immigration.

[41] Selon l’article 112 de la loi établissant le régime ERAR, une personne se trouvant au Canada pouvait, dès le 28 juin 2002, date de l’entrée en vigueur de la LIPR et

may, in accordance with the IRPR, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order in force.

[42] I agree with the following submissions by the Minister on the legal situation of the applicant in Canada on the date that the new PRRA regime came into force:

(1) The conditional departure order made against her went into effect immediately after the date of the IRB's decision dated February 19, 2002, refusing the refugee claim. As of that date, that order was no longer conditional.

(2) However, that departure order could not be enforced because it was stayed pursuant to section 49 of the former Act, a stay which ceased to have effect on June 14, 2002, when this Court dismissed her application for leave to challenge the IRB's decision.

(3) Before the IRPA and the IRPR came into force, the departure order against the applicant had not been transformed to a deportation order because on May 8, 2001, she had filed a PDRCC application which had not been decided before June 28, 2002.

[43] It is also true that when the new PRRA regime came into force, the departure order made against the applicant which had not yet been executed continued to be in force and was subject to the provisions of the IRPA pursuant to the provisions of section 319 of the IRPR.

[44] The argument by the Minister which I cannot accept is his counsel's statement that when the PRRA regime came into force, the departure order against the applicant did not benefit from any statutory stay under the IRPA and the IRPR and that on June 28, 2002, that order had become enforceable, obliging the applicant to leave Canada before July 28, 2002, in order to prevent her departure order from becoming a deportation order and thus the consequences of section 52 of the IRPA.

[45] The Minister's counsel submits that to benefit from a stay under the new PRRA regime, every person,

du RIPR, conformément au RIPR, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet.

[42] Je souscris aux prétentions suivantes du ministre sur la situation juridique de la demanderesse au Canada à la date de l'entrée en vigueur du nouveau régime ERAR:

1) La mesure d'interdiction de séjour conditionnelle qui la frappait avait pris effet immédiatement après la date de la décision de la CISR du 19 février 2002 lui refusant la reconnaissance d'asile. Dès cette date, cette mesure n'était plus conditionnelle.

2) Cependant, cette mesure d'interdiction de séjour n'était pas exécutoire puisqu'elle faisait l'objet d'un sursis aux termes de l'article 49 de l'ancienne Loi, sursis qui cesse avoir effet le 14 juin 2002 suite au refus de cette Cour de sa demande d'autorisation d'attaquer la décision de la CISR.

3) Avant l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR, la mesure d'interdiction de séjour visant la demanderesse n'avait pas été transformée en mesure d'expulsion du fait que le 8 mai 2001 elle avait déposé une demande de DNRSRC qui n'avait pas été décidée avant le 28 juin 2002.

[43] Il est aussi vrai qu'à l'entrée en vigueur du nouveau régime ERAR la mesure d'interdiction de séjour frappant la demanderesse, n'ayant pas encore été exécutée, continue d'avoir effet et est assujettie à la LIPR selon les dispositions de l'article 319 du RIPR.

[44] La prétention du ministre que je ne peux pas accepter est l'affirmation de son conseiller qu'à l'entrée en vigueur du régime ERAR, la mesure d'interdiction de séjour visant la demanderesse ne jouissait d'aucun sursis statutaire sous la LIPR et le RIPR et que dès le 28 juin 2002, cette mesure était devenue exécutoire obligeant la demanderesse de quitter le Canada avant le 28 juillet 2002 afin d'éviter que sa mesure d'interdiction de séjour devienne une mesure d'expulsion et donc les conséquences de l'article 52 de la LIPR.

[45] Le conseiller du ministre prétend que pour jouir d'un sursis sous le nouveau régime ERAR, toute

including a person who has filed a PDRCC application under the former regime, must be notified by the Minister under section 160 of the IRPR that he or she may apply for protection under section 112 of the IRPA, notification that the applicant did not receive since her PRRA application was deemed to have already been filed.

[46] In my opinion, to deny the existence of a stay under the new PRRA regime on the basis of such an interpretation is in direct conflict with the intention of Parliament and the rationale of the transitional provision for PDRCC applications existing at the date the new regime came into force.

[47] The new PRRA regime created a new class of persons deserving of protection in Canada, beyond the protection provided by the Convention. According to section 97 of the IRPA, a person in need of protection is a person who is subjected to a danger of torture within the meaning of Article 1 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] or to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment in certain cases.

[48] The logic of the statutory stay provided under section 232 of the IRPR is obvious. Canada does not want to return a person subject to such risks before the PRRA application for protection has been studied.

[49] The interpretation advocated by the respondent is inconsistent with the purpose of section 346 of the IRPR regarding post-determination refugee claimants in Canada. In my view, the intention of this transitional provision is very clear. An existing PDRCC application is considered or is dealt with as if it were an application for protection and as a result the requirement provided under section 160 of the IRPR—that the Minister give notification to the person that he can file an application for protection pursuant to subsection 112(1) of the IRPA before there is a statutory stay pursuant to the provisions of section 232—does not apply. Section 346 of the IRPR provides that in the case of an existing PDRCC application, that that application for protection has already been filed.

personne, y inclus une personne ayant fait une demande de DNRSRC sous l'ancien régime, doit être avisée par le ministre, sous l'article 160 du RIPR qu'il ou elle peut faire une demande de protection sous l'article 112 de la LIPR, avis que la demanderesse n'a pas reçu puisque sa demande ERAR était réputée être déjà introduite.

[46] Nier l'existence d'un sursis sous le nouveau régime ERAR sur la base d'une telle interprétation va, selon moi, carrément à l'encontre de l'esprit du législateur et de la raison d'être de la disposition transitoire visant les demandes de DNRSRC subsistantes à la date de l'entrée en vigueur du nouveau régime.

[47] Le nouveau régime ERAR crée une nouvelle classe de personnes qui méritent la protection du Canada au-delà de la protection accordée par la Convention. Selon l'article 97 de la LIPR, a qualité de personne à protéger celle qui est exposée soit au risque d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36] ou soit une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans certains cas.

[48] La logique d'un sursis statutaire prévu à l'article 232 du RIPR est évidente. Le Canada ne veut pas refouler une personne assujettie à de tels risques avant d'avoir étudié sa demande de protection ERAR.

[49] L'interprétation préconisée par le défendeur ne respecte pas l'objet de l'article 346 du RIPR concernant les demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada. L'intention de cette disposition transitoire m'apparaît très claire. Une demande subsistante de DNRSRC est considérée ou est traitée comme si elle était une demande de protection et de ce fait l'exigence prévue à l'article 160 du RIPR que le ministre avise l'intéressé qu'il peut faire une demande de protection au terme du paragraphe 112(1) de la LIPR avant qu'un sursis statutaire puisse être créé selon les dispositions de l'article 232 du RIPR n'a aucune application. L'article 346 du RIPR dispose, dans le cas d'une demande de DNRSRC subsistante, que cette demande de protection a déjà été déposée.

[50] I remark in passing that Mr. LeBrun based his pleadings before me on the premise that the stay which he claimed existed ended on March 10, 2003, the date that the immigration officer dismissed Ms. Cecilia's PRRA application despite the fact that this decision had not been communicated to her by Mr. Graveline until April 8, 2003. I accept this premise for the purposes of the application for judicial review before me.

[51] I find that at the date that the new PRRA regime came into effect, the execution of the applicant's departure order was stayed.

[52] In my view, such an interpretation is in harmony with the goal of the new PRRA regime, consistent with the purpose of the transitional provision on existing PDRCC applications; it avoids the harmful consequences of the absence of a stay during the review of an application for protection, including the potential transformation of a departure order into a deportation order without the applicant being able to avoid the consequences of section 52 of the IRPA.

[53] My interpretation of the legislative and regulatory texts preserves the choice of PDRCC applicants to comply voluntarily with a removal order pursuant to sections 237 and 238 of the IRPR.

[54] In my opinion, the finding on my part is the one intended by the Department when it gave the negative PRRA decision to the applicant. The PRRA officer's letter dated March 10, 2003, notified the applicant that "the removal order made against you is now **enforceable**" which presupposes the existence of a stay and, further, advised her that "if your departure order has become a **deportation order**, you will not be allowed to return to Canada without the written authorization of an officer at any time in the future", which presupposes that the applicant had the opportunity to leave Canada voluntarily.

[55] In my view, these two factors created a legitimate expectation in the mind of the applicant (see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525).

[50] J'ajoute, entre parenthèses, que M^eLeBrun a basé sa plaidoirie devant moi sur la prémisse que le sursis dont il invoquait l'existence a pris fin le 10 mars 2003, date où l'agent d'immigration a rejeté la demande ERAR de M^{me} Cecilia malgré le fait que cette décision ne lui ait été communiquée que le 8 avril 2003 par M. Graveline. J'accepte cette prémisse pour les fins de la demande de contrôle judiciaire devant moi.

[51] Je conclus, qu'à la date de l'entrée en vigueur du nouveau régime ERAR, la demanderesse jouissait d'un sursis d'exécution de sa mesure d'interdiction de séjour.

[52] Une telle interprétation me semble en harmonie avec le but du nouveau régime ERAR, conforme à l'objectif de la disposition transitoire visant les demandes subsistantes de DNRSRC; elle évite les conséquences néfastes de l'absence de sursis pendant l'étude d'une demande de protection y inclus une transformation virtuelle d'une mesure d'interdiction de séjour en mesure d'expulsion sans que le demandeur puisse éviter les conséquences de l'article 52 de la LIPR.

[53] L'interprétation que je donne aux textes législatifs et réglementaires maintient en vigueur pour les demandeurs DNRSRC le choix de se conformer volontairement à une mesure de renvoi prévue aux articles 237 et 238 du RIPR.

[54] Il me semble que la conclusion que j'énonce était celle envisagée par le Ministère lorsqu'on a remis à la demanderesse la décision négative ERAR. La lettre de l'agent ERAR en date du 10 mars 2003 avise la demanderesse [TRADUCTION] «la mesure de renvoi prise à votre endroit est maintenant **exécutoire**» ce qui présuppose l'existence d'un sursis et, de plus, l'avise que [TRADUCTION] «si votre mesure d'interdiction de séjour est devenue une mesure d'**expulsion**, il ne vous sera pas permis de revenir ultérieurement au Canada, à quelque moment que ce soit, sans l'autorisation écrite d'un agent» ce qui présuppose que la demanderesse avait l'opportunité de quitter volontairement le Canada.

[55] Ces deux facteurs créent, selon moi, une expectative légitime dans l'esprit de la demanderesse (voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525).

[56] I find that by the late disclosure of the dismissal of the PRRA application, the respondent removed the choice extended to Ms. Cecilia by law to execute her departure order voluntarily by leaving the country voluntarily. The respondent thereby erred in law by improperly exercising the latitude that he had with regard to communicating the PRRA decision.

[57] The remedy sought by the applicant is problematic. I believe that the respondent is correct in contending that this Court would only have the power to declare that the removal is unenforceable if the applicant had claimed that certain sections of the IRPA and the IRPR were invalid, which is not the case. Unfortunately for the applicant she is now burdened with a deportation order.

[58] Under the circumstances, I must order a remedy maintaining the removal order in force but granting an appropriate remedy to Ms. Cecilia. This balance is struck by setting aside Mr. Graveline's decision ordering the applicant to leave Canada on April 26, 2003, and by referring the matter before another removal officer who shall issue a new direction establishing the applicant's departure from Canada on a date after February 1, 2005. Before the applicant's departure, I order the respondent to authorize Ms. Cecilia to return to Canada if her entry is otherwise in accordance with applicable legislative or regulatory provisions, pursuant to section 52 of the IRPA.

[59] On or before November 1, 2004, either party may propose one or more questions for certification and, in that case, the other party may file their comments at the Registry on or before November 8, 2004.

[56] Je conclus que la partie défenderesse en communiquant tardivement le rejet de sa demande ERAR a éliminé le choix que la loi accordait à M^{me} Cecilia d'exécuter volontairement sa mesure d'interdiction de séjour en quittant volontairement le pays. La partie défenderesse a ainsi commis une erreur de droit en exerçant mal la latitude qu'elle avait en matière de communication de la décision ERAR.

[57] Le remède recherché par la demanderesse est problématique. Je crois que le défendeur a raison de prétendre que cette Cour n'a pas le pouvoir de déclarer non exécutoire la mesure de renvoi sauf si la demanderesse avait invoqué l'invalidité de certains articles de la LIPR et du RIPR ce qui n'est pas le cas. Malheureusement pour la demanderesse elle est maintenant affligée d'une mesure d'expulsion.

[58] Je dois, dans les circonstances, décréter un remède qui maintient la mesure de renvoi en vigueur mais qui accorde une réparation appropriée à M^{me} Cecilia. Cet équilibre est atteint en cassant la décision de M. Graveline ordonnant la demanderesse de quitter le Canada le 26 avril 2003 et en renvoyant l'affaire devant un autre agent de renvoi qui devra émettre une nouvelle directive établissant le départ de la demanderesse du Canada à une date postérieure au 1^{er} février 2005. Avant le départ de la demanderesse, j'ordonne au défendeur d'autoriser, selon l'article 52 de la LIPR, M^{me} Cécilia à revenir au Canada si son entrée est par ailleurs conforme aux dispositions législatives ou réglementaires applicables.

[59] L'une ou l'autre partie peut, le ou avant le 1^{er} novembre 2004, proposer une ou des questions à être certifiées et, advenant le cas, l'autre partie pourra déposer le ou avant le 8 novembre 2004, au greffe, ses commentaires.

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.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration Officer's refusal of permanent residence application as husband inadmissible under Act, s. 38(1)(c)—Applicant came from Philippines on employment authorization under Live-in Caregiver Program—Applied for permanent resident status but received "fairness letter" husband might be inadmissible due to medical condition so her own landing application might be refused—Given 30 days to make further submissions as to husband's condition—Made no additional submission—Sought 30-day extension—Application rejected since husband expected to cause excessive health, social services demands—Citizenship and Immigration Canada failed to respect natural justice, procedural fairness principles in not advising applicant as to nature of husband's medical condition—He lives in Philippines, so possible she was unaware he suffers from heart condition—Held by Dawson J. in *Hersi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 120 (F.C.T.D.): "fairness letter" must fully disclose case claimant must meet—Court disagreeing with Minister's position that enough to state husband has medical condition—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 38(1)(c).

PIMENTEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-10138-03, 2004 FC 1149, Tremblay-Lamer J., order dated 19/8/04, 6 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board's Refugee Protection Division decision declaring applicant's refugee claim abandoned under Refugee Protection Division Rules, s. 58(2)—Issue: whether unreasonable to declare claim abandoned—Applicant arrived by ship August 26, made

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

refugee claim October 15, 2003—Says given Personal Information Form (PIF) to complete on October 22—Form due at Board by November 19—On October 31, Board received letter from applicant's counsel seeking extension of time as recently retained, no answer to documents disclosure request—On November 13, Board wrote denying time extension—On same day Board wrote to Citizenship and Immigration Canada (CIC) indicating "Minister's information" to be filed forthwith—On November 14 counsel again faxed Board seeking time extension until 5 days after receiving CIC information—November 19 Board letter denied request—Lawyer finally received documents on November 27—Board received completed PIF on December 3—Applicant, counsel appeared at abandonment hearing on December 9—Board ruled claimant failed to provide satisfactory explanation for delay, submission of PIF 6 days before hearing, presence at hearing inadequate to establish claim not abandoned—When counsel wrote November 21 letter, aware of possible consequences—Not going to allow claimants, counsel to set own rules of procedure—Nothing unfair in requiring claimants to state story even if must do so without benefit of CIC materials—S. 58(3) provides Division must, at abandonment hearing, consider explanation given, any other relevant information, including fact claimant ready to start or continue proceedings—Standard of review: reasonableness *simpliciter* (*Ahamad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 109 (T.D.))—Chairperson's Guideline 5 says non-receipt of copy of Port of Entry notes not reason to grant time extension to file PIF—Board's reasons not explicitly referring to s. 58(3), though opening sentence alludes to Rule's wording—Relevant information overlooked by Board: Board's reply to second time extension request was dated November 19, date PIF due—Applicant had no time to comply with Board's decision—Incomprehensible how Board could conclude "after the dismissal of the second application there remained several days for the claimant to file his completed PIF within the timeframe but he failed to do so"—In giving negative answer

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

on due date, Board violated basic procedural fairness—That claimant, accompanied by counsel, present at hearing demonstrated readiness to start proceedings—Not a case where claimant had shown no interest in pursuing refugee claim—Counsel had been diligent in pursuing matter—Application allowed—Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 6(1), 58(2),(3).

LIANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-141-04, 2004 FC 989, Beaudry J., order dated 14/7/04, 9 pp.)

Minister requesting amendment to order providing for taking of commission evidence in Italy—Originally Minister sought to proceed under Convention between the United Kingdom and the Kingdom of Italy regarding Legal Proceedings in Civil and Commercial Matters, Art. 12—Now seeking to proceed under Art. 11—Art. 11 not providing process for compelling witnesses to appear before commission; witnesses giving evidence before Art. 11 commission cannot be prosecuted for perjury—According to affidavit evidence, Art. 12 commission would sit in each of districts in which witnesses reside—As no way to coordinate sittings, several trips to Italy likely required—Art. 11 commission could sit in central location convenient for witnesses and hear them in single session—Defendant's objections: (1) evidence weak; (2) Art. 11 commission unfair because absence of power to compel witnesses could result in appearances of only most vindictive witnesses; potential for criminal prosecution important means of preventing perjury; (3) Federal Court Rules, 1998, r. 272(2) requirement commission witnesses be examined in binding manner under law of jurisdiction in which evidence taken, meaning commission evidence can only be taken if commission has power to compel attendance, witnesses liable to perjury charges—(1) Minister, as representative of Government of Canada, state party to treaty, not required to provide substantial proof of grounds for invoking particular section of treaty—(2) Second objection speculative—Defendant has remedies, e.g. Art. 13 contemplating compelling attendance; little weight likely to be accorded to testimony of witness unwilling to be cross-examined; defendant can request commission evidence be taken of favourable witnesses—Extradition to, prosecution in Canada possibility—That evidence under oath or solemn affirmation primary means of encouraging truthfulness—(3) R. 272(2) requirement met by obligation to demand that witnesses before commission give evidence on oath or solemn affirmation—Request granted—Convention between the United Kingdom and the Kingdom of Italy regarding Legal Proceedings in Civil and Commercial

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Matters, [1935] Can.T.S. No. 14, Arts. 11, 12—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 272(2).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SEIFERT (T-2016-01, 2004 FC 1711, O'Reilly J., order dated 7/12/04, 6 pp.)

STATUS IN CANADA*Permanent Residents***Humanitarian and Compassionate Considerations**

Judicial review of Immigration Counsellor's decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant exempting applicant from requirement of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 11(1)—Applicant 34-year-old citizen of Korea who came to Canada on January 11, 1999 to study English—Work permit issued in 2000 as wife studying in Canada—Extension of work permit refused when divorced in September 2001, and wife, children returned to Korea—Applicant remarried in April 2002, applied for exemption of permanent resident visa requirements based on humanitarian and compassionate grounds (H&C) under former Immigration Act, s. 114(2)—Application refused under IRPA, s. 11(1)—Whether respondent erred in law by failing to consider applicant's application for permanent residence under Immigration Refugee Protection Regulations (IRP Regulations), ss. 123, 124—Applicant not submitting application for membership in Spouse in Canada class under IRPA—Nor did he complete, file "In-Canada Application for Permanent Residence"—Whether Immigration Counsellor required to convert H&C application submitted under former Act into application for selection as permanent resident as member of Spouse or Common-Law Partner in Canada class under IRPA question of law—Standard of review applicable to question of law correctness—No authority under IRPA, Regulations for immigration officer to convert H&C application under former Act to application under Spouse in Canada class under IRPA—To be considered under new Spouse in Canada provision, applicant should have applied under that category, withdrawn old H&C application already made—Applicant not denied benefits of IRPA, simply failed to apply for them—Although confusing for applicants when transition from one statutory framework to another, applicant must be diligent, inquire in respect of impact of new legislation on application, if any—IRPA, s. 190 not requiring immigration officer to convert pending H&C application into application for admission as member of Spouse, Common-Law Partner in Canada class—To do so would impose impossible burden on immigration officers having to speculate as to relief sought by individual applicants in context of new

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

legislation—In this case, no application under IRPA provisions concerning new Spouse in Canada class—Therefore, not unreasonable for Immigration Counsellor to assess applicant's application under H&C provisions—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 11(1), 190—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2)—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 123, 124.

YUN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7024-03, 2004 FC 1062, Blanchard J., order dated 4/8/04, 12 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**CHARTER OF RIGHTS***Life, Liberty and Security*

Judicial review seeking constitutional exemption based on Canadian Charter of Rights and Freedoms, s.7, or alternatively, requesting that Health Canada process applicant's application under Controlled Drugs and Substances Act, s. 56 without requiring psychiatrists report—Applicant suffered from post-traumatic stress disorder (PTS) after falling victim to criminal act in 1977—Applied to Health Canada for exemption under Act, s. 56 for authorization to possess marijuana for medical purposes—Health Canada requesting applicant to obtain report from psychiatrist and give details regarding different treatments already tried and treatments followed at that time—After receiving two letters from applicant's attending physician not meeting requirements, and after advising applicant twice of information required, Health Canada refused application because of applicant's failure to provide required report, hence application for judicial review—*R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 distinguished—Applicant had to establish constitutional right to use marijuana, failed to do so—Medical evidence filed did not establish marijuana reasonably required to treat applicant's medical condition—Letter from applicant's attending physician, general practitioner, not specialist in treatment of PTS symptoms, not persuasive evidence applicant requires medical use of marijuana to treat PTS—Medical evidence from specialized physician establishes person suffering from PTS should not use marijuana—Other effective, legal treatments available—Marijuana not only effective treatment available—Charter, s. 7 not breached—Alternative application dismissed since respondent's decision not patently unreasonable and Minister exercised discretion reasonably in requiring psychiatrist's report—Application dismissed—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.,

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 56.

