



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2011, Vol. 1, Part 1

2011, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2011] 1 F.C.R., {³⁻¹⁶²_{D-1-D-5}

Renvoi [2011] 1 R.C.F., {³⁻¹⁶²_{F-1-F-6}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2011.

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2011.

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'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

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, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 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: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

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

Les 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 gou-vernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 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 : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3
Digests	D-1–D-5

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar) (F.C.)	105
--	------------

Evidence—Application under