DUPUIS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-450-01, 2004 FC 919, Tremblay-Lamer J., order dated 25/6/04, 8 p.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Applicant had applied for judicial review of a Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) decision to refuse full disclosure of documentation requested by applicant under "Appeals Renewal Initiative" protocol—Applicant assessed by CCRA under Excise Tax Act, requested copy of complete audit file—CCRA withheld certain third party information as prevented by Act—Attorney General now moves for order dismissing application as Court lacking jurisdiction, an appeal to Tax Court of Canada (T.C.C.) being available—In alternative, seeks order under Federal Court Rules, 1998, rr. 3, 4, 54, 221 (or pursuant to Court's jurisdiction over own process) striking application—Says applicant's case hopeless as attempting to rely on legitimate expectations doctrine to defeat statutory duty and to fetter discretion—Relevant sections of Act set out at great length in reasons for order—As M.N.R. did not deal with applicant's notices of objection within 180-day limit (Act, s. 306), Attorney General submits applicant's remedy appeal to T.C.C. to vacate assessments or have reassessment—Also argued dispute re: discovery of documents must be under T.C.C. practice, Federal Court review precluded by Federal Courts Act, s. 18.5—Applicant says since seeks to review disclosure refusal, not assessments, s. 18.5 does not oust Federal Court's jurisdiction—Needs full disclosure provided for under Excise Tax Act, s. 295 to meaningfully pursue notices of objection—Jurisdictional issue reviewed by Morneau P. in *Beaudry v. Canada (Customs and Revenue Agency)* (2001), 215 F.T.R. 18 (F.C.T.D.), who noted that, under s. 18.5, "where appeal procedures are provided by law they must be given priority, and to this end [s. 18.5] excludes judicial review"—But, while Federal Court lacks judicial review jurisdiction to vacate, review tax assessment, instant application is not disguised attempt to challenge assessments—Applicant should have forum to argue CCRA's decision was unlawful—S. 18.5 not bar to jurisdiction herein—Applicant not attacking substance of assessments—S. 18.5 precludes judicial review only to extent matter may be appealed to T.C.C.—Excise Tax Act makes no provision for appeal of Minister's disclosure decision—Non-disclosure decision not so intertwined with assessments that any attack on disclosure decision is attack on assessments—Attorney General's approach would compel taxpayers to file uninformed notices of objection having scant chance of

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

success—Purpose of notice of objection stage to give taxpayer meaningful opportunity to persuade M.N.R. assessment should be vacated or reassessment made—Not to be *de facto* forcibly waived where party disputes sufficiency of disclosure—As written by Sharlow J.A. in *Webster v. Canada* (2003), 312 N.R. 236 (F.C.A.), only once objection process is complete, taxpayer deprived of opportunity to argue in Federal Court through judicial review application that process employed by Minister unfair—Application herein filed before objection process was complete—Obliging taxpayer to forfeit meaningful objection process could frustrate legislation’s disclosure provisions—Federal Court has jurisdiction over case—Proceeding directly to T.C.C. not adequate alternative remedy—In context herein, objection process seen as separate from T.C.C. appeal and impugned decision not truly interlocutory—Nor could Court agree with Attorney General’s argument on legitimate expectations issue—Extent of CCRA’s disclosure obligations, competing interests, Appeals Renewal Initiative are matters for consideration by judge hearing judicial review application—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 295 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 128; 1996, c. 21, s. 67; 1997, c. 10, s. 236; 1998, c. 19, s. 284; 1999, c. 26, s. 38; 2000, c. 14, s. 33; 2001, c. 17, s. 260; 2003, c. 15, s. 68), 306—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 4, 54, 221.

SCOTT SLIPP NISSAN LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2195-03, 2004 FC 1096, O’Keefe J., order dated 10/8/04, 23 pp.)

ENVIRONMENT

Environment Minister announced intention to refer applicant’s High Temperature Thermal Oxidizer facility (intended to rid contaminated soil of pollutants) in New Brunswick to review panel for transborder environmental assessment, under Canadian Environmental Assessment Act—Minister of view available data too limited to be certain no human health concerns—Initial notice given as news release, followed up by letter to applicant from Canadian Environmental Assessment Agency—In seeking judicial review, applicant says Minister in fact did not make decision, so review panel cannot proceed, or if did decide, was not authorized by Parliament to make decision as facility no longer “project”, construction being 90% complete—Further submitted decision unreasonable, unfair—Under Act, s. 46 Minister may refer provincial project to federal review panel if of opinion may cause significant adverse environmental effects in another province or on reserve set aside for Indian band—Applicant argued Minister never referred its facility to

ENVIRONMENT—Continued

review panel as never signed directive, but merely issued news release—Court disagreed as neither Act nor common law prescribes decision-making format—Nothing indicates decision to exercise discretion must be reduced to writing—Only conclusion: Minister instructed Agency to issue new release expressing his decision—Inappropriate intrusion into departmental operations for Court to require affidavit from Minister or Agency confirming decision—Department, Agency were masters of own procedure: *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3—Press release may constitute sufficient notice: *Stratégies St-Laurent v. Canada (Minister of the Environment)* (1998), 156 F.T.R. 273 (F.C.T.D.)—Act only permitting environmental assessments of “projects”—Under Act, s. 2 “project” means any proposed construction, operation in relation to physical work or any proposed physical activity not relating to physical work, that is prescribed—Minister’s position: not subjecting proposed construction of facility to review, only its proposed operation—Interveners, including Eel River Bar First Nation, also note issuance of building permit under appeal—Purpose, history of project considered—Applicant’s facility will use rotary kiln to volatilize entrained hydrocarbons from North American “brownfield” locations—Would treat up to 100,000 tonnes of soil each year—Following reference to Technical Review Committee, imposition of certain conditions, construction approval granted under provincial clean air, environment legislation—New Brunswick, Québec citizens’ coalition complained to Minister about “proposed toxic waste incinerator”, alleging deficiencies in provincial environmental assessment process—Indian chiefs having grave concerns their communities, wildlife will be adversely affected—Applicant’s facility no longer “project” at time referred to review panel by Minister—Therefore Minister acted without legal authority and review panel cannot proceed—Unnecessary to identify exactly when facility went beyond “project” stage—Purpose of Act to prevent works that may be detrimental to environment from starting—But project approval not licence to pollute—Should applicant’s facility cause pollution, could be shut down—Facility beyond point of no return when Minister was petitioned to establish review panel—Reasons of Linden J.A. in *Tsawwassen Indian Band (Council) v. Canada (Minister of Finance)* (2001), 270 N.R. 145 (F.C.A.), stand for proposition once project is approved and construction begun, approval cannot be reopened—Environmental assessments are to be carried out while projects in planning stage—Although Act amended following *Tsawwassen*, no indication Parliament intended different time line re: projects having oblique federal connection due to transboundary effects, as opposed to direct connection under s. 5—As to whether decision unreasonable, according to applicant science such that maximum pollutant concentration will be 200 metres from source, well within applicant’s property—Given Minister’s advisors considered

ENVIRONMENT—Concluded

transboundary effects unlikely, and given Minister, responding in House of Commons to Bloc Québécois member's question, indicated applicant's facility was local matter, Minister knew, or should have known, Act inapplicable—Minister not “hung out to dry” by Health Canada's statement unable to say with “absolute confidence” transboundary effects impossible—But in view of holding facility not “project”, unnecessary to rule on question whether decision unreasonable—Not for Court to consider whether reference to panel politically motivated (federal election called just two days after initial press release herein): see remarks of Dickson J. (as he then was) in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at p. 112—As for unfairness of decision, questionable whether right for Minister to commission studies after applicant spent 29 million dollars on facility—Application granted costs but not on solicitor-client basis as Minister's conduct not reprehensible, scandalous and this was first case involving Act's transboundary provisions—Not inappropriate for Minister to seek to distinguish *Tsawwassen* in view of statutory amendments—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2 “project”, 5.

BENNETT ENVIRONMENTAL INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-1313-04, 2004 FC 1150, Harrington J., order dated 19/8/04, 13 pp.)

FISHERIES

Judicial review of Variation Order 2001-074 made by Regional Director General, Maritimes Region, Department of Fisheries and Oceans reinstating close times under Atlantic Fisheries Regulations—Objective of applicant, non-profit organization, to educate public as to environmental conservation—Advances views to government, fishing industry—Especially concerned about fishing methods choices, harmful effects of dragging Georges Bank, shallow submerged area divided between Canada, U.S.A.—Canadian portion is area from southwest coast of Nova Scotia through Gulf of Maine—Ocean floor (benthic substrata) at Georges Bank is sand, gravelly sand said to be nursery for species such as anemones, corals, crabs—These organisms said to be put at risk when fish caught by dragging—Dragging involves wires, doors, net hauled behind fishing vessel—Doors hold net open horizontally—Weights on bottom keep net open vertically—“Codend” traps fish, whatever else picked up from ocean floor—Applicant says dragging picks up undersized fish, plant forms essential to nourish marine environment—Submitting bibliographies of peer-reviewed scientific papers on subject—Tribunal Record included Groundfish Integration Fisheries Management Plan—Applicant's argument: Variation Order inconsistent with Fisheries Act provisions for fish habitat protection and therefore *ultra vires*—Opening Georges Bank

FISHERIES—Continued

to dragger operations resulting in harmful alteration, disruption, destruction (HADD) of fish habitat, contrary to Act, s. 35(1)—Arguing Minister's duties include protection, management of aquatic environment—Saying Act, s. 35 introduced to extend protection to marine environment, citing case law, House of Commons debates when s. 35 introduced—Saying “work or undertaking” in s. 35 meaning any activity, including fishing, dragging, undertaken by human effort—Reference to *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 51 (B.C.S.C.), as authority for proposition courts have adopted holistic interpretation of “fish habitat”—Georges Bank said to be part of habitat that supports fish, including spawning, nursery, rearing, food supply, migration—Suggesting that any one of harmful alteration, disruption, destruction constitute HADD—Referring to case law holding effects on fish habitat need not be permanent, irreparable to contravene s. 35(1)—Dragging said to eliminate growth areas for juvenile groundfish—Arguing s. 35(2) requires ministerial authorization for HADD, such not granted herein—Citing *Spinney v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2001), 183 F.T.R. 71 (F.C.T.D.), for proposition variation orders legislative, not administrative decisions, and correctness applicable review standard—Referring to “precautionary principle” recognized in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, in arguing in absence of complete scientific knowledge, environmental measures must anticipate, prevent environmental degradation—Opening Georges Bank to dragging said to be contrary to “precautionary principle” as Regional Director General required to err on side of caution—According to Attorney General, only issue whether Regional Director General acted within jurisdiction; HADD irrelevant to that issue—Respondent submitting: Governor in Council intended Regional Director General have full discretion to vary close times, subject to notice given under Fishery (General) Regulations, s. 7—Respondent saying s. 35(2) authorization not condition precedent to issuing variation order, but required to conduct action other than fishing that could impact upon fish habitat—In alternative, if s. 35(1) does apply to fishing, no authorization needed other than licence, recognized means of authorizing HADD—Fishing not identified in Schedule VI of Regulations which mentions bridges, culverts, dams, mining—Respondent saying Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) irrelevant to issuance of Variation Order at issue—Deciding whether fishing area open or closed not “undertaking” within CEAA—Regional Director General not “seized with any project”—Court's role upon judicial review not to “second guess” Minister, substitute its views—Impugned decision legislative—Difference between legislative, administrative acts explained in *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. by J.M.

FISHERIES—Concluded

Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980): legislative act promulgates general rule; administrative act includes adoption of policy, making of specific direction, application of general rule to particular case—Variation order is in nature of subordinate legislation and exercise of delegated power must conform to enabling statute's objectives—Fisheries Act confers broad power to regulate, manage fisheries—Fisheries are source of national, provincial wealth to be managed for good of all Canadians—Act gives Minister absolute discretion to issue licences—Parliament has given Governor in Council power to enact regulations (Act, s. 43) including conservation, protection of spawning grounds, authorizing variation of close time—Upon consideration of Regulations, apparent that Regional Director General authorized to make Variation Order—Not exceeding jurisdiction—S. 43 authorized Governor in Council to enact regulations from which Regional Director General derived power—Variation Order 2001-074 merely reinstated close time set by Atlantic Fishing Regulations—Constitutionality of Act, s. 43, Regulations not challenged—Underlying applicant's argument fishing within Act, s. 35(1), Regional Director General acted contrary to law, is proposition use of trawl gear will inevitably cause HADD in Area 5Z—No evidence making of Variation Order had any particular effect on benthic environment in 5Z—S. 35 does not impose blanket prohibition against HADD—HADD may occur if authorized by Minister or pursuant to regulations enacted by Governor in Council—Had Parliament intended "work or undertaking" in s. 35 to include fishing, such intention should have been made clear—S. 35 not absolute bar to causing HADD, only unauthorized activities leading to that result—Parliamentary Debates referred to by applicant reveal then-Minister concerned about conservation but do not support argument fishing authorized by Minister or pursuant to Regulations fell within words "work or undertaking" in s. 35—That section inapplicable to Variation Order at issue—Also inapplicable is CEAA which is aimed at assessing environmental impact of projects—Rouleau J. held in *Kwicksutaineuk/Ah-wa-mish Tribes v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2003), 227 F.T.R. 96 (F.C.T.D.) affd, (2003), 313 N.R. 394 (F.C.A.), that fishing not "project" for CEAA purposes—Variation orders are legitimate management tools, require exercise of judgment and ought not be overridden by Court on judicial review—Application denied but no order as to costs in view of public interest in issues raised by applicant—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35(1), (2), 43(i), (l), (m)—Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 7, Schedule VI—Atlantic Fishery Regulations, SOR/86-21—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

ECOLOGY ACTION CENTRE SOCIETY V. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (T-1179-01, 2004 FC 1087,
Heneghan J., order dated 6/8/04, 31 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from judgment of T.C.C. dismissing appeal from reassessments disallowing deductions for legal expenses—Appellant one of 55 lawyers employed in B.C. by Department of Justice Canada suing employer on basis salary paid lower than that for lawyers at same classification level working in Toronto—Appellant claimed deduction for legal expenses pursuant to Income Tax Act, s. 8(1)(b)—T.C.C. dismissed appeal on basis s. 8(1)(b) not applicable because appellant received salary set out in contract—S. 8(1)(b) permits deduction for legal expenses incurred (1) to collect salary or wages owed, and (2) to establish legal entitlement to salary claimed—Appellant's claim falling within s. 8(1)(b) because trying to establish that, for services rendered, law requires he be paid more than he has been paid—Case distinguished from others where expenses incurred to establish right to promotion, to fight, reverse judicial, regulatory decision adversely affecting employment or professional status, or to seek financial compensation in connection with allegations of unlawful, wrongful acts by employer—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 8(1)(b).

LOO V. CANADA (A-206-03, 2004 FCA 249, Sharlow J.A.,
judgment dated 29/6/04, 5 pp.)

INTERNATIONAL LAW

Omar Khadr is 17-year-old Canadian detained at Camp Delta in Guantanamo Bay by U.S.A. as allegedly involved with Al-Qaida in Afghanistan—Applicants say Khadr has been regularly interrogated, not brought before a tribunal, denied access to lawyer, consular officials—Said to now face hearing by military tribunal, could be sentenced to death for events occurring when he was 15—Khadr's family brought application in F.C. for order to compel Canadian government to extend to him diplomatic, consular services—Arguing failure to do so contrary to Department of Foreign Affairs and International Trade Act (DFAITA), infringed Charter rights—Also alleging Canadian government agents interviewed Khadr in Guantanamo Bay, gave information gained thereby to American officials—Minister now moves to strike notice of application for contravention of Federal Court Rules, 1998, r. 302, as abuse of process as application similar to statement of claim in related action claiming damages in respect of interviews and as disclosing no cause of action—Relief sought in application: (1) *mandamus* for provision of consular services; (2) order prohibiting Canadian officials from interviewing Khadr and declaration of Charter violation by past interviews—Relief (2) same remedy sought in related

INTERNATIONAL LAW—Continued

action—Contrary to r. 302 to challenge two decisions in one application unless decisions continuing course of conduct: *Truehope Nutritional Support Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2004), 251 F.T.R. 155 (F.C.)—First series of decisions challenged is failure to furnish consular services—Second series: interviews of Khadr by Canadian officials—Two sets of decisions were made at different times, had different focus so did not form part of continuing course of conduct—Notice of application would contravene r. 302 if not amended—Also abuse of process to seek same relief in parallel proceedings—Proper administration of justice, efficient use of judicial resources demands portions of notice of application relating to interviews be struck—Will ensure application addresses just one decision, avoids duplicity as all interrogation-related issues will be addressed in action, other matters in application—As for alleged Charter violation, applicants not establishing arguable case Minister's decision is "necessary precondition" (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3) to current, future treatment of Omar Khadr by American Government—No evidence his situation same as that of other Camp Delta detainees released following intervention of U.K., French, Afghanistan governments—Not an "entirely foreseeable consequence" (*Suresh*) Canadian government intervention would yield same results—Charter, s. 7 restricts state's ability to deprive people of life, liberty, security, does not impose positive duty on state to ensure people enjoy these rights: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429—Contrary to situation in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, Khadr never in custody of Canadian officials so reasoning in *Gosselin* applicable herein—Applicants not meeting "sufficient connection" test in *Burns*, *Suresh*—Portions of notice of application concerning Charter violations struck—Applicants rely on DFAITA, s. 10: "In exercising his powers and carrying out his duties and functions under this Act, the Minister shall (a) conduct all diplomatic and consular relations on behalf of Canada"—Says this imposes duty on Minister to supply services Khadr requested under doctrine of legitimate expectation or international law—Publication "A Guide for Canadians Imprisoned Abroad" states government will "make every effort to ensure that" Canadians detained abroad receive "equitable treatment"—Says consular officials to facilitate communication between detainee, lawyer—Gives list of additional services provided—Persuasive case DFAITA, Guide create legitimate expectation Canadian citizen detained abroad will be furnished many of services requested by Khadr—Expectation herein composed of both procedural, substantive elements—In *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, majority silent on question whether there may be expectation of certain substantive outcomes—Binnie J., dissenting, noted procedural/substantive distinction

INTERNATIONAL LAW—Concluded

removed in England, Australia—In U.K. case, *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (C.A.), Court found legitimate expectation of consular service resulting from prior government actions, statements—Logic of that decision applicable to case at bar—Arguable case made out s. 10 to be interpreted with regard to Vienna Convention on Consular Relations (VCCR), to which Canada is signatory—Statutes to be construed so as to comply with Canada's international obligations—International Court of Justice decision in *LaGrand (Germany v. United States of America)*, [2001] I.C.J. 3 held VCCR does create individual rights to services requested by applicants herein—Applicants should have chance to adduce evidence international custom has evolved as to provision of consular services—Court not prepared to strike application as not disclosing cause of action—Applicants directed to submit draft order, changing notice of application in accordance with this decision—Department of Foreign Affairs and International Trade Act, R.S.C., 1985, c. E-22, ss. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 2), 10 (as am. *idem*, s. 7)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302—Vienna Convention on Consular Relations, March 19, 1967, 596 U.N.T.S. 261.

KHADR V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS)
(T-686-04, 2004 FC 1145, von Finckenstein J., order dated 18/8/04, 15 pp.)

MARITIME LAW**CREDITORS AND DEBTORS**

Priorities—Court-approved sales of four arrested ships, *Golden Trinity*, *Ypapadi*, *Kimisis III*, *Zoodotis*, managed by Pronoia Ship Agents & Brokers Inc. (Pronoia)—All sold above appraised value—20 claims against sale proceeds settled on consent, largely on basis constituted maritime liens with evident priority to sales proceeds—Claimants to balance of proceeds, as mortgagees, The Royal Bank of Scotland plc (RBS), mortgagee of *Ypapadi*, *Golden Trinity*, *Kimisis III*, and Nedship Bank N.V. (Nedship), mortgagee of *Zoodotis*—Principal challenge facing banks claims of Tramp Oil & Marine Limited (Tramp) for bunkers supplied to four defendant vessels, various other ships, also managed by Pronoia, said to be sisterships—Tramp basing claims in part on maritime lien for bunkers supplied to *Golden Trinity*, but largely on challenge of security held by banks, on actions of banks—Underlying security of both RBS, Nedship sound—(1) Tramp's claim of maritime lien against *Golden Trinity* based upon supply of bunkers in American port by

MARITIME LAW—Continued

bunkering firm acting on instructions of Tramp—Latter invoking subrogation to maritime lien of American supplier, Petro-Diamond Inc. under doctrine of subrogation and American “so-called rule of advances”—Petro-Diamond entitled to assert American maritime lien against *Golden Trinity*, notwithstanding Petro-Diamond’s invoice for fuel directed to Tramp—Presumption, under American law, someone furnishing necessities to vessel acquires maritime lien; anyone attacking presumption has burden of establishing supplier of necessities purposely intended to forego maritime lien—Ongoing relationship, for many years, between Tramp, Pronoia—Payment made by Tramp to Petro-Diamond to satisfy claim of latter outstanding against *Golden Trinity*, in fact advance to ship—Advance, on ample authority, that of Pronoia—Money advanced by Tramp used to satisfy outstanding lien claim of Petro-Diamond—Given nature of worldwide bunkering trade, no real connection with England other than Tramp’s choice of law clause—Vessel ownership, management, registration providing no common thread—However, evidence indicating pattern of trading by Pronoia vessels into United States, substantial bunkering in American ports—Mutual commercial, economic benefit herein, arose in Long Beach, California—American law therefore appropriate choice of substantive law to govern—Supply of bunkers thus giving rise to maritime lien, jurisdiction—Right of Tramp to maritime lien by way of subrogation which occurred under American law when Petro-Diamond’s invoice paid by Tramp—Portion of Tramp’s claim, for \$55,211.10, including interest to June 30, 2001, accorded priority of maritime lien—(2) Tramp, as backup to claim of maritime lien for bunkers supplied to *Golden Trinity*, also claiming contractual lien for that account—Priority of such contractual lien falling below that of mortgage, not raising such claim above other statutory *in rem* necessities claims—Such bilateral contractually founded right not deserving priority which would defeat third party with established priority, bearing in mind priorities accorded holders of marine mortgage security and necessities suppliers with Canadian statutory *in rem* claim—(3) Tramp’s American maritime liens for bunkers against vessels which may be sisterships cannot be enforced as such using Federal Court sistership procedure in Canada—Background, purpose of sistership legislation set out in *Norcan Electrical Systems Inc. v. FB XIX (The)*, [2003] 4 F.C. 938 (T.D.)—Sistership principle based on International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Seagoing Ships, Brussels, 1952, Art. 3—While Canada has not ratified 1952 Brussels Convention, it has enacted sistership legislation in Federal Court Act, s. 43(8)—Plain wording of sistership provision in French version of s. 43(8) allowing plaintiff to exercise *in rem* jurisdiction against ship which, at time action brought, owned by beneficial owner of ship subject of action—Standard by

MARITIME LAW—Continued

which to establish sistership relationship that of proof by preponderance of evidence or reasonable degree of probability, that more probable than not vessels in question sisterships—Even though sistership remedy, as whole, extraordinary remedy not to be lightly invoked, civil standard of proof still applies—Not instance where probabilities almost equal, but where absence of sistership relationship more probable—Party alleging sistership relationship between vessels must establish such relationship—Very difficult task to accomplish when, as here, registered owners, all who might be beneficial owners, or have first-hand knowledge, have walked away from businesses, ships, and neither available records nor individuals to provide evidence as to who enjoyed, was entitled to profit, benefit derived from those ships—At best, Tramp established likelihood Peter Lygnos, principal of Pronoia, a beneficial owner, not the beneficial owner—Preponderance of probability some other family members also beneficial owners—Not establishing beneficial owner as required by Federal Court Act, s. 43(8)—(4) Tramp submitting ought to be equitable re-ordering of ranking of necessities claims for supply of bunkers because banks ought to have moved sooner to realize on security, thus shutting down Pronoia earlier—Priority given to supply of bunkers, under Canadian law, below that given to holders of mortgage security, here RBS, Nedship—Usual priorities not to be overturned merely because lending bank trying to work out course of action of mutual benefit to customers, bank—No evidence of secret purchase by banks of vessels—Vessels, for most part, sold at open, very competitive auctions, with prices exceeding appraised values—Tramp not establishing very special circumstances calling for re-ordering of long-established priorities, to benefit either Tramp or other necessities suppliers—Tramp, on own evidence, not satisfying very substantial onus of showing departure from conventional priorities necessary to prevent obvious injustice—(5) Calogeras Marine Inc. (Calogeras), Calogeras & Master Supplies Inc. long-established ship chandler, supplier of necessities including to ships said to be connected to Peter Lygnos—Claim only good if vessels sisterships—Not establishing sistership relationship—Even if it did, security of RBS and Nedship being sound, claims of Calogeras, Calogeras & Master, as statutory rights *in rem*, come after claims of plaintiffs, RBS and Nedship, as mortgage-holders—Claims dismissed—(6) Aduanera Columbia S.I.A. Ltd. Inc. supplied goods to *Golden Trinity* in amount of \$100,663.48, net figure against payment received—Subrogated maritime lien, held by Aduanera, as to entry duties for lights, buoys, in amount of \$1,961.53 and by way of master for pilot, tug services, in amount of \$3,377.09, for total of \$5,338.62—Aduanera also to have *pro rata* share of interest accrued on *Golden Trinity* sale proceeds—(7) Only through re-ordering of priorities could United Maritime Supplies Inc., Canadian

MARITIME LAW—Concluded

supplier of necessities, succeed—As in case of Tramp, United Maritime not meeting onus of showing special circumstances required to obtain re-ordering of priorities—Unfortunate that Canadian necessities suppliers not having same privilege of maritime lien as American suppliers—Claim of United Maritime dismissed—(8) Amounts paid as sheriff's fees, commissions standing in first priority, as well as substantial claims by banks, for amounts paid by them, deemed marshal's expenses, eg. crew's wages, port and pilotage charges, provisions, water, repairs, crew repatriation—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 43(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12)—International Convention for the Unification of certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships, May 10, 1952, 439 U.N.T.S. 193, Art. 3.

ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC V. *GOLDEN TRINITY* (THE) (T-32-99, T-38-99, T-119-99, T-186-99, 2004 FC 795, Hargrave P., order dated 31/5/04, 96 pp.)

PRACTICE

Plaintiffs claiming damages, other relief arising out of shipment of consignment of polished granite from Italy to Canada—Court ordering Marine Liability Act, s. 46(1) applied on facts, awarding costs against defendants in any event of cause—Defendants associated with ship *Katsuragi* (*Katsuragi* defendants) appealing—F.C.A. allowed appeal, declared s. 46(1) did not apply, awarded costs in both Courts to *Katsuragi* defendants—*Katsuragi* defendants asserting settlement reached in Germany providing each party to bear own costs, did not preclude entitlement to costs in Federal Court, Federal Court of Appeal matters, indeed irrelevant in assessment of costs—In *VMC Corp. v. Zodiac Ltd.*, [1977] 2 F.C. 183 (T.D.), it was said: “taking a ‘step in a proceeding’ involves doing, on the record of the proceeding in the Court, something required by the Rules to be done to advance the proceeding to a conclusion”—Continuum of litigation consisting of steps, shaped by statutes, regulations, practice, and distinct from one another in sense of discrete occurrences, events—That there has been judgment in litigation not meaning subsequent interlocutory occurrences should be different in nature from preceding judgment—Assessment of costs in these circumstances necessary step, occurrence to crystallize dollar amount of award of costs prior to any step to enforce said award—Latter including disposition of issues such as right to proceed in this jurisdiction—Bill of costs of *Katsuragi* defendants, presented at \$4,649.60, allowed at \$3,940.10—Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).

INCREMONA-SALERNO MARMÌ AFFINI SICILIANI (I.S.M.A.S.) S.N.C. V. *CASTOR* (THE) (T-2330-00, 2004 FC 1047, Stinson A.O., assessment of costs dated 28/7/04, 6 pp.)

PENSIONS

Respondent is retired federal public servant eligible for Old Age Security Benefits—In 2000, 6 years after retirement, received one-time pay equity payment—Minister took position this was retroactive salary adjustment to be taken into account in calculating Guaranteed Income Supplement—This reduced respondent's Supplement by \$100 per month—Review Tribunal allowed her appeal—Minister now seeks judicial review—Decisive issue herein: did Tribunal act without jurisdiction in entertaining appeal instead of referring it to Tax Court of Canada (T.C.C.)?—Application raised question of law—Only one of three on Tribunal must be member of bar of a province so possesses no expertise superior to that of Court—Correctness is applicable review standard—S. 28(2) of Old Age Security Act (OASA) provides that if a ground of appeal to Review Tribunal is Minister's decision re: income or income from particular source incorrectly made, appeal on that ground shall be referred to T.C.C.—Use of “shall” means Tribunal's jurisdiction not discretionary—“[I]ncome” defined under OASA, s. 2 as person's income for calendar year, computed in accordance with Income Tax Act—By notice of reassessment, Canada Customs and Revenue Agency treated pay equity amount received in 2000 as income earned that year for Income Tax Act purposes—So s. 28(2) was engaged—Review Tribunal exceeded jurisdiction, its decision must be quashed—Court troubled by Minister's failure to object at Review Tribunal hearing—Respondent put to considerable inconvenience, awarded \$500 costs—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 “income”, 28(2).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. *HEAMAN* (T-290-03, 2004 FC 1155, Snider J., order dated 19/8/04, 6 pp.)

PRACTICE**COST**

Order rendered on December 23, 2003 dismissing Crown's application for injunctive relief, reserving issue of costs—(1) Respondent's entitlement to recover expert fees related to services performed prior to commencement of application—Crown erred in relying upon comments of Rouleau J. in *RCP Inc. v. Minister of National Revenue*, [1986] 1 F.C. 485 (T.D.) in order to argue disbursements pre-dating commencement of application may not be recovered—Entitlement to disbursements governed by Federal Court Rules, 1998, Tariff B, s. 1(4)—“Reasonable” disbursement may be incurred prior to commencement of proceeding—Disbursement incurred prior to commencement of application could be recovered if “it is reasonable and it is established by affidavit or by the solicitor appearing on the assessment that the disbursement was made or is payable by the party”—Respondents established disputed disbursements paid—Whether disbursements “reasonable” requiring consideration of whether they ultimately advanced

PRACTICE—Continued

litigation—Evidence establishing respondents prudent when retained experts in December 1998, incurred expense before contemplated enforcement action initiated by Environment Canada—Disputed disbursements incurred in respect of very issues litigated in application, opinions generated by respondents' experts used in application, of significant assistance to Court—Disputed disbursements reasonable within contemplation of Tariff B, s. 1(4)—Respondents entitled to recover them from Crown—Having elected to pursue remedy in Court where cost consequences generally follow result, Crown obliged to pay respondents reasonable disbursements whether or not payable had Crown elected different forum—(2) Respondent's entitlement to additional award of costs in respect of individual respondents—No basis in evidence for liability on part of either individual respondent—Respondents therefore sought additional lump sum award of costs on basis improper, unnecessary to name them as respondents—Abuse of process to name business persons as parties to litigation where no foundation for claim against them in personal capacities—Such conduct may attract increased award of costs—However, such award not appropriate herein for two reasons—First, no evidence respondents incurred significant additional costs as result of addition of individual respondents as parties—Second, that no basis for individual liability not apparent until relatively late stage in proceeding—Failure of Crown to discontinue not sanctioned by award of costs—(3) Respondent's entitlement to double party-and-party costs from date of written settlement offer—In February 2001, respondents offered in writing to settle application—Offers *bona fide* within scope of r. 420, containing genuine element of compromise—None of offers, withdrawn, accepted—Respondents seeking double party-and-party costs from February 12, 2001 until December 23, 2003—Nub of dispute between parties dispute between respective experts about correct science as related to sample selection, methodology—Environment Canada had right to rely upon own sampling, analysis protocol, to refuse to entertain any compromise—However, Environment Canada's adherence to own methods, rejection of respondents' sampling plan and methodology not basis for departing from normal consequences of r. 420—Respondents therefore entitled to double party-and-party costs from date of first settlement offer—(4) Crown's entitlement to global reduction in costs award on basis of mixed success—While respondents succeeded on ultimate question of whether injunction should issue, Crown successful on number of issues surrounding proper interpretation of Act—Crown suggesting award based on 60% measurement of success in favour of respondents appropriate—General rule should be applied so that respondents recover entire costs without reduction—Really only one issue: imposition of injunction—Respondents only raised other arguments as adjunct to fundamental position ASR did not contain PCB material—Distributive award of

PRACTICE—Continued

costs may never be appropriate because such approach at cross-purposes with offer to settle rules: *Arnak Chemicals Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1991), 5 O.R. (3d) 1 (C.A.)—(5) Applicant's entitlement to reduction in award of costs due to public interest in having proceedings litigated—That this was first proceeding brought under Act, s. 311(1) not justifying reduction in costs otherwise due to respondents—No reason for respondents to subsidize by reduced award of costs whatever public interest might exist in having legislation judicially considered—(6) Respondents' entitlement to assessment of costs at top of Column V of table to Tariff B of Rules—Court having full discretionary power over amount of costs—Factors relevant to Court's exercise of discretion: result obtained, amounts at issue in terms of consequences to respondents if unsuccessful, amount of work required, volume, nature of complex technical evidence, importance of issues from legal standpoint—Such factors justifying award of costs based upon Column V—Assessment above mid-point, toward high end of Column V appropriate—Application not of such legal, factual complexity as to justify assessment at top of Column V—Court awarding lump sum of \$60,000 in lieu of costs assessed toward high end of Column V—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 420, Tariff B, s. 1(4)—Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33, s. 311.

CANADA V. IPSCO RECYCLING INC. (T-2274-00, 2004 FC 1083, Dawson J., supplemental reasons for order with respect to costs dated 6/8/04, 20 pp.)

Interim costs application for money to pay fees, disbursements of \$19,250, plus GST, QST—Application denied as applicant unable to show met requirements of kind of application as established by Supreme Court of Canada in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371—Applicant informed Court has no income, eligible for legal aid program of province of Quebec—Added legal aid not giving advances for fees, interim costs—Whether applicant entitled to interim costs to allow counsel to submit motion challenging abuse of process in handling PRRA (pre-removal risk assessment) application, accordingly ruling "protected person" under IRPA, ss. 112 *et seq.*—Federal Court's discretionary power to award costs deriving from concept of equity, formally set out in Court Rules giving Court complete discretion to award costs—Costs usually awarded to successful party at end of judgment—Instant application for interim costs more than mere costs application—Applicant filed legal aid certificate from province of Quebec showing entitled to make use of that program to obtain legal representation—In *Okanagan Indian Band LeBel J.* stating three conditions to be met for Court to award interim costs: (1) party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for litigation, no other realistic option

PRACTICE—Continued

exists for bringing issues to trial, case unable to proceed if order not made; (2) claim *prima facie* meritorious i.e., at least of sufficient merit that contrary to interests of justice for opportunity to pursue case to be forfeited just because litigant lacks financial means; (3) issues raised transcend individual interests of particular litigant, of public importance, have not been resolved in previous cases—Concerning first condition, applicant and wife have very little income at their disposal that would allow them to pay costs of such litigation—Applicant can make use of legal aid program of province of Quebec to secure representation in motion for abuse of process—Right to representation by counsel of one's choice not absolute, general constitutional right, but limited right aimed at ensuring fair trial, must be analysed in terms of unique features of case—First condition not met—Since three conditions in *Okanagan Indian Band* cumulative, conclusion sufficient to dispose of motion at bar—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 112.

CHARKAOUI (RE) (DES-3-03, 2004 FC 900, Noël J., order dated 23/6/04, 20 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Maritime law action involving capsizing of barge *Delta King*, loss of scrap metal cargo on January 25, 2002—Capsizing occurred when vessel *Zim Shenzhen* (now the *Navarino*) passed close by at speed—Motion by plaintiff to add *Zim Shenzhen*, owner, Devonshire Corp., presently third parties, as defendants—Motion granted though out of time—Plaintiff had knowledge, could have named Devonshire, ship as defendants—Proposed defendants resist addition, limitation having run—As Heneghan J. wrote in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 496 (F.C.T.D.), limitation defence is matter properly to be considered following testing of evidence at trial—Devonshire's submission: as third party, at outset was not required to get actively involved and, time having passed, now difficult, even impossible, to develop kind of defence it could have had amendments been made in timely manner—June 12, 2003 letter from plaintiff's lawyer to counsel for Devonshire may have lulled it into thinking nothing, apart from third party claim, going to come out of its involvement—Still, *Zim Shenzhen's* master, through pilot aboard and by American coast guard, certainly would have learned of incident at the time—And, just four months after accident, solicitors for underwriters of tug, *Pacific Ranger II* (which had *Delta King* in tow) wrote Devonshire, putting it on notice—Certainly, Devonshire found out about accident within a matter of hours, even minutes, and was made aware of seriousness of incident

PRACTICE—Continued

16 months later—Ought Devonshire not to have gathered some evidence at earlier date, given that U.S. coast guard records reveal *Zim Shenghen* did pass barge close by in broad reach of Admiralty Inlet (part of Puget Sound)—While Devonshire prejudiced, this was brought about in part by its failure to treat matter seriously enough when it had opportunity to investigate it—General rule is that an amendment should be allowed so as to determine real questions in controversy provided no resulting injustice not capable of compensation by costs award—Comes down to simple fairness, common sense, interest courts have that justice be done—Should further discoveries prove necessary, such could be subsidized by plaintiff, which failed to name Devonshire as defendant in timely manner—May be that Devonshire did not take matter seriously enough to even obtain report from master, take steps to preserve documents—But for Devonshire's lack of initial assessment, investigation Court would have been inclined to deny defendants' addition—To an extent, Devonshire's prejudice was self-inflicted.

BUDGET STEEL LTD. v. *PACIFIC RANGER II* (THE) (T-156-03, 2004 FC 1140, Hargrave P., order dated 17/8/04, 8 pp.)

MOOTNESS

Motion to strike appeal by Apotex on ground of mootness—Federal Court issued order prohibiting Minister of Health from issuing Notice of Compliance (NOC) to Apotex in respect of certain formulations of ciprofloxacin until after expiry of Bayer's patent—Apotex appealed order in November 2003—Patent expired in February 2004 and Minister issued NOC—Prohibition proceedings moot when patent expires or NOC issued—Court may, however, exercise discretion to hear, decide moot appeals—Rationales for exercising discretion identified in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 applied and appropriate for Court to exercise discretion in this case—(1) Collateral consequences from outcome of appeal (Bayer may be liable to Apotex for loss suffered, if prohibition order reversed: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8(1)) provide necessary adversarial context—(2) Decision on appeal will have practical effect on rights of parties, i.e. preservation of access to s. 8 remedy—(3) Decision on appeal not intrusion into role of legislative branch of government—*Obiter dicta* in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 distinguished—Unlike patentee, generic manufacturer cannot commence action for infringement if denied remedy under s. 8—S. 8 at issue in *Pfizer* since replaced, now referring to reversal on appeal of prohibition order giving rise to liability by patentee to generic manufacturer—No indication reversal on appeal must occur

PRACTICE—Concluded

prior to expiry of patent or issuance of NOC—Fact that appellant does not seek to expedite appeal does not amount to inordinate delay in absence of other circumstances—Motion dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 8(1) (as am. by SOR/98-166, s. 8).

BAYER AG v. APOTEX INC. (A-546-03, 2004 FCA 242, Rothstein J.A., order dated 23/6/04, 7 pp.)

PRIVACY

CPR installed 6 digital video recording surveillance cameras at its Scarborough, Ontario rail classification and maintenance yard, site of diesel, car repair shops—Applicant was CP employee, union member and diesel shop's human rights representative—Filed complaint with Office of Privacy Commissioner under Personal Information and Electronic Documents Act (PIPEDA) that CPR's recent installation of cameras focussed on door entrances, exits unacceptable as done without union consultation, unjustified by any security problem, invasion of privacy, could be used to monitor workers' conduct, bad for morale—Demanded cameras be dismantled forthwith—Union had already filed grievance under Art. 28 of collective agreement, alleging human rights violation—CP later posted bulletin advising cameras installed, would soon begin taping, purposes to protect against theft, vandalism, unauthorized personnel, related incidents, with viewing to be restricted to certain managers, CP Police—No intention to use cameras for productivity issues—Purposely positioned away from work areas, focussed on general areas to which employees, non-employees have access—Entrance areas had signs warning facility protected by video and electronic surveillance—Privacy Commissioner determined complaint well-founded, recommended removal of cameras—Privacy Commissioner explained that under PIPEDA, s. 5(3) necessary to ask whether circumstances such as to merit video surveillance solution—Applied four-part test: (1) whether measure necessary to meet specific need; (2) whether likely to be effective; (3) whether loss of privacy proportional to benefit; (4) whether less privacy-invasive way of achieving end—Concluded CP had not demonstrated specific problem; not proved cameras definite deterrent; their mere presence gave rise to perception workers' comings, goings being watched perhaps with negative psychological effects; CP failed to evaluate alternatives such as better lighting to address employee security issue—Applicant then initiated instant proceeding under PIPEDA, s. 14(1): after Commissioner's report, complainant may apply to Court for hearing re: any matter complained of, referred to in report—Under s. 17, application to be determined without delay, in summary way unless Court considers this inappropriate—

PRIVACY—Continued

Applicant sought various reliefs, including order confirming Privacy Commissioner's report—PIPEDA evidences unique legislative structure, having schedule incorporating Canadian Standards Association (CSA)'s Model Code for Protection of Personal Information, while Act itself qualifies, modifies model code's principles—Relevant statutory provisions set forth—Evidence reviewed at length—CPR official who decided to install cameras swore in affidavit purpose to serve as deterrent against theft, harassment, vandalism, unauthorized entry, create safer workplace, minimize railway's exposure to liability for damages suffered by third parties—Action instigated not by specific event but by change to overall infrastructure of mechanical facility—Another reason for decision: tension between unionized CPR employees, contract supervisors who oversee repair, maintenance of locomotives—Rejected hiring security guards as impossible to obtain budgetary approval—Cheaper to install cameras, post warning signs—Crimes committed against CPR include: theft, vandalism, drug trafficking, sabotage, arson, computer crime—As many as 30-40 incidents per week—No CPR police permanently stationed at Toronto Yard—Particular concerns: equipment theft, sexual harassment of female employees—Other concern: impact of 9/11, concern regarding terrorists as CPR carries military equipment, hazardous materials cross-border—CPR's Police Chief swore affidavit since 9/11 railway under increased pressure, scrutiny as to level of security provided customers, workers, various government levels in Canada, U.S.A.—Toronto Yard difficult to patrol, cannot be fully secured by conventional methods without incurring unreasonable expense—Video surveillance deters crime by increasing criminal's perceived risk of getting caught—Under cross-examination, one CPR deponent acknowledged cameras might capture employee working in area camera aimed at—Under cross-examination, applicant's deponent admitted some workers had been disciplined (but not terminated) for drug, alcohol possession—Also agreed that nothing in collective agreement required CPR to inform him (as Diesel Shop Chairman) of plans to install cameras—CPR challenged Court's jurisdiction because Privacy Commissioner lacked jurisdiction to entertain complaint, as workplace dispute within collective agreement—Argued matter should be dealt with pursuant to labour arbitration model: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929—Applicant, Commissioner disagreed, pointing to Act, s. 13(2) (Commissioner need not prepare report if of view complainant should first exhaust grievance procedure)—Another issue: amount of deference owed Privacy Commissioner's findings—Applicant suggested review standard is reasonableness *simpliciter*—Turning to merits, first sub-issue was whether CPR's purpose for installing cameras justified in that, under PIPEDA, personal information may not be collected unless reasonable person would consider reasons for

PRIVACY—Continued

surveillance legitimate in circumstances—Whether evidence sufficient for CPR to discharge burden—CPR argued did not need applicant's consent to install cameras—Relied on CSA model code, clause 4.3: exception where requirement for knowledge, consent inappropriate—Applicant, Privacy Commissioner submitted words "except where inappropriate" in clause 4.3 to be read with s. 7 which says only 4 exceptions to rule knowledge, consent necessary and none of these here applicable—Jurisdictional challenge rejected for number of reasons—Two statutory conditions precedent were here met—Arbitration model espoused by S.C.C. in *Weber* case inapplicable herein—Faced here with two statutory regimes: one under PIPEDA, other mandated by Canada Labour Code, situation before Ontario C.A. in *Ford Motor Company of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465—Necessary to consider essential character of dispute and where legislature intended it be resolved—Human rights legislation occupies uniquely protected sphere in legal orbit—Enjoys quasi-constitutional status, overridden only by express, unequivocal legislative language—Legislature did not intend labour arbitrators have exclusive jurisdiction over human rights issues: *per* Abella J.A. in *Ford Motor* case—Commissioner urged proposition PIPEDA, Canada Labour Code concurrent, neither ousted the other—In reliance on *Ford Motor*, trilogy of Saskatchewan C.A. judgments, Court agreed intention of Parliament not to exclude unionized workers from PIPEDA's scope—Essence of dispute before Court did not arise from collective agreement—PIPEDA is a fundamental law of Canada—Decision of Pinard J, which went the other way, in *L'Ecuyer v. Aéroports de Montréal* (2003), 233 F.T.R. 234 (F.C.T.D.) distinguishable on point of essential nature of dispute—Also Pinard J. lacked benefit of full argument on point—*Englander v. Telus Communications Inc.* (2003), 235 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), involving CRTC's mandate covering fee-setting for unlisted numbers, also distinguishable—More on point: *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul*, [1999] 2 F.C. 3 (T.D.), in which issue whether arbitrator had exclusive jurisdiction over complaint under Canadian Human Rights Act (CHRA), impugned conduct being prohibited by collective agreement containing arbitration clause—F.C.T.D. Judge held *Weber* inapplicable as S.C.C. there not addressing concurrent jurisdiction situation—Judge noted that CHRA, s. 41 was subsequent enactment to Canada Labour Code, s. 57 and rule is that earlier provision is repealed by implication in so far as confers exclusive jurisdiction upon arbitrator—To determine essential characteristic of dispute, have to examine dispute's nature in factual context, ambit of collective agreement—Essential characteristic of dispute herein was complaint CPR violating PIPEDA by collecting personal information via surveillance cameras without applicant's consent—Applicant's complaint specifically engaged PIPEDA—As

PRIVACY—Continued

conceded for CPR at hearing, collective agreement, Art. 43 does not cover workplace collection of personal information—Dispute did not arise from collective agreement—If respondent of view another review procedure is available, issue must be raised with Commissioner at earliest opportunity and may not raise objection after Commissioner issues report—PIPEDA, s. 14 proceeding not review of Commissioner's report, recommendation but fresh application seeking s. 16 remedy, and complainant must discharge burden of demonstrating PIPEDA violation—Judge must exercise discretion *de novo*—Some deference to be accorded Commissioner in area of expertise, including factors taken into account in balancing applicant's privacy interests with those of CPR in safeguarding employees, property—But no deference for findings of fact since evidence before Court differed from that gathered by Commissioner—Introduction of additional evidence makes situation herein analogous to Trade-Marks Act appeals: see *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.)—No doubt Parliament mandated balance of interests (PIPEDA, s. 3 purpose clause)—Question why personal information needed to be collected had to be analysed in contextual manner—Appropriate purposes for collection may differ from those for use, disclosure of collected information—Necessity for flexibility, variability in accordance with circumstances—As to surveillance cameras, arbitrators have drawn bright line between surreptitious collection, that by cameras at known locations—Have condemned use of cameras to record productivity—Point made by Arbitrator Munroe in *Pope & Talbot Ltd. v. Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local No. 8*, [2003] B.C.C.A.A.A. No. 362 (QL) "just as an employee's privacy interests require protection against the overzealous exercise of management rights, so also must an arbitrator acknowledge the employer's legitimate business and property interests. What is required, then, is a contextual and reasonable balancing of interests"—In *Unisource Canada Inc. and C.E.P., Loc. 433 (Re)* (2003), 121 L.A.C. (4th) 437 (B.C.), Arbitrator Kelleher (as he then was) said there was no blanket prohibition against videotaping—Test was whether surveillance reasonable exercise of management rights in circumstances of case—In case at bar, Court concluded reasonable person would consider CPR's purposes for collecting by recording images appropriate in circumstances—Collection was not surreptitious—Warning signs posted—Information collection not continuous—Not limited to CPR employees, but included contractors, visitors, suppliers, trespassers—Not used for work productivity measurement—Recorded images kept under lock and key, accessed only by responsible managers, CPR's police force, destroyed within appropriate time frame if no incidents requiring investigation recorded—Legitimate need for cameras established—Privacy loss minimal—Since cameras were in public locations, low

PRIVACY—Continued

privacy expectation—Such view in accordance with S.C.C. judgments in Charter, s. 8 cases—Privacy loss was proportional to benefit gained—CPR did look at, weigh alternatives in Toronto Yard context—Alternatives not cost effective or would be disruptive of operations—Respondent's argument regarding meaning of words "except where inappropriate" in Sch., 4.3 rejected as not in harmony with scheme of Act—CPR on facts herein, entitled to collect personal information without applicant's knowledge, consent under PIPEDA, s. 7(1)(b) exemption—Important that videotaped images not viewed absent triggering event—Court accepted CPR's argument information collection takes place only if recording viewed in incident investigation—Application dismissed—Personal Information and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 5, 7(1), 13, 14, 16, 17(1)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 57 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 59(b))—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.

EASTMOND V. CANADIAN PACIFIC RAILWAY (T-309-03, 2004 FC 852, Lemieux J., order dated 11/6/04, 81 pp.)

Rehearing mandated by F.C.A.—In June 1988, applicant requested from Department of External Affairs (DEA) information about himself allegedly held in DEA/P-PU-040 (Bank 40, personal information about individual disclosed to DEA by federal bodies from ongoing investigations)—In letter dated July 8, 1988, Department refused to confirm, deny such information existed, stating would be exempt from disclosure under Privacy Act, s. 22(1)(a)—Canadian Security and Intelligence Service (CSIS) refused to confirm, deny it held information about applicant in SIS/P-PU-015 (Bank 10, relating to current, sensitive investigations)—Claimed s. 22(1)(a) exemption—Applicant informed CSIS held information about him in SIS/P-PU-015 (Bank 15, relating to older, less sensitive investigations), some of which withheld pursuant to Act—On judicial review by Federal Court of merits of exemptions claimed by DEA, CSIS, MacKay J. concluded in *Ruby v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, [1998] 2 F.C. 351 (T.D.) applications should be dismissed as exemptions validly claimed by DEA, CSIS—In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589, Court of Appeal referred two files back for redetermination—Supreme Court of Canada reversed C.A., upheld McKay J. in respect of s. 22(1)(b) ([2002] 4 S.C.R. 3)—Appropriate standard of review reasonableness—Burden of proof on party invoking exemption to justify actions when faced with request for disclosure—Determination as to whether exemption

PRIVACY—Concluded

properly invoked involving two-stage test—First, whether reasonable for head of DEA to conclude information in question fell within Act, s. 22(1)(a)—Given nature of information contained in Bank 40, sources from which such information obtained, compelling logic of department's policy, reasonable for head of DEA to invoke exemption in s. 22(1)(a)—Second, whether head of DEA properly exercised discretion given all of circumstances of case—Considering source, age of information and three criteria in s. 22(1)(a)(i) to (iii), conditions for invoking s. 22(1)(a) met, head of DEA properly exercised discretion—Under Act, s. 19, head of department obliged to refuse to disclose information obtained from another government unless it obtains consent to disclosure—Reasonable efforts made to seek consent of third party who provided requested information—Act, ss. 26, 8 prohibit disclosure of information relating to third party unless third party consents to disclosure or such disclosure otherwise justified—All of information either partially excised from pages released to applicant or exempted from disclosure of such nature that cannot be said "the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy"—Non-personal information appended to secret affidavit containing no reference to applicant, therefore not disclosed in response to request under Privacy Act—Review not raising new principles within meaning of Act, s. 52(2)—Application dismissed—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; (3rd Supp.), c. 1, s. 12; S.C. 1994, c. 35, s. 39; 2000, c. 7, s. 26), 22, 26, 52.

RUBY V. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-867-90, 2004 FC 594, von Finckenstein J., order dated 29/4/04, 24 pp.)

PUBLIC SERVICE**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Applicants filing joint grievance regarding termination of work as facilitators of sex offender rehabilitation program at Grande Cache Institution (GCI), federal penitentiary operated by Correctional Service of Canada (CSC)—Chief of Human Resources at GCI replied unable to process grievance as not employees of CSC under Public Service Employment Act—Applicants seeking judicial review of decision—Applicants hired as independent contractors—Contract providing applicants paid fee per hour for services rendered, with monthly, yearly maximums—Third such contract stipulating GST should be applied to invoices—When applied to Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) for GST numbers, informed deemed employees under contract of service, not under contract for services—Advised contracts terminated effective May 9, 2003—Applications dismissed as premature—Statutory scheme provided by Public Service Staff Relations Act (PSSRA) precluding, at this stage, application

PUBLIC SERVICE—Concluded

for judicial review—Obligation to follow prescribed remedial statutory scheme before engaging judicial review or, in some cases, action—PSSRA, s. 34 may be appropriate mechanism—Federal Court of Appeal's decision in *Professional Association of Foreign Service Officers v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 162, applied—S. 91 grievance scheme broadly worded, applies where employee feels grieved as result of occurrence or matter affecting terms, conditions of employment other than provision described in s. 91(a)(i), (ii)—Grievance officer able to determine whether grievor employee for purposes of s. 91—Applicants obligated to exhaust grievance process and, if applicable, arbitration process, before engaging Court's procedures—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 34, 91.

ESTWICK V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-946-03, 2004 FC 970, Lemieux J., order dated 20/7/04, 13 pp.)

TELECOMMUNICATIONS

Appellants challenging comments made by CRTC that, depending on circumstances, it would be prepared to make orders requiring building owners to provide local exchange carriers (LECs) with access to multi-dwelling units (MDUs) on certain terms, conditions for purposes of telecommunications services—According to appellants, CRTC exceeded jurisdiction by making such statements as having no authority under Telecommunications Act to regulate with respect to private property, to issue guidelines affecting MDUs—Act, s. 64(1) providing right of appeal from “decision” of CRTC on questions of law, jurisdiction with leave of Court—Court has no jurisdiction to hear appeal as statements by CRTC regarding jurisdiction in future cases not “decision” within meaning of s. 64(1)—CRTC has not imposed binding conditions, orders affecting legal rights of private owners of MDUs—Has simply stated that, depending on circumstances, it would be prepared to make such order in future—Comments by CRTC regarding jurisdiction merely guidelines—Act making clear distinction between guidelines, decisions, providing appeals may only be made from decisions—Act, s. 58 expressly providing guidelines not binding, in contrast to s. 52(1) which expressly provides determinations on question of fact binding, conclusive—Appeal premature—Court should not attempt to interpret, define scope of CRTC's jurisdiction under Act in abstract, in absence of particular factual context—Appeal dismissed—Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 52, 58, 64.

CANADIAN INSTITUTE OF PUBLIC AND PRIVATE REAL ESTATE COMPANIES V. BELL CANADA (A-525-03, 2004 FCA 243, Sexton J.A., judgment dated 21/6/04, 7 pp.)

TRADE-MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal pursuant to Trade-marks Act (Act), s. 56, from decision of Senior Hearing Officer (Registrar) expunging, pursuant to Act, s. 45, applicant's trade-mark “Two Girls & Design”, TMA 414825—Registrar holding evidence not showing use by applicant, The House of Kwong Sang International Ltd., but by another entity, The House of Kwong Sang Ltd.—Also concluded evidence not showing use of trade-mark as registered—As to use, evidence establishing use of least one of wares as registered in normal course of trade with consuming public during three-year period—As to use of trade-mark by applicant or some other entity, sufficient evidence to find use of trade-mark by corporate entity duly directed and supervised by applicant—As to use of each ware specified in registration, with regard to all wares registered except skin moisturizers, Registrar, based on evidence presented, exercised discretion on reasonable grounds and came to decision based on proper judicial principles—However, new evidence supporting reversal of Registrar's decision concerning jar of face cream and finding trade-mark registration TMA 414825 for trade-mark “Two Girls & Design” appearing on face cream was in use in Canada at any time during relevant period—Appeal allowed in part—Registrar's decision expunging wares listed in registration for TMA 414825 other than skin moisturizers upheld—Registrar's decision expunging trade-mark “Two Girls & Design” reversed with regard to all wares registered as skin moisturizers—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200), 56.

THE HOUSE OF KWONG SANG HONG INTERNATIONAL LTD. V. BORDEN LADNER GERVAIS (T-583-01, 2004 FC 554, Noël J., order dated 13/4/04, 25 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal under Canada Transportation Act, s. 41 from decision of respondent that appellants wrong to refuse to honour tickets purchased from travel agency at discount price—Travel agency agent for appellants by operation of rules of International Air Transport Association (IATA)—Authorized to sell tickets only at prices set out in tariffs filed by appellants with respondent, and remit sales proceeds to IATA, which then pays appellants—Apparently travel agency sold, issued tickets, kept proceeds—Tickets appeared valid—Criminal charges laid—Except in one case, no evidence that those who purchased tickets knew, could reasonably have been expected to know, of problem with purchase—Once appellants realized tickets sold for less than tariff amount, refused to honour tickets, issued replacement tickets at “discounted net fare”, less than tariff rate—After receiving complaints about appellants' refusal to honour tickets, Agency

TRANSPORTATION—Continued

required appellants to show cause why Agency should not find that they failed to comply with their tariff rules (rr. 100NW, 65) contrary to Air Transportation Regulations, s. 110(4)—Appellants argued ticket holders had not paid “applicable fare” (r. 65), and tickets “improperly issued” because “applicable fare” not paid (r. 100NW)—Agency concluded “applicable fare” ambiguous, as used to refer to different things—Agency interpreted “applicable fare” to mean amounts charged by travel agency or amounts paid by ticket holders—Because no evidence of prices paid, appellants precluded from relying on rr. 100NW, 65, failed to show cause—By virtue of limited scope of appeals under Act, s. 41, Court cannot interfere unless error of law or jurisdiction—Questions of tariff interpretation have enough of a legal component to bring them within scope of appellate review in s. 41—Standard of review reasonableness based on fact Agency specialized, expert tribunal, overseeing complex array of transportation matters, and interpretation of phrase in tariff engaging to considerable extent, this specialized know-

TRANSPORTATION—Concluded

ledge and expertise—Issue whether reasonable for Agency to conclude “applicable fare” in r. 65 not tariff rate, but amount charged or paid for ticket—Because evidence appellants not consistently operating in such way that authorized ticket prices always in tariff (e.g. participated in sale of tickets for “net fares” or discounted fares, and no evidence tariffs amended accordingly), “applicable fare” not meaning only tariff price—Risk of loss from fraudulent travel agents thus borne by carrier (i.e. appellants), not passengers— Agency’s interpretation more reasonable than appellants’—Appeal dismissed—Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 41—Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 110(4) (as am. by SOR/96-335, s. 56).

NORTHWEST AIRLINES, INC. V. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (A-407-03, 2004 FCA 238, Sharlow J.A., judgment dated 23/6/04, 17 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/cafi/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.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire du refus d'un agent d'immigration d'accorder une demande de résidence permanente pour le motif que le conjoint n'est pas admissible aux termes de l'art. 38(1)c) de la Loi—La demanderesse est venue des Philippines avec un permis de travail accordé dans le cadre du Programme d'aide familiale résidant—Elle a demandé la résidence permanente mais a reçu «une lettre d'équité» l'informant que son conjoint risquait d'être déclaré interdit de territoire en raison de son état de santé et que sa demande de résidence permanente pouvait alors être refusée—La lettre lui accordait 30 jours pour présenter d'autres observations concernant l'état de santé de son mari—Aucune observation supplémentaire présentée—Demande de prorogation du délai de 30 jours—Demande rejetée pour le motif que le mari risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Citoyenneté et Immigration Canada n'a pas respecté les principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale parce qu'elle n'a pas informé la demanderesse de la nature de la maladie dont souffrait son mari—Il réside aux Philippines et il est donc possible qu'elle n'ait pas su qu'il avait une maladie de cœur—La juge Dawson a déclaré dans *Hersi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.) que la «lettre d'équité» devait exposer au demandeur les arguments qu'il devait réfuter—La Cour ne souscrit pas à l'argument du ministre selon lequel il suffisait de mentionner que le mari souffrait d'une maladie—Demande accordée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 38(1)c).

PIMENTEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-10138-03, 2004 CF 1149, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 19-8-04, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Le ministre demande une modification à l'ordonnance prévoyant la déposition par commission rogatoire de témoins en Italie—Initialement, le ministre demandait une ordonnance pour agir suivant l'art. 12 de la Convention entre le Royaume-Uni et l'Italie relative aux actes de procédure en matière civile et commerciale—Il demande maintenant une ordonnance pour agir suivant l'art. 11—L'art. 11 ne comporte pas une procédure pour forcer les témoins à comparaître devant la commission rogatoire et les témoins qui déposent devant une commission rogatoire suivant l'art. 11 ne peuvent pas être poursuivis pour parjure—Selon la preuve par affidavit, une commission rogatoire suivant l'art. 12 siégerait dans chacun des districts dans lesquels les témoins résident—Étant donné qu'il n'existe pas une façon de coordonner les séances, plusieurs voyages en Italie seraient vraisemblablement nécessaires—Une commission rogatoire suivant l'art. 11 pourrait siéger dans un lieu central pratique pour les témoins et entendre ces témoins lors d'une seule session—Le défendeur présente les objections suivantes: 1) la preuve est faible; 2) une commission rogatoire suivant l'art. 11 causerait des iniquités parce que l'absence du pouvoir de forcer des témoins à comparaître peut entraîner que seulement les témoins les plus vindicatifs comparaitront; la possibilité qu'il y ait des poursuites criminelles est un moyen important d'empêcher que des témoins rendent de faux témoignages; 3) La règle 272(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) qui exige que les témoins déposant devant la commission rogatoire soient interrogés d'une manière qui lie ces témoins selon le droit du pays dans lequel l'interrogatoire a lieu signifie que la déposition de témoins devant la commission rogatoire ne peut avoir lieu que si la commission rogatoire a le pouvoir de forcer les témoins à se présenter et que si les témoins sont passibles d'accusations de parjure dans l'État étranger—1) Le ministre, en tant que représentant du gouvernement du Canada, un État partie à la convention, n'est pas tenu de fournir une preuve importante à l'égard de ses motifs pour invoquer un article précis de cette convention—2) La deuxième objection est fondée sur des hypothèses—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

défendeur a des mesures de redressement à sa disposition, par exemple l'art. 13 qui envisage qu'un témoin pourrait être forcé de comparaître; il serait probablement accordé peu d'importance à un témoignage rendu par un témoin qui n'était pas disposé à subir un contre-interrogatoire et il est loisible au défendeur de demander que des témoins corroborant sa position fassent des dépositions devant la commission rogatoire—L'extradition et la poursuite au Canada sont des possibilités—Le témoignage sous serment ou sous affirmation solennelle est le moyen principal d'encourager à dire la vérité—3) L'exigence de la règle 272(2) est respectée par l'obligation d'exiger que les témoignages devant la commission rogatoire soient rendus sous serment ou sous affirmation solennelle—Demande accueillie—Convention entre le Royaume-Uni et l'Italie relative aux actes de procédure en matière civile et commerciale, R.T. Can., 1935, n° 14, art. 11, 12—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 272(2).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SEIFERT (T-2016-01, 2004 CF 1711, juge O'Reilly, ordonnance en date du 7-12-04, 7 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié prononçant le désistement de la demande d'asile présentée par le demandeur aux termes de l'art. 58(2) des Règles de la Section de la protection des réfugiés—Question de savoir s'il était déraisonnable de prononcer le désistement de la demande—Le demandeur est arrivé par bateau le 26 août, et il a présenté une demande d'asile le 15 octobre 2003—Il affirme qu'on lui a demandé de remplir un Formulaire de renseignements personnels (FRP) le 22 octobre—Le formulaire devait être remis à la Commission le 19 novembre au plus tard—Le 31 octobre, la Commission a reçu une lettre du conseil du demandeur demandant la prorogation de ce délai parce que le conseil avait été retenu depuis peu, et qu'il n'avait pas obtenu de réponse à sa demande de communication de certains documents—Le 13 novembre, la Commission a écrit une lettre dans laquelle elle refusait la prorogation—Le même jour, la Commission a écrit à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) pour lui demander de transmettre sans délai «des renseignements ministériels»—Le 14 novembre, le conseil a demandé à nouveau à la Commission de proroger le délai pour qu'il dispose de cinq jours à partir de la réception des renseignements du CIC pour transmettre le FRP—Le 19 novembre, la Commission a envoyé une lettre refusant la demande—Le conseil a finalement reçu les documents le 27 novembre—La Commission a reçu le FRP rempli le 3 décembre—Le demandeur et son conseil ont comparu à l'audience de désistement le 9 décembre 2003—La Commission a jugé que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

le demandeur n'avait pas fourni d'explication satisfaisante de ce retard, qu'il avait remis le FRP six jours avant l'audience, et que sa présence à l'audience ne suffisait pas à établir qu'il ne s'était pas désisté de sa demande—Lorsque le conseil a écrit la lettre du 21 novembre, il connaissait les conséquences—La Commission ne permet pas aux demandeurs et au conseil de fixer leurs propres règles de procédure—Il n'est pas inéquitable d'obliger les demandeurs d'exposer leur cas même s'ils n'ont pas eu la possibilité de consulter les documents de CIC—Selon l'art. 58(2), la Section prend en considération à l'audience les explications fournies, tout autre élément pertinent, notamment le fait que le demandeur est prêt à commencer ou à poursuivre l'affaire—Norme de contrôle: caractère raisonnable *simpliciter* (*Ahamad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 109 (1^{re} inst.))—La directive 5 du président énonce que la non-réception des notes prises au point d'entrée ne constitue pas un motif valable pour accorder une prorogation du délai de transmission du FRP—Les motifs de la Commission ne se réfèrent pas expressément à l'art. 58(3), même si la première phrase fait allusion à la formulation de la règle—La Commission n'a pas tenu compte d'un élément pertinent: la réponse qu'a fournie la Commission à la deuxième demande de prorogation du délai était datée du 19 novembre, date à laquelle le FRP devait être remis—Le demandeur n'a donc pas eu le temps de respecter la décision de la Commission—Il est difficile de comprendre comment la Commission a pu conclure «[qu']après le rejet de la deuxième demande, le demandeur avait encore plusieurs jours pour transmettre son FRP [...] dans le délai prescrit mais [qu']il ne l'a pas fait»—En refusant une demande de prorogation de délai le jour même de la date fixée pour la remise du document, la Commission a violé un principe fondamental d'équité procédurale—Le fait que le demandeur ait assisté à l'audience, accompagné par son conseil, indique qu'il était prêt à commencer l'affaire—Il ne s'agit pas d'un cas où le demandeur n'a manifesté aucun intérêt à poursuivre la demande d'asile—Le conseil a fait preuve de diligence dans cette affaire—Demande accueillie—Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 6(1), 58(2), (3).

LIANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-141-04, 2004 CF 989, juge Beaudry, ordonnance en date du 14-7-04, 9 p.)

STATUT AU CANADA*Résidents permanents***Raisons d'ordre humanitaire**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la conseillère en immigration a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

motifs d'ordre humanitaire pour justifier que soit accordée au demandeur une dispense d'application de l'exigence prévue par l'art. 11(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—Le demandeur est un citoyen de la Corée âgé de 34 ans qui est entré au Canada le 11 janvier 1999 pour étudier l'anglais—Le demandeur a obtenu un permis de travail en 2000 alors que son épouse étudiait au Canada—On a refusé au demandeur une prorogation de son permis de travail lorsqu'il a divorcé en septembre 2001 et l'épouse et les enfants sont retournés en Corée—Le demandeur s'est remarié en avril 2002 et il a présenté, sur le fondement de motifs d'ordre humanitaire, une demande de dispense d'application des exigences prévues pour l'obtention d'un visa de résident permanent suivant l'art. 114(2) de l'ancienne Loi sur l'immigration—La demande a été refusée suivant l'art. 11(1) de la LIPR—La question est celle de savoir si le défendeur a commis une erreur de droit en omettant d'examiner suivant les art. 123 et 124 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) la demande de résidence permanente présentée par le demandeur—Le demandeur n'a pas présenté une demande en tant que membre de la catégorie des époux au Canada suivant la LIPR—Il n'a pas non plus rempli et déposé une «Demande de résidence permanente présentée au Canada»—La question de savoir si la conseillère en immigration est tenue de convertir une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée suivant l'ancienne loi en une demande présentée afin de devenir un résident permanent en tant que membre de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada suivant la LIPR est-elle une question de droit?—La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte—Un agent d'immigration n'a pas le pouvoir en vertu de la LIPR ou du Règlement de convertir une demande pour des motifs d'ordre humanitaire présentée suivant l'ancienne loi en une demande dans la catégorie des époux au Canada suivant la LIPR—Le demandeur aurait dû, afin de pouvoir être apprécié suivant la nouvelle disposition se rapportant à la catégorie des époux au Canada, présenter une demande dans cette catégorie et retirer l'ancienne demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire qu'il avait déjà présentée—Les avantages de la LIPR n'ont pas été refusés au demandeur, il a simplement omis de présenter une demande à cet égard—Bien qu'il puisse y avoir une confusion pour les demandeurs lorsqu'il y a une transition d'un régime législatif à un autre, un demandeur doit être attentif et s'informer relativement aux conséquences qu'aura la nouvelle loi, le cas échéant, sur sa demande—L'art. 190 de la LIPR n'oblige pas un agent d'immigration à convertir une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en instance en une demande d'admission en tant que membre de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada—Une obligation à cet égard imposerait un fardeau impossible aux agents d'immigration qui devraient faire des hypothèses à l'égard de ce que les demandeurs tentent d'obtenir dans le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

contexte de la nouvelle loi—Dans la présente affaire, il n'y avait pas de demande qui avait été présentée suivant les dispositions de la LIPR se rapportant à la nouvelle catégorie des époux au Canada—Par conséquent, il n'était pas déraisonnable pour la conseillère en immigration d'évaluer suivant les dispositions se rapportant aux circonstances d'ordre humanitaire la demande présentée par le demandeur—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1), 190—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2)—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 123, 124.

YUN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7024-03, 2004 CF 1062, juge Blanchard, ordonnance en date du 4-8-04, 14 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) de refuser la pleine divulgation de documents requise par la demanderesse, en conformité avec le protocole de l'ADRC appelé «Renouvellement des appels»—La demanderesse a été imposée par l'ADRC en application de la Loi sur la taxe d'accise et a demandé de recevoir le dossier complet de vérification—L'ADRC a refusé de lui communiquer certains renseignements de tiers car, selon elle, la Loi faisait obstacle à leur divulgation—Le procureur général conclut maintenant au rejet de la demande au motif que la Cour n'est pas compétente, un appel à la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) étant possible—Subsidiairement, le procureur général réclame, en application des règles 3, 4, 54 et 221 des Règles de la Cour fédérale (1998) (ou conformément au pouvoir que détient la Cour sur sa propre procédure), une ordonnance radiant la demande—Selon lui, la demande n'a aucune chance de réussir parce qu'elle se fonde sur le principe des attentes légitimes pour empêcher l'accomplissement d'une obligation publique et pour restreindre un pouvoir discrétionnaire—Les dispositions applicables de la Loi sont reproduites intégralement dans les motifs de l'ordonnance—Puisque le M.R.N. n'a pas répondu aux avis d'opposition de la demanderesse dans le délai de 180 jours (art. 306 de la Loi), alors, selon le procureur général, le recours dont dispose la demanderesse est un appel à la C.C.I. pour qu'elle annule les cotisations ou qu'elle ordonne une nouvelle cotisation—Le procureur général a fait aussi valoir que tout différend sur la communication de documents doit être porté devant la C.C.I. et que la Cour fédérale est empêchée d'intervenir par l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales—La demanderesse dit que, puisqu'elle sollicite le contrôle judiciaire du refus de l'ADRC de lui

DOUANES ET ACCISE—Suite

communiquer les renseignements, et non le contrôle judiciaire des cotisations, l'art. 18.5 ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence—Une divulgation intégrale selon l'art. 295 de la Loi sur la taxe d'accise est essentielle pour qu'elle soit en mesure de faire valoir ses avis d'opposition—Les règles relatives aux attributions de compétence ont été examinées par le protonotaire Morneau dans l'affaire *Beaudry c. Canada (Agence des douanes et du revenu)* (2001), 215 F.T.R. 18 (C.F. 1^{re} inst.), où il écrivait que «l'article 18.5 impose l'utilisation prioritaire des voies d'appel prévues par la loi et, à cette fin, écarte le contrôle judiciaire»—Mais, bien que la Cour fédérale n'ait pas compétence sur les procédures de contrôle judiciaire visant à faire annuler ou réformer des impositions, la présente demande n'est pas une tentative déguisée de la demanderesse de contester ses impositions—La demanderesse devrait bénéficier d'une tribune où elle puisse faire valoir que la décision de l'ADRC était illégale—L'art. 18.5 ne prive pas la Cour de sa compétence dans la présente affaire—La demanderesse ne contestait pas le fond même des impositions—L'art. 18.5 empêche le contrôle judiciaire d'une décision uniquement dans la mesure où cette décision est susceptible d'appel devant la C.C.I.—La Loi sur la taxe d'accise ne prévoit pas un droit d'appel à l'encontre de la décision du ministre de refuser la divulgation—La décision de non-divulgation n'est pas si étroitement liée aux impositions au point que toute contestation de cette décision soit transformée en une contestation des impositions—L'approche défendue par le procureur général forcerait les contribuables à déposer des avis d'opposition non fondés sur une connaissance des faits, avis qui auraient peu de chances de succès—L'objet de l'avis d'opposition est de donner au contribuable une véritable occasion de persuader le ministre du Revenu national que son imposition devrait être annulée ou redressée—L'avis d'opposition n'est pas une procédure à laquelle un contribuable doit dans les faits renoncer, lorsqu'il conteste la suffisance de la divulgation—Comme l'écrivait la juge Sharlow, J.C.A., dans l'arrêt *Webster c. Canada* (2003), 312 N.R. 236 (C.A.F.), ce n'est qu'une fois achevée la procédure d'opposition que le contribuable sera privé de la possibilité de soutenir devant la Cour fédérale, par demande de contrôle judiciaire, que la procédure utilisée par le ministre n'a pas été équitable—La demande a été déposée avant que ne soit achevée la procédure d'opposition—Le fait d'obliger un contribuable à renoncer à une importante procédure d'opposition risque de contrarier les dispositions législatives qui concernent la divulgation de documents—La Cour fédérale a compétence pour juger cette affaire—Le fait pour la demanderesse de s'adresser directement à la C.C.I. ne constituerait pas un autre recours adéquat—Dans le présent contexte, le mécanisme d'opposition est distinct de la procédure introduite par voie d'appel devant la C.C.I., et la décision contestée n'est pas véritablement interlocutoire—La Cour n'a pu également souscrire à l'argument du procureur

DOUANES ET ACCISE—Fin

général sur la question des attentes légitimes—La mesure des obligations de divulgation de l'ADRC, les intérêts rivaux en jeu et le protocole de renouvellement des appels sont des questions relevant du juge qui entendra la demande de contrôle judiciaire—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 128; 1996, ch. 21, art. 67; 1997, ch. 10, art. 236; 1998, ch. 19, art. 284; 1999, ch. 23, art. 38; 2000, ch. 14, art. 33; 2001, ch. 17, art. 260; 2003, ch. 15, art. 68), 306—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 4, 54, 221.

SCOTT SLIPP NISSAN LTD. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-2195-03, 2004 CF 1096, juge O'Keefe, ordonnance en date du 10-8-04, 23 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Vie, liberté et sécurité

Contrôle judiciaire demandant une exemption constitutionnelle fondée sur l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, ou subsidiairement, demandant que Santé Canada traite la demande du demandeur en vertu de l'art. 56 de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances sans exiger des déclarations d'un psychiatre—Le demandeur souffre du syndrome post-traumatique (SPT) depuis qu'il a été victime d'un acte criminel en 1977—Il a présenté à Santé Canada, en vertu de l'art. 56 de la Loi, une demande d'exemption lui donnant l'autorisation de posséder de la marijuana pour des fins médicales—Santé Canada a demandé que le demandeur obtienne un rapport d'un psychiatre et qu'il donne des précisions concernant les différents traitements qu'il avait déjà essayés et ceux qu'il utilisait à ce moment-là—Après avoir reçu deux lettres du médecin traitant du demandeur qui ne répondaient pas à ses exigences, et après avoir averti le demandeur à deux reprises de l'information que ce dernier devait lui faire parvenir, Santé Canada a refusé la demande du demandeur en raison du défaut de celui-ci de fournir les déclarations requises, d'où la présente demande—Distinction faite d'avec *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481—Le demandeur en l'espèce devait démontrer qu'il a un droit constitutionnel à consommer de la marijuana, ce qu'il n'a pas fait—La preuve médicale soumise par le demandeur ne permet pas de conclure que la consommation de marijuana est raisonnablement requise pour le traitement de sa condition médicale—La lettre du médecin traitant du demandeur, un médecin généraliste et non pas un spécialiste dans le traitement des SPT, ne constitue pas une preuve convaincante

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

que le demandeur requiert un usage médical de la marijuana pour traiter son SPT—La preuve médicale d'un médecin spécialiste démontre qu'une personne souffrant des symptômes du SPT ne devrait pas consommer de marijuana—D'autres traitements efficaces et légaux sont disponibles—La marijuana n'est pas le seul traitement efficace disponible—L'art. 7 de la Charte n'a pas été violé—La demande subsidiaire est refusée puisque la décision du défendeur n'est pas manifestement déraisonnable et que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement en exigeant la déclaration d'un psychiatre—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 56.

DUPUIS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-450-01, 2004 CF 919, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 25-6-04, 8 p.)

DROIT INTERNATIONAL

Omar Khadr est un Canadien de 17 ans détenu dans le camp Delta à la baie de Guantánamo par les États-Unis en raison de sa participation alléguée aux activités d'Al-Qaida en Afghanistan—Les demandeurs soutiennent que Khadr a été interrogé à plusieurs reprises, qu'il n'a pas été traduit devant un tribunal, qu'il s'est vu refuser l'accès à un avocat et à des représentants consulaires—Il fait face maintenant à des poursuites devant un tribunal militaire et pourrait être condamné à mort pour des événements survenus quand il avait 15 ans—La famille de Khadr a présenté à la C.F. une demande en vue d'obtenir une ordonnance obligeant le gouvernement à lui fournir des services consulaires et diplomatiques—Les demandeurs soutiennent que l'omission de fournir ces services est contraire à la Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (LAECI), et porte atteinte aux droits reconnus par la Charte—Il est également allégué que des représentants du gouvernement canadien ont interrogé Khadr à la baie de Guantánamo, et qu'ils ont ensuite transmis les renseignements ainsi obtenus à des agents américains—Le ministre sollicite maintenant la radiation de l'avis de demande parce qu'elle contrevient à la règle 302 des Règles de la Cour fédérale (1998), étant donné qu'il constitue un abus de procédure, la demande étant semblable à la déclaration déposée dans une action en responsabilité découlant des interrogatoires et ne révélant aucune cause d'action—Le demandeur recherche les mesures de réparation suivantes: 1) une ordonnance de *mandamus* concernant la prestation de services consulaires; 2) une ordonnance interdisant aux agents du gouvernement canadien d'interroger Khadr et déclarant que

DROIT INTERNATIONAL—Suite

les interrogatoires déjà effectués étaient contraires à la Charte—La mesure de réparation 2) est la même que celle qui est sollicitée dans la demande connexe—Il est contraire à la règle 302 de contester deux décisions dans le cadre d'une seule demande à moins que la décision fasse partie d'une même série d'actes: *Truehope Nutritional Support Ltd. c. Canada (Procureur général)* (2004), 251 F.T.R. 155 (C.F.)—La première série de décisions contestées concerne l'omission de fournir des services consulaires—La seconde série de décisions vise les interrogatoires d'Omar par des agents canadiens—Les deux séries de décisions ont été prises à des époques différentes, touchent des aspects différents et ne constituent donc pas une même série d'actes—L'avis de demande serait contraire à la règle 302 s'il n'était pas modifié et le fait de demander la même réparation dans deux instances parallèles constitue un abus de procédure—La bonne administration de la justice, le souci d'utiliser efficacement les ressources judiciaires exigent que soient radiées les parties de l'avis de la demande qui concernent les interrogatoires—De cette façon, la demande ne portera que sur une seule décision; cela évitera le dédoublement des instances puisque toutes les questions touchant les interrogatoires seront abordées dans l'action, et les autres sujets dans la demande—Quant à la violation de la Charte alléguée, les demanderessees n'ont pas démontré que la décision du ministre constituait un «préalable nécessaire» (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3) aux actions du gouvernement et au traitement actuel et futur d'Omar Khadr par le gouvernement américain—Absence de preuve indiquant que sa situation est identique à celle d'autres détenus du camp Delta qui ont été libérés à la suite de l'intervention des gouvernements du R.-U., de la France et de l'Afghanistan—Il n'est donc pas «parfaitement prévisible» (*Suresh*) que l'intervention du gouvernement du Canada entraînerait les mêmes résultats—L'art. 7 de la Charte restreint la capacité de l'État de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et n'impose à l'État aucune obligation positive de garantir à chacun le respect de ses droits: *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429—Contrairement à l'affaire *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, Khadr n'a jamais été sous la garde de fonctionnaires canadiens de sorte que le raisonnement tenu dans *Gosselin* s'applique en l'espèce—Les demandeurs n'ont pas établi le «lien causal suffisant» exigé par les arrêts *Burns* et *Suresh*—Les parties de l'avis de demande concernant les violations de la Charte sont radiées—Les demandeurs invoquent l'art. 10 de la LAECI: «Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère la présente Loi, le ministre dirige (a) les relations diplomatiques et consulaires du Canada»—Ils soutiennent que cette disposition impose au ministre l'obligation de fournir les services qu'a demandés Khadr en raison de la notion d'attente légitime ou des principes du droit international—La

DROIT INTERNATIONAL—Fin

publication intitulée «Guide à l'intention des Canadiens emprisonnés à l'étranger» énonce que le gouvernement «fera tout en son pouvoir pour s'assurer qu'un» Canadien détenu à l'étranger est traité «de manière équitable»—Ce guide énonce aussi que les fonctionnaires consulaires sont tenus de faciliter la communication entre le détenu et son avocat, et contient une liste des services supplémentaires fournis—Existence d'arguments convaincants établissant que la LAECI et le Guide créent des attentes légitimes chez les citoyens canadiens détenus à l'étranger qui peuvent s'attendre à recevoir la plupart des services demandés par Khadr—En l'espèce, les attentes comportent des éléments procéduraux et substantiels—Dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï v. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, la majorité n'a pas abordé la question de savoir si une attente peut viser certains résultats substantiels—Le juge Binnie, dissident, note que la distinction aspect procédural/aspect substantiel a été supprimée en Angleterre et en Australie—Dans l'affaire *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (C.A.) du R.-U., la Cour a jugé que diverses mesures et déclarations faites par le gouvernement avaient créé une attente légitime à l'égard des services consulaires—Le raisonnement tenu dans cette affaire est applicable à la présente espèce—Argument selon lequel il convient d'interpréter l'art. 10 en tenant compte de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dont le Canada est signataire—Il faut donner aux lois une interprétation qui soit conforme aux obligations internationales du Canada—L'arrêt de la Cour internationale de justice *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] I.C.J. 3 énonce que la Convention accorde effectivement aux individus le droit de recevoir les services sollicités par les demandeurs en l'espèce—Les demandeurs devraient avoir la possibilité de présenter des preuves de l'existence d'une coutume internationale à l'égard de la prestation de certains services consulaires—La Cour n'est pas disposée à radier la demande parce qu'elle ne révèle pas une cause d'action—Les demandeurs sont invités à présenter un projet d'ordonnance, à modifier l'avis de demande conformément à la présente décision—Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 2) 10 (mod., *idem*, art. 7)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie 1 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—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302—Convention de Vienne sur les relations consulaires, 19 mars 1967, 596 R.T.N.U. 261.

KHADR C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES)
(T-86-04, 2004 CF 1145, juge von Finckenstein,
ordonnance en date du 18-8-04, 15 p.)

DROIT MARITIME**CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

Priorités—Ventes, approuvées par la Cour, de quatre navires saisis, le *Golden Trinity*, l'*Ypapadi*, le *Kimisis III* et le *Zoodotis*, navires gérés par la société Pronoia Ship Agents & Brokers Inc. (Pronoia)—Ils ont tous été vendus au-dessus de leur valeur d'expertise—Une vingtaine parmi les réclamations visant le produit des ventes ont été réglées par consentement, essentiellement parce qu'elles constituaient des privilèges maritimes qui leur conféraient un rang prioritaire évident—Les revendicatrices du solde du produit des ventes, en leur qualité de créancières hypothécaires, étaient la Royal Bank of Scotland plc (la RBS), créancière hypothécaire du *Ypapadi*, du *Golden Trinity* et du *Kimisis III*, et la Nedship Bank N.V. (Nedship), créancière hypothécaire du *Zoodotis*—La principale difficulté à laquelle se heurtaient les banques concernait les réclamations de Tramp Oil & Marine Limited (Tramp) au titre du combustible fourni aux quatre navires défendeurs et à divers autres navires, lesquels étaient eux aussi gérés par Pronoia, et qui seraient des navires du même propriétaire (ou navires jumeaux)—Tramp fondait ses réclamations en partie sur un privilège maritime se rapportant au combustible fourni au *Golden Trinity*, mais pour l'essentiel sur une contestation de la sûreté détenue par les banques et sur les agissements des banques—Les sûretés initiales de la RBS et de Nedship étaient solides—1) Le privilège maritime allégué par Tramp contre le *Golden Trinity* reposait sur le fait qu'une firme d'approvisionnements en combustible agissant sur les directives de Tramp avait fourni du combustible de soute dans un port américain—Tramp a prétendu plus tard qu'elle était subrogée dans le privilège maritime de son fournisseur américain, Petro-Diamond Inc., en vertu du principe de la subrogation et en vertu de la règle américaine appelée «règle des avances»—Petro-Diamond serait fondée à revendiquer un privilège maritime américain contre le *Golden Trinity*, bien que la facture de Petro-Diamond pour le combustible eût été adressée à Tramp—Présomption, en droit américain, selon laquelle celui qui fournit des nécessités à un navire acquiert un privilège maritime; quiconque entend réfuter cette présomption a la charge d'établir que le fournisseur des nécessités entendait délibérément renoncer à un privilège maritime—Il y a eu relation continue, durant de nombreuses années, entre Tramp et Pronoia—Le paiement de Tramp à Petro-Diamond visait à satisfaire la réclamation de Petro-Diamond à l'encontre du *Golden Trinity*, c'est-à-dire à rembourser une somme avancée à un navire—L'avance résultait bel et bien de directives, celles de Pronoia—La somme avancée par Tramp a servi à satisfaire la créance privilégiée de Petro-Diamond—Vu la nature du commerce mondial du combustible de soute, il n'y avait aucun lien réel avec l'Angleterre, si ce n'est la clause du contrat de Tramp relative à l'élection de la loi applicable—La propriété, la gestion et l'immatriculation du navire n'offraient aucun fil

DROIT MARITIME—Suite

commun—Cependant, la preuve révélait une exploitation systématique des navires de Pronoia aux États-Unis, ainsi que d'importants approvisionnements en combustible dans les ports américains—L'avantage commercial et économique, un avantage réciproque, avait pris naissance à Long Beach, en Californie—La loi américaine était donc la loi la mieux à même de s'appliquer ici—La fourniture du combustible de soute donnait lieu ainsi à un privilège maritime et à une compétence maritime—Le droit de Tramp à un privilège maritime résultait d'une subrogation par l'effet du droit américain, subrogation qui avait eu lieu lorsque la facture de Petro-Diamond avait été payée par Tramp—Cette partie de la réclamation de Tramp, pour la somme de 55 211,10 \$, qui comprenait les intérêts au 30 juin 2001, s'est vu accorder le rang d'un privilège maritime—2) Tramp, à l'appui de sa revendication d'un privilège maritime pour le combustible fourni au *Golden Trinity*, alléguait aussi un privilège contractuel pour ce compte—Le rang d'un tel privilège contractuel était inférieur à celui d'une hypothèque et même n'élevait pas une telle réclamation au-delà d'autres réclamations statutaires *in rem* pour nécessités—Un tel droit bilatéral fondé sur un contrat ne justifie pas un rang susceptible de frustrer un tiers détenant une priorité établie, compte tenu des priorités accordées aux titulaires de sûretés hypothécaires maritimes et aux fournisseurs de nécessités ayant une réclamation statutaire canadienne *in rem*—3) Les privilèges maritimes américains de Tramp pour le combustible, sur des navires qui sont peut-être des navires jumeaux, ne peuvent être exécutés en tant que tels au Canada à l'aide de la procédure de la Cour fédérale relative aux navires jumeaux—Le contexte et l'objet de la législation sur les navires jumeaux (ou navires d'un même propriétaire) sont exposés dans l'affaire *Norcan Electrical Systems Inc. c. FB XIX (Le)*, [2003] 4 C.F. 938 (1^{re} inst.)—Le principe des navires jumeaux trouve son fondement dans l'article 3 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer, Bruxelles, 1952—Le Canada n'a pas ratifié la Convention de Bruxelles de 1952, mais il a adopté des dispositions sur les navires jumeaux, à savoir l'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale—Le texte de la disposition relative aux navires jumeaux, c'est-à-dire l'art. 43(8), dans sa version française, permet à un demandeur d'invoquer la compétence de la Cour fédérale en matière réelle à l'égard d'un navire qui, au moment de l'introduction de l'action, appartenait au véritable propriétaire du navire en cause dans l'action—La norme d'après laquelle doit être établie une relation de navires jumeaux est celle de la prépondérance de la preuve, appelée aussi degré raisonnable de probabilité, c'est-à-dire qu'il faut que l'on puisse conclure à la probabilité que les navires en question appartiennent au même propriétaire—Même si le recours contre un autre navire du même propriétaire constitue un recours extraordinaire, qui ne saurait être exercé à la légère,

DROIT MARITIME—Suite

c'est quand même cette norme civile de preuve qui est applicable—Il ne s'agit pas ici d'un cas où les probabilités sont sensiblement égales, mais d'un cas où l'absence d'une telle situation est la plus probable—La partie qui affirme que plusieurs navires appartiennent au même propriétaire doit prouver cette affirmation—C'est une tâche très difficile à accomplir lorsque, comme c'est le cas ici, les propriétaires enregistrés, voire tous ceux qui pourraient être les propriétaires véritables, ou qui sont les premiers renseignés, ont abandonné leurs entreprises et leurs navires, et qu'il n'y a plus ni aucun document ni aucun témoin qui puisse dire qui récoltait les bénéfices générés par ces navires, ni qui avait droit à tels bénéfices—Au mieux, Tramp a établi la probabilité que Peter Lygnos, le responsable de Pronoia, était un propriétaire véritable, mais non qu'il était le propriétaire véritable—La prépondérance de la preuve montre que d'autres membres de la famille étaient eux aussi des propriétaires véritables—Le propriétaire véritable dont parle l'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale n'est toujours pas désigné—4) Selon Tramp, il devrait, en vertu de l'*equity*, y avoir réaménagement du classement des réclamations pour nécessités, à savoir la fourniture de combustible de soute, parce que les deux banques auraient dû agir plus rapidement dans la réalisation de leurs sûretés, ce qui aurait eu pour effet de mettre fin plus tôt aux activités de Pronoia—En droit canadien, le rang accordé aux fournisseurs de combustible est inférieur au rang accordé aux titulaires de sûretés hypothécaires, en l'occurrence la RBS et Nedship—L'ordre habituel de priorité ne saurait être modifié simplement parce qu'une banque prêteuse s'efforce d'établir une ligne de conduite qui soit avantageuse à la fois pour ses clients et pour elle-même—Il n'existe aucune preuve que les banques aient fomenté secrètement l'achat des navires—Les navires ont été, pour la plupart, vendus lors d'enchères publiques, des enchères très concurrentielles, puisque les prix ont dépassé les valeurs constatées par expertise—Tramp n'a pas établi les circonstances très particulières qui appelleraient un réaménagement de l'ordre de priorité établi de longue date, pour avantager Tramp ou d'autres fournisseurs de nécessités—Selon son propre témoignage, Tramp ne s'est pas acquittée de son obligation très onéreuse de prouver qu'une entorse à l'ordre habituel de priorité est nécessaire pour prévenir une évidente injustice—5) Calogeras Marine Inc. (Calogeras) et Calogeras & Master Supplies Inc. sont des marchands établis de longue date de fournitures pour bateau et de nécessités, notamment pour les navires prétendument rattachés à Peter Lygnos—Réclamations valides uniquement si les navires sont des navires d'un même propriétaire—La preuve produite n'a pas établi que les navires appartenaient au même propriétaire—Même si elle l'avait établi, la garantie détenue par la RBS et par Nedship étant une garantie solide, les réclamations de Calogeras et de Calogeras & Master, en tant que droits réels statutaires, ont un rang inférieur aux réclamations des

DROIT MARITIME—Suite

demandereses, la RBS et Nedship, les créancières hypothécaires—Réclamations rejetées—6) Aduanera Columbia S.I.A. Ltd. avait fourni des marchandises au *Golden Trinity* pour la somme de 100 663,48 \$, soit un chiffre net contre paiement reçu—Aduanera détenait par subrogation un privilège maritime en ce qui concernait les droits de douane des feux et balises, pour la somme de 1 961,53 \$ et, s'agissant du capitaine, pour les services de pilotage et de remorquage, selon la somme de 3 377,09 \$, soit un total de 5 338,62 \$—Aduanera a droit aussi à une part proportionnelle des intérêts courus sur le produit de la vente du *Golden Trinity*—7) Seul un réaménagement de l'ordre de priorité permettrait à United Maritime Supplies Inc., un fournisseur canadien de nécessités, d'obtenir satisfaction—Comme dans le cas de Tramp, United Maritime ne s'est pas acquittée de l'obligation d'établir les circonstances particulières requises pour justifier un réaménagement de l'ordre de priorité—Il est malheureux que les fournisseurs canadiens de nécessités ne jouissent pas du même privilège maritime dont bénéficient les fournisseurs américains—La réclamation de United Maritime est rejetée—8) Les sommes payées au titre des honoraires du shérif et des commissions bénéficient d'un rang prioritaire, ainsi que les réclamations substantielles des banques, pour les sommes payées par elles, qui sont réputées les frais du prévôt, c'est-à-dire les salaires payés aux membres d'équipage, les redevances portuaires et les droits de pilotage, les vivres, l'eau, les réparations et les frais de rapatriement des équipages—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 43(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12)—Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer, 10 mai 1952, 439 R.T.N.U. 193, art. 3.

ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC C. *GOLDEN TRINITY* (LE) (T-32-99, T-38-99, T-119-99, T-186-99, 2004 CF 795, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 31-5-04, 96 p.)

PRATIQUE

Les demandereses réclament des dommages-intérêts et autres réparations suite au transport d'une cargaison de granit poli d'Italie au Canada—La Cour a conclu que l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime s'appliquait en l'instance, et elle a condamné les défendeurs à payer les dépens quelle que soit l'issue de la cause—Les défendeurs associés au navire *Katsuragi* (les défendeurs *Katsuragi*) ont fait appel—La C.A.F. a accueilli l'appel, déclaré que l'art. 46(1) ne s'appliquait pas et accordé aux défendeurs *Katsuragi* les dépens en première instance et en appel—Les dépenseurs *Katsuragi* déclarent que le règlement signé en Allemagne portant que chaque partie devait absorber ses propres dépens n'excluait pas leur droit aux dépens devant la

DROIT MARITIME—Fin

Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, et qu'il n'est pas pertinent dans la présente taxation—Dans *VMC Corp. c. Zodiac Ltée*, [1977] 2 C.F. 183 (1^{re} inst.), la Cour a conclu que «le fait d'entreprendre une "démarche dans une procédure" comprend celui d'accomplir un acte, exigé par les règles, afin de faire progresser les procédures jusqu'au stade final»—Dans sa continuité, un litige est constitué de démarches, qui sont dictées par les lois, les règlements ou la pratique, et qui sont distinctes l'une de l'autre au sens qu'il s'agit d'événements ou de choses dissociables—Le fait qu'il y a eu un jugement dans le litige n'implique pas que les procédures interlocutoires par la suite sont de nature différente de celles qui ont précédé le jugement—La taxation des dépens dans les présentes circonstances est une démarche ou événement nécessaire pour fixer la somme de tout octroi de dépens, avant qu'une démarche ne soit prise pour le faire appliquer—Cette dernière démarche comprendrait une décision sur les questions comme celle du droit de procéder dans notre ressort—Le mémoire de dépens des défendeurs *Katsuragi*, déposé pour une somme de 4 649,60 \$, est taxé à 3 940,10 \$—Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46(1).

INCREMENTA-SALERNO MARMU AFFINI SICILIANI (I.S.M.A.S.) S.N.C. C. *CASTOR* (LE) (T-2330-00, 2004 CF 1047, officier taxateur Stinson, taxation des dépens en date du 28-7-04, 6 p.)

ENVIRONNEMENT

Le ministre de l'Environnement a annoncé son intention de renvoyer l'installation d'oxydeur thermique à haute température de la demanderesse (ayant pour but de débarrasser les sols contaminés des polluants), située au Nouveau-Brunswick, à une commission d'examen pour une évaluation environnementale transfrontalière, en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—Le ministre était d'avis que les données disponibles étaient trop limitées pour être certain qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter de la santé humaine—L'avis initial a été donné sous forme de communiqué de presse et suivi d'une lettre expédiée à la demanderesse par l'Agence canadienne d'évaluation environnementale—En sollicitant le contrôle judiciaire, la demanderesse affirme que, en fait, le ministre n'a pas rendu de décision, de sorte que la commission d'examen ne peut aller de l'avant—ou que s'il a rendu une décision, il n'était pas autorisé par le Parlement à le faire puisque l'installation n'était plus un «projet», la construction étant complétée à 90 p. 100—On a aussi soutenu que la décision était déraisonnable et inéquitable—En vertu de l'art. 46 de la Loi, le ministre peut renvoyer un projet provincial à une commission d'examen fédérale s'il est d'avis qu'un projet peut entraîner des effets environnementaux négatifs importants dans une autre province ou sur une réserve mise de côté pour

ENVIRONNEMENT—Suite

une bande indienne—La demanderesse a fait valoir que le ministre n'a jamais renvoyé son installation à une commission d'examen puisqu'il n'a jamais signé de directive, mais qu'il a simplement émis un communiqué de presse—La Cour n'était pas de cet avis puisque ni la Loi ni la common law ne prescrivent la forme de la prise de décision—Rien n'indique que la décision d'exercer un pouvoir discrétionnaire doit être mise sous forme écrite—Unique conclusion: le ministre a donné des directives pour que l'Agence publie le communiqué de presse faisant part de sa décision—Cela constituerait une intrusion inappropriée dans le fonctionnement du ministère si la Cour exigeait un affidavit, soit du ministre ou soit de l'Agence, confirmant la décision—Le ministre et l'Agence étaient maîtres de leur propre procédure: *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3—Le communiqué de presse peut constituer un avis suffisant: *Stratégies St-Laurent c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1998), 156 F.T.R. 273 (C.F. 1^{re} inst.)—La Loi n'autorise que les évaluations environnementales de «projets»—Selon l'art. 2 de la Loi, «projet» signifie la réalisation—y compris l'exploitation—d'un ouvrage ou la proposition d'exercice d'une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement—Selon le ministre, il n'a pas soumis la construction de l'installation à un examen, mais uniquement l'exploitation qui y est envisagée—Les intervenants, dont la Première nation d'Eel River Bar, ont également fait remarquer que la délivrance du permis de construction fait l'objet d'un appel—Examen du but et de l'historique du projet—L'installation de la demanderesse utilisera un four tournant dans le but de volatiliser les hydrocarbures entraînés provenant d'emplacements de friche industrielle en Amérique du Nord—Elle traiterait jusqu'à 100 000 tonnes de sol chaque année—Après un renvoi à un comité d'examen technique et l'imposition de certaines conditions, l'autorisation de construire a été accordée en vertu de la législation provinciale en matière d'assainissement de l'air et de l'environnement—Une coalition de citoyens du Nouveau-Brunswick et du Québec a déposé une plainte auprès du ministre au sujet de «l'incinérateur de déchets toxiques projeté», affirmant que le processus d'évaluation environnementale provincial comportait des failles—Les chefs indiens avaient de sérieuses préoccupations au sujet des effets négatifs qui seront causés à leurs collectivités et à la faune—L'installation de la demanderesse ne constituait plus un «projet» au moment où elle a été renvoyée à une commission d'examen par le ministre—Par conséquent, le ministre agissait illégalement et la commission d'examen ne pouvait aller de l'avant—Il n'était pas nécessaire de déterminer exactement quand l'installation a dépassé l'étape de «projet»—L'économie générale de la Loi est d'empêcher que des travaux qui peuvent être préjudiciables à l'environnement soient exécutés—Mais l'approbation d'un projet ne constitue pas un permis de polluer—Si l'installation de la demanderesse pollue, elle pourrait être fermée—L'installation avait passé le point de non-retour lorsqu'on a

ENVIRONNEMENT—Fin

présenté une requête au ministre pour qu'une commission d'examen soit établie—Les motifs du juge Linden, J.C.A. dans l'arrêt *Bande indienne des Tsawwassen (Conseil) c. Canada (Ministre des Finances)* (2001), 270 N.R. 145 (C.A.F.), signifient qu'une fois qu'un projet est approuvé et que la construction est commencée, l'approbation ne peut pas être réexaminée—Les évaluations environnementales doivent être effectuées lorsque les projets sont au stade de la planification—Bien que la Loi ait été modifiée après l'arrêt *Tswwassen*, rien n'indique que le Parlement a voulu établir une ligne temporelle différente à l'égard des projets ayant un lien fédéral occulte en raison des effets transfrontaliers, par opposition à un lien direct en vertu de l'art. 5—Quant à la question de savoir si la décision était déraisonnable, selon la demanderesse, la science est telle que la concentration maximale de polluants sera à 200 mètres de la source, ce qui est bien en-deça des limites de sa propriété—Étant donné que les conseillers du ministre ont considéré improbables les effets transfrontaliers et que le ministre, répondant à la Chambre des communes à une question d'un député du Bloc Québécois, a mentionné que l'installation de la demanderesse était une affaire locale, le ministre savait, ou aurait dû savoir, que la Loi n'avait aucune application—Le ministre n'était pas «abandonné à son sort» par la déclaration de Santé Canada qui a dit être incapable d'affirmer avec une «confiance absolue» qu'il était impossible qu'il y ait des effets transfrontaliers—Mais compte tenu du fait que l'installation en cause n'est pas un «projet», il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si la décision était déraisonnable—Ce n'est pas à la Cour d'examiner la question de savoir si le renvoi à une commission était motivé politiquement (une élection fédérale a été déclenchée seulement deux jours après le communiqué de presse initial en l'espèce): voir les remarques du juge Dickson (alors juge à la Cour suprême du Canada) dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, à la p. 112—En ce qui a trait à l'iniquité de la décision, il est douteux que le ministre ait été justifié de commander des études après que la demanderesse eut dépensé 29 millions de dollars pour l'installation—Demande accueillie avec dépens mais non sur la base avocat-client puisque la conduite du ministre n'a pas été répréhensible ou scandaleuse et parce que c'était la première cause concernant les dispositions transfrontalières de la Loi—Il n'était pas inapproprié de la part du ministre de tenter d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Tsawwassen* en raison des modifications apportées à la Loi—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2 «projet» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18), 5.

BENNETT ENVIRONMENTAL INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1313-04, 2004 CF 1150, juge Harrington, ordonnance en date du 19-8-04, 13 p.)

FONCTION PUBLIQUE**FIN D'EMPLOI**

Les demanderesse, qui travaillaient comme animatrices pour le programme de réhabilitation pour les délinquants sexuels à l'établissement de Grande Cache (ÉGC), pénitencier fédéral relevant du Service correctionnel du Canada (SCC), ont déposé un grief conjoint relativement à leur congédiement—La directrice de Ressources humaines de l'ÉGC leur a répondu qu'elle ne pourrait pas traiter leur grief puisqu'elles ne sont pas des employées du SCC au sens de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Les demanderesse demandent le contrôle judiciaire de cette décision—Elles ont été engagées comme entrepreneures indépendantes—Leurs contrats prévoyaient qu'elles étaient payées selon un taux horaire pour les services rendus jusqu'à concurrence de montants mensuels et annuels maximums—Dans le troisième contrat de la sorte qu'elles ont conclu, il était stipulé que la TPS devrait être incluse dans les factures—Lorsqu'elles ont demandé leurs numéros de TPS, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) les a informées qu'elles étaient réputées être des employées visées par des contrats de travail et non par des contrats d'entreprise—On les a avisées que leurs contrats prendraient fin le 9 mai 2003—Les demandes sont rejetées parce qu'elles sont prématurées—Le régime législatif de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP) interdit, à ce stade, les demandes de contrôle judiciaire—Il existe une obligation de respecter le régime législatif de réparation prévu avant de déposer une demande de contrôle judiciaire ou, dans certains cas, d'intenter une action—L'art. 34 de la LRTFP peut être un mécanisme approprié—Application de l'arrêt *L'Association professionnelle des agents du service extérieur c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 162, de la Cour d'appel fédérale—L'art. 91, qui établit le régime de griefs, a une formulation large et s'applique lorsqu'un employé s'estime lésé par suite de tout fait autre que ceux mentionnés à l'art. 91a(i) ou (ii) portant atteinte à ses conditions d'emploi—L'agent des griefs a le pouvoir de déterminer si le plaignant est un employé pour l'application de l'art. 91—Les demanderesse sont obligées d'épuiser la procédure de griefs et, s'il y a lieu, la procédure d'arbitrage avant de s'adresser à la Cour—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 34, 91.

ESTWICK C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-946-03, 2004 CF 970, juge Lemieux, ordonnance en date du 20-7-04, 13 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'un jugement par lequel la C.C.I. a rejeté un appel présenté à l'égard de nouvelles cotisations qui refusaient la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

déduction de frais judiciaires payés—L'appelant est l'un des 55 avocats travaillant en Colombie-Britannique pour le ministère de la Justice fédéral qui poursuivent leur employeur parce qu'ils sont payés un salaire moindre que celui que touchent les avocats occupant des postes de même niveau à Toronto—L'appelant réclamait des déductions de frais judiciaires suivant l'art. 8(1b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La C.C.I. a rejeté l'appel étant donné que l'art. 8(1b) ne s'applique pas parce que l'appelant a reçu le salaire prévu par son contrat d'emploi—L'art. 8(1b) permet de déduire des frais judiciaires engagés 1) afin de recouvrer le traitement ou le salaire dû et 2) afin d'établir le droit au salaire réclamé—La demande de l'appelant est visée par l'art. 8(1b) parce que l'appelant tente d'établir que pour les services qu'il a fournis la loi exige qu'il soit payé plus que ce qu'il a été payé—L'arrêt est distinct d'autres affaires dans lesquelles les frais judiciaires ont été engagés pour établir un droit à une promotion, pour contester ou faire renverser une décision judiciaire ou réglementaire qui touche défavorablement l'emploi du demandeur ou son statut professionnel ou dans un cas où le demandeur tente d'obtenir une compensation financière reliée à des allégations d'actes illégaux ou fautifs par un employeur—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 8(1b).

LOO C. CANADA (A-206-03, 2004 CAF 249, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 29-6-04, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE**RADIATION**

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce (la Loi) de la décision de l'agent principal des audiences (le registraire) de radier, en vertu de l'art. 45 de la Loi, la marque de commerce de la demanderesse «Two Girls & Design», TMA 414825—Le registraire a conclu que la preuve soumise n'établissait pas que la marque avait été employée par la demanderesse The House of Kwong Sang International Ltd., mais bien qu'elle avait été employée par une autre entité, The House of Kwong Sang Ltd.—Le registraire a également conclu que la preuve ne démontrait pas que la marque de commerce employée était celle qui avait été déposée—Au sujet de l'utilisation, il ressortait de la preuve qu'au moins une des marchandises enregistrées avait été employée dans la pratique normale du commerce avec les consommateurs au cours d'une période de trois ans—Quant à la question de savoir si c'était la demanderesse ou une autre entité qui avait employé la marque de commerce, la Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que la marque de commerce avait été employée par une personne morale dirigée et contrôlée directement par la demanderesse—En ce qui concerne l'emploi de toutes les marchandises enregistrées, à l'exception des hydratants pour la peau, sur le fondement de la preuve dont il disposait, le

MARQUES DE COMMERCE—Fin

registraire a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des motifs raisonnables et la décision qu'il a rendue reposait sur des principes juridiques bien fondés—Toutefois, de nouveaux éléments de preuve justifient d'infirmer la décision du registraire en ce qui concerne le pot de crème de beauté et de conclure que la marque de commerce «Two Girls & Design» enregistrée sous le numéro TMA 414825 qui figure sur de la crème de beauté était employée au Canada en tout temps au cours de la période en cause—L'appel est accueilli en partie—La décision du registraire de radier les marchandises énumérées dans l'enregistrement TMA 414825 est confirmée, sauf en ce qui concerne les hydratants pour la peau—La décision du registraire de radier la marque de commerce «Two Girls & Design» est infirmée en ce qui concerne toutes les marchandises enregistrées comme des hydratants pour la peau—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200), 56.

THE HOUSE OF KWONG SANG HONG INTERNATIONAL LTD.
C. BORDEN LADNER GERVAIS (T-583-01, 2004 CF 554,
juge Noël, ordonnance en date du 13-4-04, 25 p.)

PÊCHES

Contrôle judiciaire de l'ordonnance de modification 2001-074, prise par le directeur régional général, Région des Maritimes, ministère des Pêches et des Océans, remettant en vigueur les périodes de fermeture prévues par le Règlement de pêche de l'Atlantique—L'objectif de la demanderesse, un organisme à but non-lucratif, est d'éduquer le public au sujet de la conservation de l'environnement—Elle fait valoir son point de vue auprès du gouvernement et de l'industrie de la pêche—Elle est spécialement préoccupée par le choix des méthodes de pêche, notamment les effets négatifs du chalutage sur le Banc Georges, une zone immergée peu profonde répartie entre le Canada et les É.-U.—La portion se trouvant au Canada recouvre une zone allant de la côte sud-ouest de la Nouvelle-Écosse jusqu'au golfe du Maine—Le fond de l'océan sur le Banc Georges (région benthique), constitué de sable et de sable pierreux, serait une aire d'alevinage pour diverses espèces, y compris les anémones de mer, les coraux et les crabes—Ces organismes seraient soumis à un risque lorsqu'on attrape des poissons avec un chalut—Le chalutage utilise une armature de filins et de panneaux, tirée par un bateau de pêche—Les panneaux maintiennent le filet ouvert à l'horizontale—Des poids posés au fond maintiennent le filet ouvert à la verticale—Le «cul du chalut» retient les poissons et tout ce qui est ramassé au fond de l'océan—La demanderesse déclare que le chalutage ramasse les poissons trop petits et les végétaux nécessaires pour nourrir l'environnement marin—Elle a déposé des bibliographies d'études scientifiques à ce sujet, soumises à l'examen des pairs—Le

PÊCHES—Suite

Plan de gestion intégrée des pêches au poisson de fond est reproduit dans le dossier du tribunal—La demanderesse soutient que l'ordonnance de modification est incohérente avec les dispositions de la Loi sur les pêches qui traitent de la protection de l'habitat du poisson et donc *ultra vires*—L'autorisation du chalutage sur le Banc Georges entraîne la détérioration, la destruction ou la perturbation (DDP) de l'habitat du poisson, ce qui est interdit par l'art. 35(1) de la Loi—L'argument veut que le ministre ait reçu la responsabilité de gérer et de protéger l'environnement aquatique—L'art. 35 aurait été adopté pour protéger l'environnement marin: voir la jurisprudence et le débat à la chambre des Communes lorsque l'art. 35 a été déposé—La demanderesse soutient que les termes «ouvrages ou entreprises» de l'art. 35 se rapportent à toutes les formes d'activité humaine, y compris la pêche et le chalutage—Renvoi à la décision *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 51 (C.S.C.-B.), pour établir que les tribunaux ont adopté une interprétation holistique des termes «habitat du poisson»—Le Banc Georges ferait partie de l'habitat essentiel au poisson, comprenant des frayères, des aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation, ainsi que des routes migratoires—N'importe lequel des éléments suivants, à savoir la détérioration, la destruction et la perturbation, constitue la DDP—Renvoi à la jurisprudence pour dire qu'il n'est pas nécessaire que les effets sur l'habitat soient permanents ou irréparables pour constituer une violation de l'art. 35(1)—Le chalutage détruirait des zones de croissance pour les petits des poissons de fond—La demanderesse soutient que l'art. 35(2) exige une autorisation ministérielle pour la DDP, qui n'a pas été accordée en l'espèce—Elle s'appuie sur *Spinney c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (2001), 183 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.), pour soutenir que les ordonnances de modification sont des actes de nature législative et non administrative, la norme de contrôle applicable étant celle de la décision correcte—Renvoi au «principe de précaution» énoncé dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, pour dire qu'en l'absence d'une preuve scientifique complète, les mesures environnementales doivent anticiper et prévenir la dégradation de l'environnement—Le fait d'ouvrir le Banc Georges au chalutage serait contraire au «principe de précaution», le directeur général régional devant pêcher par excès de prudence—Le procureur général soutient que la seule question qui se pose est celle de savoir si le directeur général régional a agi dans les limites de sa compétence; la présence de la DDP n'étant pas pertinente—Le défendeur soutient que le gouverneur en conseil a voulu accorder au directeur général régional entière discrétion de modifier les périodes de fermeture, sous réserve de l'avis prévu à l'art. 7 du Règlement de pêche (dispositions générales)—Le défendeur soutient que l'autorisation prévue à l'art. 35(2) n'est pas requise avant la prise d'une ordonnance de modification, mais seulement

PÊCHES—Suite

lorsqu'on veut se livrer à une activité autre que la pêche qui peut avoir un impact sur l'habitat du poisson—Subsidiairement, si l'art. 35(1) s'applique à la pêche, la seule autorisation requise est la délivrance d'un permis, qui est un moyen légal d'autoriser la DDP—La pêche n'est pas mentionnée à l'annexe VI du Règlement, qui parle de ponts, ponceaux, barrages et activités minières—Le défendeur soutient que la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) n'est pas pertinente à l'ordonnance de modification en cause—Une décision d'ouverture ou de fermeture d'une zone de pêche n'est pas un «ouvrage» en vertu de la LCEE—Le directeur général régional n'était pas saisi d'un projet—La fonction de la cour dans une procédure de contrôle judiciaire n'est pas de «prêter des intentions» au ministre ou de substituer ses propres vues—La décision contestée est une décision législative—La différence entre les actes législatifs et administratifs est expliquée dans l'ouvrage *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. par J.M. Evans, Londres: Stevens & Sons Ltd., 1980): un acte législatif promulgue une règle générale; un acte administratif comprend l'adoption d'une politique, la formulation d'une directive précise et l'application d'une règle générale à un cas particulier—Une ordonnance de modification est de la législation déléguée et l'exercice d'une compétence déléguée doit être conforme aux objectifs de la loi habilitante—La Loi sur les pêches confère de larges pouvoirs de réglementation et de gestion des pêches—Les pêches sont une source de richesse pour le pays et la province, à gérer pour le bien de tous les Canadiens—La Loi donne un pouvoir discrétionnaire absolu au ministre pour l'octroi de permis—Le législateur a confié le pouvoir de prendre des règlements au gouverneur en conseil (art. 43 de la Loi), y compris la conservation et la protection des frayères et la modification des périodes de fermeture—Au vu du Règlement, il est apparent que le directeur général régional avait le pouvoir de prendre l'ordonnance de modification—Il n'a pas outrepassé sa compétence—L'art. 43 autorise le gouverneur en conseil à prendre le Règlement qui fonde la compétence du directeur général régional—L'ordonnance de modification 2001-074 n'a fait que rétablir la période de fermeture de la pêche prévue au Règlement de pêche de l'Atlantique—Aucune contestation de la légalité de l'art. 43 de la Loi, non plus que du Règlement—Sous-jacent à l'allégation que la pêche est couverte par l'art. 35(1) de la Loi, et que le directeur général a agi de façon contraire à la loi, on trouve l'argument que le chalutage va inévitablement entraîner la DDP dans la zone 5Z—Aucune preuve n'indique que la prise de l'ordonnance de modification a eu un impact particulier sur l'environnement benthique de la zone 5Z—L'art. 35 n'interdit pas absolument la DDP—La DDP peut être autorisée par le ministre ou par un règlement pris par le gouverneur en conseil—Si le législateur avait eu l'intention que les termes «ouvrages ou entreprises» de l'art. 35 comprennent la pêche, il aurait dû clarifier cette

PÊCHES—Fin

intention—L'art. 35 ne prescrit pas une interdiction absolue de la DDP, mais seulement des activités non autorisées menant à ce résultat—Le débat parlementaire invoqué par la demanderesse indique que le ministre d'alors se préoccupait de la conservation, mais il n'appuie pas l'argument de la demanderesse que les termes «ouvrages ou entreprises» de l'art. 35 recouvrent les activités de pêche autorisées par le ministre ou par le Règlement—Cet article ne s'applique pas à l'ordonnance de modification en cause ici—La LCEE ne s'applique pas non plus, ayant été adoptée pour évaluer l'impact environnemental des projets—Dans *Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish Tribes c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (2003), 227 F.T.R. 96 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par. (2003), 313 N.R. 394 (C.A.F.), le juge Rouleau a conclu que la pêche n'est pas un «projet» aux fins de la LCEE—Les ordonnances de modification sont des outils de gestion légitimes, exigeant l'exercice d'un jugement qui ne devrait pas être contesté par la Cour dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—Demande rejetée, sans octroi de dépens au vu de l'intérêt public aux questions soulevées par la demanderesse—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35(1), (2), 43*i*, *l*, *m*)—Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 7, annexe VI—Règlement de pêche de l'Atlantique, DORS/86-21—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

ECOLOGY ACTION CENTRE SOCIETY C. CANADA
(PROCEUR GÉNÉRAL) (T-1179-01, 2004 CF 1087,
juge Heneghan, ordonnance en date du 6-8-04, 31 p.)

PENSIONS

La défenderesse est une fonctionnaire retraitée admissible à des prestations de sécurité de la vieillesse—En 2000, six ans après sa mise à la retraite, elle a reçu un versement non récurrent au titre de l'équité salariale—Le ministre a considéré que les sommes reçues constituaient un ajustement salarial rétroactif dont il devait être tenu compte dans le calcul du supplément de revenu garanti—Cet ajustement réduisait de plus de 100 \$ par mois le supplément de la défenderesse—Le tribunal de révision a fait droit à l'appel de la défenderesse—Le ministre sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision—Le point à décider est le suivant: le tribunal a-t-il outrepassé sa compétence lorsqu'il a jugé l'appel au lieu de le renvoyer à la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.)?—La demande soulevait un point de droit—Un seul des trois membres du tribunal doit être membre d'un barreau, et le tribunal n'est donc pas dépositaire de connaissances spécialisées supérieures à celles de la Cour—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte—L'art. 28(2) de la Loi sur la sécurité de la vieillesse (LSV) prévoit que, si l'un des griefs de l'appel au tribunal de

PENSIONS—Fin

révision est le fait que la décision du ministre touchant le revenu de l'appelant ou le revenu tiré d'une source particulière est mal fondée, l'appel fondé sur ce grief est renvoyé pour décision devant la C.C.I.—L'emploi du présent de l'indicatif donne à entendre que le pouvoir du tribunal de révision n'est pas discrétionnaire—L'art. 2 de la LSV définit le mot «revenu» comme le revenu d'une personne pour une année civile, calculé en conformité avec la Loi de l'impôt sur le revenu—Par un avis de nouvelle cotisation, l'Agence des douanes et du revenu du Canada a considéré la somme reçue en 2000 par la défenderesse au titre de l'équité salariale comme un revenu gagné cette année-là et soumis à la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 28(2) de la LSV entraine donc en ligne de compte—Le tribunal de révision a outrepassé sa compétence et sa décision doit être annulée—Ce qui a troublé la Cour, c'est que le ministre n'ait pas soulevé cette exception d'incompétence durant l'audience du tribunal de révision—La défenderesse a subi des inconvénients considérables, et des dépens fixés à 500 \$ lui sont accordés—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 «revenu», 28(2).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. HEAMAN (T-290-03, 2004 CF 1155, juge Snider, ordonnance en date du 19-8-04, 6 p.)

PRATIQUE**CARACTÈRE THÉORIQUE**

Requête visant à faire rejeter un appel interjeté par Apotex pour des motifs de caractère théorique—La Cour fédérale a rendu une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex relativement à certaines formulations de ciprofloxacine avant l'expiration du brevet de Bayer—Apotex a interjeté appel de l'ordonnance en novembre 2003—Le brevet a expiré en février 2004 et le ministre a délivré un AC—La procédure d'interdiction devient théorique lorsqu'un brevet expire ou qu'un AC est délivré—La Cour peut cependant exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre et juger les appels théoriques—Les motifs pour lesquels un tribunal peut exercer ce pouvoir discrétionnaire énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 sont appliqués et il est approprié que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire—1) Des conséquences collatérales découlant du résultat de l'appel (Bayer peut être responsable envers Apotex relativement aux pertes subies si l'ordonnance d'interdiction est infirmée: art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)) créent le contexte d'opposition nécessaire—2) La décision rendue en appel aura une incidence pratique sur les droits des parties, à savoir la préservation de l'accès au recours prévu à l'art. 8—3) La décision rendue en appel ne constituera pas une intrusion dans le rôle de l'organe

PRATIQUE—Suite

législatif du gouvernement—L'opinion judiciaire incidente de l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245, n'est pas applicable—Contrairement au breveté, un fabricant de produits génériques ne peut intenter une action en contrefaçon s'il se voit refuser un recours en vertu de l'art. 8—L'art. 8 en cause dans l'arrêt *Pfizer* a été remplacé et l'art. 8 actuel mentionne l'annulation en appel d'une ordonnance d'interdiction donnant lieu à la responsabilité d'un breveté envers un fabricant de produits génériques—L'art. 8 ne mentionne pas que l'annulation en appel doit survenir avant l'expiration du brevet ou la délivrance de l'AC—Le fait que l'appelant ne cherche pas à accélérer le processus d'appel ne constitue pas un retard démesuré en l'absence d'autres circonstances—Requête rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 8(1) (mod. par DORS/98-166, art. 8).

BAYER AG C. APOTEX INC. (A-546-03, 2004 CAF 242, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 23-6-04, 8 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Ordonnance en date du 23 décembre 2003 rejetant la demande par laquelle la Couronne a cherché à obtenir une injonction et a remis à plus tard l'examen de la question des dépens—1) Les défendeurs ont-ils le droit de recouvrer les montants payés en honoraires d'experts lorsque ces honoraires ont été versés en contrepartie de services rendus avant l'introduction de la demande?—La Couronne a eu tort de se fonder sur les commentaires du juge Rouleau dans la décision *RCP Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1986] 1 C.F. 485 (1^{re} inst.), pour plaider que les débours engagés antérieurement à l'introduction d'une demande ne peuvent être recouverts—Le droit aux débours est régi par l'art. 1(4) du tarif B des Règles de la Cour fédérale (1998)—Un débours «raisonnable» peut être engagé avant l'introduction d'une instance—Un débours engagé avant l'introduction d'une demande pourrait être recouvré s'il est «raisonnable et que la preuve qu'il a été engagé par la partie ou est payable par elle [est] fournie par affidavit ou par l'avocat qui comparait à la taxation»—Les défendeurs ont établi que les débours en litige ont été payés—La question de savoir si les débours étaient «raisonnables» nécessite l'examen de la question de savoir s'ils ont, au bout du compte, été utiles pour l'instance—Au vu de la preuve, il était prudent de la part des défendeurs de retenir des services d'experts en décembre 1998 et d'engager des dépenses avant l'introduction de l'action en exécution envisagée par Environnement Canada—Les débours en litige ont été engagés relativement aux questions qui font l'objet même de la présente demande et les opinions émises par les experts des défendeurs ont été utilisées dans le cadre de la demande et ont été d'une grande utilité pour la Cour—Les

PRATIQUE—Suite

débours en litige étaient raisonnables au sens de l'art. 1(4) du tarif B—Les défendeurs ont le droit de les recouvrer de la Couronne—Ayant décidé de demander une réparation devant la Cour où les dépens suivent généralement l'issue de l'affaire, la Couronne est obligée de payer aux défendeurs des débours raisonnables indépendamment du fait qu'ils auraient pu être ou ne pas être exigibles si elle avait choisi de les poursuivre devant une autre instance—2) Les défendeurs ont-ils le droit de recevoir des dépens supplémentaires relativement aux personnes physiques défenderesses?—Rien ne prouve que l'une ou l'autre de ces personnes avait une quelconque responsabilité—Les défendeurs ont donc cherché à obtenir une somme forfaitaire additionnelle au motif qu'il était inapproprié et non nécessaire de les nommer comme défendeurs—Le fait de nommer des personnes d'affaire comme parties à un procès constitue un abus de procédure lorsqu'il n'y a aucune raison de les poursuivre en leur qualité personnelle—Une telle conduite peut justifier une augmentation des dépens—Cependant, de tels dépens ne sont pas appropriés en l'espèce pour deux raisons—Premièrement, rien ne prouve que les défendeurs ont eu à engager des frais additionnels importants du fait de l'inclusion des personnes physiques défenderesses comme parties—Deuxièmement, la preuve n'a révélé qu'à un stade relativement tardif des procédures qu'il n'y avait pas de fondement pour une responsabilité individuelle—Le défaut de la Couronne d'abandonner sa poursuite ne devrait pas être sanctionné par des dépens—3) Les défendeurs ont-ils le droit de recevoir le double des dépens partie-partie à partir de la date de l'offre écrite de règlement?—En février 2001, les défendeurs ont offert par écrit de régler la demande—Les offres ont été faites de bonne foi, respectaient l'esprit de l'art. 420 et contenaient un véritable élément de compromis—Aucune des offres n'a été retirée ou acceptée—Les défendeurs sollicitent le double des dépens partie-partie pour la période du 12 février 2001 au 23 décembre 2003—Le différend réside essentiellement dans le désaccord des experts respectifs des parties quant à la méthodologie et à la sélection d'échantillons appropriés—Environnement Canada était en droit de se fonder sur ses propres prélèvements d'échantillons et sur son propre protocole d'analyse et de refuser tout compromis—Cependant, le fait qu'Environnement Canada ait décidé de s'en tenir à ses propres méthodes et de rejeter le plan de prélèvement d'échantillons et la méthodologie des défendeurs ne justifie pas que l'on s'éloigne des conséquences normales de la règle 420—Les défendeurs devraient par conséquent avoir le droit de recevoir le double des dépens partie-partie à compter de la date de la première offre de règlement—4) La Couronne a-t-elle droit à une réduction globale des dépens en raison du succès partagé des parties?—Les défendeurs ont eu gain de cause sur la question ultime de savoir si une injonction devait être accordée, mais la Couronne a eu gain de cause sur un grand nombre de questions relatives à l'interprétation correcte

PRATIQUE—Suite

de la Loi—La Couronne prétend qu'il serait approprié d'adjuger 60 % des dépens aux défendeurs, ce pourcentage correspondant aux points sur lesquels ils ont eu gain de cause—La règle générale devrait être appliquée pour que les défendeurs recouvrent la totalité de leurs dépens, sans aucune réduction—Il n'y avait qu'une seule question en litige: celle de savoir si l'injonction devait être accordée—Les défendeurs n'ont soulevé les autres arguments que de manière accessoire, leur position fondamentale étant que les RDA ne contenaient pas de BPC—Une adjudication proportionnelle des dépens ne peut jamais être appropriée parce qu'une telle façon de faire va à l'encontre de la logique de l'offre de règlement: *Armak Chemicals Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1991), 5 O.R. (3d) 1 (C.A.)—5) La demanderesse a-t-elle droit à une réduction des dépens étant donné l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance?—Le fait qu'il s'agissait de la première procédure introduite en vertu de l'art. 311(1) de la Loi ne justifie aucune réduction des dépens autrement dus aux défendeurs—Il n'y a pas de raison que les défendeurs subissent une réduction des dépens peu importe qu'il soit ou non dans l'intérêt public qu'il y ait examen judiciaire de la loi—6) Les défendeurs ont-ils droit à des frais taxés selon l'échelon le plus élevé de la colonne V du tableau du tarif B des Règles?—La Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens—Les facteurs pertinents dont la Cour doit tenir compte pour exercer son pouvoir discrétionnaire sont les suivants: le résultat obtenu, les montants en litige au regard des conséquences qu'auraient subies les défendeurs s'ils n'avaient pas eu gain de cause, la quantité de travail requise, le volume et la nature de la preuve technique complexe, l'importance des questions sur le plan juridique—De tels facteurs justifient une adjudication de dépens fondée sur la colonne V—Il est approprié d'accorder une taxation supérieure à la moyenne, qui se rapproche du sommet de la colonne V—La demande n'était pas complexe sur le plan juridique ou factuel au point de justifier une taxation selon l'échelon le plus élevé de la colonne V—La Cour accorde une somme forfaitaire de 60 000 \$ au lieu et place de dépens taxés selon un échelon élevé de la colonne V—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 420, tarif B, art. 1(4)—Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999, L.C. 1999, ch. 33, art. 311.

CANADA C. IPSCO RECYCLING INC. (T-2274-00, 2004 CF 1083, juge Dawson, motifs supplémentaires de l'ordonnance relatifs aux dépens en date du 6-8-04, 23 p.)

Demande de provision pour frais d'une somme monétaire ayant comme but de payer les honoraires et déboursés au montant de 19 250\$ plus TPS et TVQ—Demande refusée car le demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il remplissait les exigences de ce type de demande telles qu'établies par la Cour

PRATIQUE—Suite

suprême du Canada dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371—Le demandeur a informé la Cour qu'il n'a pas de revenu et qu'il est admissible au programme d'aide juridique de la Province de Québec—Il a ajouté que l'aide juridique n'octroie pas d'avances d'honoraires, ni de provisions pour frais—Le demandeur a-t-il le droit d'obtenir une provision pour frais à titre de dépens afin de permettre à ses avocats de présenter une requête contestant l'abus de procédure dans le traitement de la demande ERAR (examen de risques avant renvoi) et en conséquence, un jugement portant qu'il est une «personne protégée» selon les arts. 112 et suivants de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)?—Le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accorder des dépens prend sa source dans la notion d'*equity* et il est formalisé par les Règles de la Cour qui laissent à la Cour entière discrétion pour accorder ou non des dépens—Les dépens sont normalement accordés à la partie victorieuse et ce, à la fin du prononcé du jugement—La présente demande de provision pour frais est plus qu'une simple demande de dépens—Le demandeur a déposé une attestation d'aide juridique de la Province de Québec qui démontre que celui-ci a le droit d'avoir recours à ce programme afin d'assurer sa représentation juridique—Dans l'arrêt *Bande indienne Okanagan*, le juge LeBel a énoncé trois conditions qui doivent toutes être remplies pour que la Cour puisse accorder une provision pour frais: 1) la partie demandant la provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal, et elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance; 2) la demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers; 3) les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées—En ce qui concerne la première condition, le demandeur et son épouse ont très peu de revenu à leur disposition qui leur permettrait d'assumer les coûts d'un tel litige—Le demandeur peut avoir recours au programme d'aide juridique de la Province de Québec pour se faire représenter dans le cadre de la requête pour abus de procédure—Le droit d'être représenté par un avocat de son choix n'est pas un droit constitutionnel absolu et général mais plutôt un droit limité qui a pour but d'assurer un procès équitable et qui doit être analysé selon les particularités du dossier—La première condition n'est pas remplie—Les trois conditions de l'arrêt *Bande indienne Okanagan* étant cumulatives, cette conclusion est suffisante pour décider de la présente requête—Demande

PRATIQUE—Suite

rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 112.

CHARKAOUI (RE) (DES-3-03, 2004 CF 900, juge Noël, ordonnance en date du 23-6-04, 20 p.)

PRESCRIPTION

Action en droit maritime résultant du chavirement de la barge *Delta King* et de la perte consécutive d'une cargaison de ferraille le 25 janvier 2002—L'accident est survenu lorsque le *Zim Shenzhen* (maintenant le *Navarino*) est passé près de la barge à grande vitesse—Requête présentée par la demanderesse en vue de constituer comme défendeurs le *Zim Shenzhen* et son propriétaire, Devonshire Corporation, qui sont actuellement tiers mis en cause—La requête a été accordée malgré le fait qu'elle a été déposée tardivement—La demanderesse avait connaissance de la situation et aurait facilement pu décider de joindre comme défendeurs Devonshire et le *Zim Shenzhen*—Les défendeurs proposés affirment qu'ils ne devraient pas être constitués comme parties, et ce, parce qu'il y a prescription—Le juge Heneghan a écrit dans la décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 496 (C.F. 1^{re} inst.) que ce moyen de défense doit être examiné en bonne et due forme après l'examen de la preuve au moment du procès—Devonshire a invoqué l'argument suivant: en sa qualité de tiers mis en cause, elle n'était pas initialement tenue de participer activement à l'affaire et qu'étant donné le temps qui s'est écoulé, il lui est difficile, sinon impossible, d'élaborer maintenant le même genre de défense que celle qu'elle aurait pu élaborer si les modifications avaient été faites en temps opportun—La lettre du 12 juin 2003 que l'avocat de la demanderesse a écrit à l'avocat de Devonshire a amené celle-ci à croire que sa participation ne tirerait pas à conséquence, si ce n'est pour ce qui est de la mise en cause—Toutefois, le capitaine du *Zim Shenzhen*, par l'entremise du pilote qui était à bord ainsi que de la garde côtière américaine, devait alors sans aucun doute être au courant de l'événement—Environ quatre mois après l'accident, les avocats des assureurs du remorqueur, le *Pacific Ranger II*, qui remorquait le *Delta King*, ont écrit à Devonshire et ont ainsi en fait avisé cette dernière de la situation—Devonshire a sans aucun doute été mise au courant de l'accident dans les quelques heures, sinon dans les quelques minutes, qui ont suivi et s'est rendu compte de la gravité de l'événement quelque 16 mois plus tard—Il s'agit de savoir si Devonshire devait chercher plus tôt à rassembler certains éléments de preuve compte tenu que les documents de la garde côtière américaine indiquent clairement que le *Zim Shenzhen* est passé près du remorqueur et de la barge au large d'Admiralty Inlet, qui fait partie du Puget Sound—Bien que Devonshire a subi un préjudice, celui-ci

PRATIQUE—Fin

était du moins en partie attribuable au fait que Devonshire n'avait pas jugé la situation suffisamment sérieuse lorsqu'elle avait eu la possibilité d'enquêter—La règle générale est qu'un amendement doit être admis afin de trancher les questions litigieuses véritables qui opposent les parties à la condition que cette admission n'occasionne pas d'injustice à l'autre partie que l'on ne peut indemniser par l'adjudication de dépens—Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite—S'il s'avérait nécessaire de mener de nouveaux interrogatoires préalables, ceux-ci pourraient être menés aux frais de la demanderesse, qui a omis de constituer Devonshire comme défenderesse en temps opportun—Devonshire n'a peut-être pas pris l'affaire suffisamment au sérieux pour demander au capitaine de faire rapport et pour prendre des mesures afin de préserver les documents—Si ce n'était du fait que Devonshire n'a pas initialement procédé à une évaluation et à une enquête, la Cour serait portée à refuser de constituer comme défendeurs Devonshire et le navire—Le préjudice causé à Devonshire est dans une certaine mesure imputable à elle-même.

BUDGET STEEL LTD. C. *PACIFIC RANGER II* (LE) (T-156-03, 2004 CF 1140, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 17-8-04, 8 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

CP a installé six caméras de surveillance à sa gare de triage et d'entretien des rails à Scarborough en Ontario où se trouvent les ateliers de réparation de machines diesel et de voitures—Le demandeur était un employé de l'atelier diesel de CP, un membre du syndicat et le représentant des droits de la personne à l'atelier diesel—Le demandeur a déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE) portant que l'installation, récemment effectuée par CP, de caméras supplémentaires pointant vers les portes d'entrée et de sortie étaient une mesure inacceptable parce qu'elle avait été prise sans consulter le syndicat, qu'aucun problème de sécurité ne pouvait la justifier, qu'elle constituait une atteinte à la vie privée, qu'elle pouvait être appliquée en vue de surveiller la conduite des travailleurs et qu'elle pouvait avoir un effet nuisible sur leur moral—Le demandeur exigeait le démantèlement immédiat du système—Le syndicat avait déjà déposé sur le fondement de l'art. 28 de la convention collective un grief invoquant le non-respect des droits de la personne—CP avait par la suite affiché un bulletin indiquant que des caméras avaient été installées et seraient bientôt

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

utilisées pour protéger CP contre le vol, le vandalisme, l'intrusion des personnes non autorisées et de tout acte similaire, que seuls les cadres autorisés et la police de CP pouvaient visionner les enregistrements, et que CP n'avait aucune intention d'utiliser les caméras pour régler des problèmes de productivité—Le bulletin faisait également mention que les caméras avaient délibérément été fixées en dehors des zones de travail et pointaient les zones générales auxquelles tant les employés que le public ont accès—Des panneaux indiquant que les installations étaient surveillées par caméra ont été posés dans les entrées—Le Commissaire à la protection de la vie privée a conclu que la plainte était bien fondée et a recommandé le retrait des caméras—Il a expliqué que l'art. 5(3) de la LPRPDE exige qu'on vérifie si les circonstances justifient le recours à la vidéosurveillance—Il a appliqué un critère en quatre étapes selon lequel il faut déterminer: 1) si la mesure est nécessaire pour répondre à un besoin particulier; 2) s'il est probable qu'elle répondra efficacement à ce besoin; 3) si la perte de vie privée est proportionnelle à l'avantage obtenu; 4) si un autre moyen permet d'atteindre le but recherché en portant moins atteinte à la vie privée—Il a conclu que CP n'avait pas démontré l'existence d'un problème bien précis ni établi que la vidéosurveillance était un moyen de dissuasion efficace, que la seule présence des caméras vidéo risquait de donner aux employés l'impression que leurs allées et venues étaient surveillées et d'avoir des effets psychologiques néfastes, et que CP n'avait pas procédé à l'évaluation d'autres solutions dont la mise en place d'un meilleur éclairage pour régler le problème de la sécurité des employés—Le demandeur a par la suite introduit le recours prévu à l'art. 14(1) de la LPRPDE qui prévoit qu'après avoir reçu le rapport du commissaire, le plaignant peut demander que la Cour entende toute question qui a fait l'objet de la plainte ou qui est mentionnée dans le rapport—L'art. 17 prévoit que le recours doit être entendu et jugé sans délai et selon une procédure sommaire à moins que la Cour ne l'estime contre-indiqué—Le demandeur a sollicité différentes mesures dont une ordonnance confirmant le rapport du commissaire—La structure de la LPRPDE est unique en ce que le Code type sur la protection des renseignements personnels de l'Association canadienne de normalisation (CSA) est intégralement reproduit à l'une de ses annexes alors que la LPRPDE a pour effet d'atténuer ou de modifier, selon le cas, les principes qui y sont énoncés—Les dispositions pertinentes sont décrites—La preuve est examinée en détail—Le représentant de CP qui a décidé d'installer les caméras a affirmé dans son affidavit que la vidéosurveillance était utilisée comme moyen de dissuasion pour prévenir le vol, le harcèlement, le vandalisme et les entrées non autorisées, et qu'elle avait aussi pour objectif de créer un milieu de travail plus sûr et de diminuer le risque que CP soit tenue responsable

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

des dommages subis par des tiers—La mesure n'a pas été mise en place par suite d'un événement précis mais plutôt par suite des changements apportés dans l'infrastructure globale de l'unité de mécanique—La décision a aussi été prise en raison de l'existence de tensions entre les employés syndiqués de CP et le superviseur contractuel chargé de coordonner la réparation et l'entretien des locomotives—La possibilité d'embaucher des gardes de sécurité a été envisagée mais rejetée faute de pouvoir obtenir des fonds à cette fin—L'achat des caméras numériques et la pose des panneaux d'avertissement étaient plus économiques—CP indique avoir été victime d'infractions, notamment: vol, vandalisme, trafic de stupéfiants, sabotage, incendie volontaire, crimes informatiques—De 30 à 40 actes pouvaient être commis par semaine—Aucun agent de CP n'était affecté de façon permanente au triage de Toronto—CP se préoccupait tout particulièrement du vol de matériel et du harcèlement sexuel à l'endroit du personnel féminin—Se préoccupait également des répercussions de la tragédie du 11 septembre et de la possibilité d'avoir à faire face à des activités terroristes étant donné que dans le cadre des ses activités elle est souvent appelée à effectuer le transport transfrontalier de substances dangereuses et de matériel militaire—Selon l'affidavit du chef des Services de police de CP, depuis les événements du 11 septembre, la société subissait une pression accrue et elle était surveillée de près en ce qui concerne le degré de sécurité offert à sa clientèle, à ses employés et divers ordres de gouvernement, tant au Canada qu'aux États-Unis—Le triage de Toronto est difficile à patrouiller et ne peut pas être entièrement protégé par les méthodes conventionnelles sans engager des dépenses déraisonnables—La vidéosurveillance a un effet dissuasif en augmentant la perception qu'a le criminel du risque qu'il court d'être pris—En contre-interrogatoire, l'auteur d'un affidavit souscrit pour le compte de CP a reconnu qu'il était possible que les employés travaillant dans les secteurs se trouvant dans le champ des caméras soient filmés—Il a aussi admis que certains employés avaient fait l'objet de mesures disciplinaires (mais n'avaient pas été congédiés) pour avoir eu en leur possession de la drogue et/ou de l'alcool—Il a également admis que rien, dans la convention collective, n'obligeait CP à l'informer (en tant que président de l'atelier de diesel) de tout projet d'installer un système de caméras—CP a fait valoir que la demande n'était pas du ressort de la Cour étant donné que le Commissaire à la protection de la vie privée avait outrepassé sa compétence en examinant la plainte qui portait sur un différend relevant de la convention collective—Elle a également fait valoir que pour régler cette affaire il y avait lieu d'appliquer le régime d'arbitrage: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929—Le demandeur et le Commissaire ont contesté cette prétention en s'appuyant sur l'art. 13(2) (le

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

Commissaire n'est pas tenu de préparer un rapport s'il est persuadé que le plaignant doit d'abord avoir recours à la procédure de règlement des griefs)—A également été soulevée la question du degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard des conclusions du Commissaire à la protection de la vie privée—Le demandeur a soutenu que la norme de contrôle applicable est la norme du raisonnable *simpliciter*—Sur le fond, la première sous-question consistait à savoir si l'installation de caméras de surveillance par CP était justifiée compte tenu que, sous le régime de la LPRPDE, des renseignements personnels ne peuvent être recueillis que si, du point de vue objectif d'une personne raisonnable, la décision est légitime dans les circonstances—Il s'agissait également de déterminer si CP avait produit suffisamment d'éléments de preuve pour se décharger du fardeau qui lui incombait—CP a fait valoir qu'elle n'avait pas besoin du consentement du demandeur pour installer les caméras—CP s'est appuyée sur la clause 4.3 du code type de la CSA qui prévoit une exception à l'obligation d'informer l'intéressé et d'obtenir son consentement lorsqu'il ne serait pas approprié de le faire—Le demandeur et le Commissaire à la protection de la vie ont soutenu qu'il faut interpréter l'expression «à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire» figurant à la clause 4.3 de concert avec l'art. 7 qui prévoit qu'il n'y a que quatre exceptions à l'obligation d'informer l'intéressé et d'obtenir son consentement, et qu'aucune d'elles n'est applicable en l'espèce—L'argument relatif à la compétence a été rejeté pour plusieurs motifs—La LPRPDE prévoit deux conditions préalables qui ont été remplies en l'espèce—Le modèle d'arbitrage exclusif adopté par la C.S.C. dans *Weber* ne s'applique pas—Ici il faut tenir compte de deux régimes législatifs, l'un prévu par la LPRPDE et l'autre imposé par le Code canadien du travail, une situation sur laquelle la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée dans *Ford Motor Company of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465—Il faut tenir compte de la nature du litige et se demander à quel régime le législateur a voulu l'assujettir—Les lois relatives aux droits de la personne occupent une place privilégiée dans la sphère juridique—Elles bénéficient d'un statut quasi constitutionnel et pour y déroger le législateur doit s'exprimer en des termes clairs et non équivoques—Le législateur n'avait pas l'intention de conférer aux arbitres du travail une compétence exclusive à l'égard des questions touchant les droits de la personne: la juge Abella, J.C.A., dans *Ford Motor*—Le Commissaire a plaidé que la LPRPDE et le Code canadien du travail s'appliquent de manière concurrente, sans qu'un texte ne supplante l'autre—S'appuyant sur *Ford Motor* et une trilogie d'arrêts de la Cour d'appel de la Saskatchewan, la Cour a fait droit à l'argument suivant lequel l'intention du Parlement n'était pas d'exclure les travailleurs syndiqués du champ d'application de la

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

LPRPDE—L'essentiel du différend ne découle pas de la convention collective—La LPRPDE fait partie des lois fondamentales du pays—Dans *L'Ecuyer c. Aéroports de Montréal* (2003), 233 F.T.R. 234 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Pinard a statué dans le sens contraire, mais cette décision se distingue de la présente instance en ce qui concerne l'essence du différend—De plus, le juge Pinard n'a pas eu l'avantage d'une argumentation complète sur ce point—La décision *Englander c. Telus Communications Inc.* (2003), 235 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), où il était question du mandat du CRTC concernant les tarifs applicables aux numéros non publiés, peut elle aussi être distinguée—La décision *Société Radio-Canada c. Paul*, [1999] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), est plus pertinente; dans celle-ci il s'agissait de déterminer si l'arbitre avait compétence exclusive à l'égard d'une plainte présentée sous le régime de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) lorsque la conduite contestée était interdite par la convention collective, laquelle contenait une clause d'arbitrage—Le juge de la Section de première instance a statué que *Weber* ne s'appliquait pas parce que la C.S.C. ne traite pas dans cet arrêt de la question de la compétence concurrente—Le juge a signalé que l'art. 41 de la LCDP a été adopté après l'art. 57 du Code canadien du travail et a statué que la disposition antérieure avait par voie de conséquence été abrogée dans la mesure où elle confère compétence exclusive à un arbitre—Pour déterminer l'essence du litige, il faut examiner le différend en tenant compte de son contexte factuel et du champ d'application de la convention collective—En l'espèce, ce qui constitue l'essence du litige est la plainte portant que CP a enfreint la LPRPDE en recueillant des renseignements personnels à l'aide de caméras de surveillance sans le consentement du demandeur—Le demandeur a expressément invoqué la LPRPDE dans sa plainte—Comme l'a admis CP à l'audience, l'art. 43 de la convention collective ne vise pas la collecte de renseignements personnels au travail—Le litige ne découle pas de la convention collective—Dans les cas où un défendeur est d'avis qu'une autre procédure de révision s'offre à lui, il doit, à la première occasion, faire valoir sa position auprès du Commissaire et il ne peut soulever cet argument après que le Commissaire a produit son rapport—La procédure engagée en vertu de l'art. 14 de la LPRPDE n'est pas un examen du rapport ou de la recommandation du commissaire, mais une nouvelle demande visant à obtenir réparation en application de l'art. 16 et le plaignant doit s'acquitter du fardeau de démontrer que la LPRPDE n'a pas été respectée—Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire *de novo*—La Cour doit faire preuve d'une certaine déférence à l'égard des questions qui relèvent du champ d'expertise du Commissaire, notamment les facteurs dont il a tenu compte pour soupeser les intérêts du demandeur en matière de vie privée et les intérêts légitimes de CP

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

relativement à la protection de ses employés et de ses biens—Il n'y a pas lieu toutefois de faire montre de retenue en ce qui concerne les conclusions de fait du Commissaire étant donné que la preuve soumise à l'attention de la Cour diffère de celle qui a été recueillie lors de l'enquête du Commissaire—Vu la production de nouveaux éléments de preuve, la présente instance ressemble aux appels interjetés sous le régime de la Loi sur les marques de commerce: voir *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.)—Il ne fait aucun doute que le Parlement recherchait l'équilibre des intérêts (art. 3 de la LPRPDE)—La question de savoir pourquoi les renseignements personnels ont été recueillis devait être analysée de manière contextuelle—Ce qui constitue une fin acceptable pour la collecte des renseignements n'est pas nécessairement une fin acceptable pour l'utilisation des renseignements recueillis, et vice versa; il en est de même des fins pour lesquelles des renseignements sont communiqués—Il faut faire preuve de souplesse en fonction des circonstances—En ce qui concerne les caméras de surveillance, les arbitres ont très nettement établi une distinction entre la collecte subreptice de renseignements et la collecte de renseignements effectuée à l'aide de caméras dont l'emplacement est connu—Les arbitres ont aussi condamné l'utilisation de caméras de surveillance pour enregistrer la productivité des travailleurs—L'arbitre Munroe articule ainsi le principe de l'équilibre des intérêts dans *Pope & Talbot Ltd. v. Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local No. 8*, [2003] B.C.C.A.A.A. No. 362 (QL) [TRADUCTION] «tout comme les intérêts de l'employé en matière de respect de la vie privée doivent être protégés contre un exercice trop zélé des droits de la direction, l'arbitre doit aussi reconnaître les intérêts légitimes de l'employeur concernant l'entreprise et ses biens»—Dans *Unisource Canada Inc. and C.E.P., Loc. 433 (Re)* (2003), 121 L.A.C. (4th) 437 (C.-B.), l'arbitre Kelleher (tel était alors son titre) a affirmé qu'il n'existait aucune disposition générale interdisant la surveillance vidéo—Le critère consiste à savoir si la surveillance constitue un exercice raisonnable des droits de la direction compte tenu des circonstances de l'affaire—En l'espèce, la Cour a conclu qu'une personne raisonnable considérerait que, dans les circonstances, les fins pour lesquelles CP recueille des renseignements en enregistrant des images sont acceptables—La collecte de renseignements n'était pas subreptice—Des panneaux d'avertissement ont été installés—La collecte de renseignements n'a pas été effectuée de manière continue—CP ne se borne pas à enregistrer des images des employés mais aussi des entrepreneurs, des visiteurs, des fournisseurs et des intrus—La collecte ne vise pas à mesurer le rendement des employés—Les images enregistrées sont gardées sous clé et seuls les cadres responsables et la police de CP y ont accès, et lorsqu'aucun incident nécessitant qu'une enquête soit menée

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

n'est enregistré, les enregistrements sont détruits dans un délai convenable—CP a établi la nécessité légitime de faire installer les caméras—La perte de vie privée était minime—Attentes réduites en ce qui concerne le respect de la vie privée parce que les caméras étaient placées dans des endroits publics—Un tel point de vue s'accorde avec la jurisprudence de la C.S.C. concernant l'art. 8 de la Charte—La perte de vie privée est proportionnelle à l'avantage tiré de la collecte des renseignements—CP a envisagé des solutions de rechange dans le contexte de ses activités au triage de Toronto—Ces solutions n'étaient pas rentables ou auraient perturbé les activités de CP—L'argument avancé par CP relativement à la signification des mots «à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire» figurant à la clause 4.3 de l'annexe a été rejeté parce qu'il ne s'harmonise pas avec l'esprit de la Loi—Compte tenu des faits, CP pouvait recueillir des renseignements personnels à l'insu du demandeur et sans son consentement parce que CP bénéficie de l'exemption prévue à l'art. 7(1)b) de la LPRPDE—Le fait que l'enregistrement ne soit jamais visionné à moins d'un événement déclencheur est un facteur important—La Cour accepte les observations de CP voulant que des renseignements personnels sont recueillis seulement si les représentants de CP visionnent l'enregistrement pour enquêter sur un incident—Demande rejetée—Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 5, 7(1), 13, 14, 16, 17(1)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 57—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34; 1995, ch. 44, art. 49)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13—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. 8.

EASTMOND C. CHEMINS DE FER CANADIEN PACIFIQUE (T-309-03, 2004 CF 852, juge Lemieux, ordonnance en date du 11-6-04, 92 p.)

Nouvelle audition ordonnée par la C.A.F.—En juin 1988, le demandeur s'est adressé au ministère des Affaires extérieures (MAE) pour obtenir des renseignements le concernant qui, selon ses allégations, étaient conservés dans le fichier DEA/P-PU-040 (le fichier 40, renfermant des renseignements personnels au sujet de certaines personnes qui sont communiqués au MAE par certains organismes fédéraux dans le cadre d'enquêtes en cours)—Dans une lettre en date du 8 juillet 1988, le ministère a refusé de confirmer ou de nier que de tels renseignements existaient et a déclaré que ces renseignements ne pourraient être communiqués aux termes de

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

l'art. 22(1)a) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a refusé de confirmer ou de nier qu'il détenait des renseignements au sujet du demandeur dans le fichier SIS/P-PU-015 (le fichier 10, qui se rapporte à des enquêtes récentes et très confidentielles)—Il a invoqué l'exception prévue à l'art. 22(1)a)—Le demandeur a été informé que le SCRS détenait des renseignements à son sujet dans le fichier SIS/P-PU-015 (le fichier 15, qui se rapporte à des enquêtes plus anciennes et moins confidentielles), dont une certaine partie a été retenue aux termes de la Loi—Au cours d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale concernant le bien-fondé des exceptions invoquées par le MAE et le SCRS, le juge MacKay a conclu dans la décision *Ruby c. Canada (Gendarmerie Royale du Canada)*, [1998] 2 C.F. 351 (1^{re} inst.), les demandes devaient être rejetées parce que les exceptions invoquées par le MAE et le SCRS étaient valides—Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589, la Cour d'appel a renvoyé les deux dossiers pour qu'il y ait une nouvelle décision—La Cour suprême du Canada a renversé la décision de la Cour d'appel, a maintenu celle du juge MacKay au sujet de l'interprétation de l'art. 22(1)b) ([2002] 4 R.C.S. 3)—La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable—Il incombe à la partie qui invoque une exception de justifier ses gestes quand on lui présente une demande de communication—La question de savoir si une exception a été correctement invoquée se fait en deux étapes—Tout d'abord, était-il raisonnable pour le responsable du MAE de conclure que les renseignements en question tombaient sous le coup de l'art. 22(1)a) de la Loi?—Compte tenu de la nature des renseignements qui sont versés au fichier 40, des sources desquelles ces renseignements sont obtenus et de la logique indéniable de la politique du ministère, il était raisonnable pour le MAE d'invoquer l'exception énoncée à l'art. 22(1)a)—Deuxièmement, le responsable du MAE a-t-il correctement exercé son pouvoir discrétionnaire compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce?—Considérant la source, l'âge des renseignements et les trois critères énoncés aux art. 22(1)a)(i) à (iii), les conditions de la Loi ont été respectées, et le responsable du MAE a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire—Aux termes de l'art. 19 de la Loi, le responsable d'un ministère est tenu de refuser de communiquer les renseignements qu'il a obtenus d'un autre gouvernement à moins que ce dernier consente à la communication—Des efforts raisonnables ont été faits pour obtenir le consentement du tiers qui a fourni les renseignements demandés—Les art. 26 et 8 de la Loi interdisent la communication de renseignements ayant trait à un tiers, à moins que ce tiers ne consente à la communication ou que cette communication ne soit autrement justifiée—La totalité

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin

des renseignements qui ont été soit partiellement soustraits des pages remises au demandeur ou qui ne lui ont pas été communiqués sont d'une nature dont on ne peut dire que «des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée»—Des renseignements non personnels étaient joints à l'affidavit confidentiel, mais ne renfermaient aucune référence au demandeur, et par conséquent, ils ne lui ont pas été communiqués en réponse à sa demande fondée sur la Loi sur la protection des renseignements personnels—Ce contrôle judiciaire ne soulève pas de nouveaux principes au sens de l'art. 52(2) de la Loi—Demande rejetée—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13 (3^e suppl.), ch. 1, art. 12; L.C. 1994, ch. 35, art. 39; 2000, ch. 7, art. 26), 22, 26, 52.

RUBY C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA)
(T-867-90, 2004 CF 594, juge von Finckenstein,
ordonnance en date du 29-4-04, 25 p.)

TÉLÉCOMMUNICATIONS

Les appelants contestent les propos du CRTC qui se réservait le droit, dans certains cas, de publier des ordonnances enjoignant aux propriétaires d'immeubles de donner accès aux entreprises de services locaux (ESL) aux immeubles à logements multiples (ILM) à certaines conditions pour qu'elles puissent y fournir des services de télécommunication—Suivant les appelants, le CRTC a outrepassé sa compétence en tenant de tels propos parce que la Loi sur les télécommunications ne lui confère pas le pouvoir de réglementer la propriété privée ou d'élaborer des directives qui ont des incidences sur les ILM—L'art. 64(1) de la Loi confère le droit d'interjeter appel, sur autorisation de la Cour, des «décisions» du CRTC sur des questions de droit ou de compétence—La Cour n'a pas compétence pour instruire le présent appel parce que les propos qu'a tenus le CRTC au sujet de sa compétence éventuelle ne constituent pas une «décision» au sens de l'art. 64(1) de la Loi—Le CRTC n'a imposé aucune condition ou ordonnance obligatoire ayant une incidence sur les droits reconnus par la loi aux propriétaires privés d'ILM—Il a simplement dit que, selon les circonstances, il serait disposé à prendre éventuellement ce type de mesure—Les propos qu'a tenus le CRTC au sujet de sa compétence ne sont que des orientations générales—La Loi opère une nette distinction entre les directives et les décisions et précise que seules les décisions peuvent faire l'objet d'un appel—L'art. 58 de la Loi prévoit expressément que les directives n'ont aucun caractère obligatoire, par opposition à l'art. 52(1) qui prévoit expressément que les décisions portant

TÉLÉCOMMUNICATIONS—Fin

sur des questions de fait sont obligatoires et définitives—L'appel est prématuré—La Cour ne devrait pas essayer d'interpréter et de définir dans l'abstrait l'étendue de la compétence que la Loi confère au CRTC surtout lorsqu'il n'existe aucun contexte factuel précis—Appel rejeté—Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 52, 58, 64 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206).

INSTITUT CANADIEN DES COMPAGNIES IMMOBILIÈRES
PUBLIQUES ET PRIVÉES C. BELL CANADA (A-525-03,
2004 CAF 243, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du
21-6-04, 7 p.)

TRANSPORTS

Appel interjeté, en vertu de l'art. 41 de la Loi sur les transports au Canada, d'une décision du défendeur portant que les appelantes avaient eu tort de refuser d'honorer des billets achetés d'une agence de voyage à un prix inférieur à celui publié—L'agence de voyage est mandataire des appelantes en vertu de règles de l'Association du transport aérien international (IATA)—L'agence n'est autorisée à vendre des billets qu'aux prix indiqués dans le tarif déposé par chacune des appelantes; elle doit ensuite remettre le produit des ventes à l'IATA, qui paie à son tour les appelantes—Il semble que l'agence de voyage a vendu et délivré des billets, puis a conservé le produit des ventes—Les billets semblaient valides à première vue—Une accusation a été portée au pénal—Sauf dans un cas, aucun élément de preuve n'indique que quiconque ayant acheté un billet avait connaissance d'un problème lié à l'achat, ni qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que quiconque en ait eu connaissance—Après s'être rendu compte que les billets avaient été vendus à un prix inférieur au tarif, les appelantes ont refusé d'honorer les billets et elles ont délivré des billets de remplacement à un «prix réduit net»—Après avoir reçu des plaintes relativement au refus des appelantes d'honorer les billets, l'Office a demandé à celles-ci de justifier pourquoi il ne devrait pas conclure qu'elles ne s'étaient pas conformées aux règles de leur tarif (règles 100NW et 65), en contravention de l'art. 110(4) du Règlement sur les transports aériens—Les appelantes ont soutenu que les titulaires de billets n'avaient pas payé le «prix applicable» (règle 65) et que les billets avaient été «émis de façon inappropriée» parce que le «prix applicable» n'avait pas été payé (règle 100NW)—L'Office a conclu que l'expression «prix applicable» était ambiguë parce qu'elle renvoyait à différents concepts—Selon l'interprétation de l'Office, le «prix applicable» désignait soit les montants facturés par l'agence de voyage, soit les montants payés par les titulaires de billets—Comme il n'y avait pas d'élément de preuve quant aux prix réellement payés, les appelantes ne pouvaient faire

TRANSPORTS—Suite

valoir les règles 100NW et 65 et elles n'ont pas réussi à justifier le refus d'honorer les billets—Vu la portée limitée du droit d'appel prévu à l'art. 41 de la Loi, la Cour ne peut modifier la décision s'il n'y a pas erreur de droit ou excès de compétence—L'interprétation d'un tarif présente un aspect suffisamment juridique pour donner lieu à examen en appel en application de l'art. 41 de la Loi—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable puisque l'Office est un tribunal hautement spécialisé chargé d'examiner nombre de questions complexes liées au transport, et que l'interprétation d'une expression figurant dans un tarif fait appel dans une très large mesure à cette expertise et à ces connaissances spécialisées—La question en l'espèce était de savoir s'il était raisonnable de la part de l'Office de conclure que l'expression «prix applicable» figurant à la règle 65 ne renvoie pas au prix tarifaire, mais plutôt au montant réellement facturé ou payé pour un billet—Comme la preuve indique que les appelantes n'agissaient pas constamment

TRANSPORTS—Fin

de telle manière que les prix autorisés soient toujours ceux figurant au tarif (p. ex., elles ont participé à la vente de billets à des «tarifs nets» ou réduits et rien dans la preuve ne démontre qu'elles aient modifié leurs tarifs en conséquence), le «prix applicable» ne s'entend pas uniquement du prix tarifaire—Le risque de pertes attribuables aux activités frauduleuses d'agents de voyage est ainsi assumé par le transporteur (soit les appelantes) et non par les passagers—L'interprétation de l'Office était plus raisonnable que celle des appelantes—Appel rejeté—Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 41—Règlement sur les transports aériens, DORS/88-58, art. 110(4) (mod. par DORS/96-335, art. 56).

NORTHWEST AIRLINES, INC. C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-407-03, 2004 CAF 238, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 23-6-04, 17 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>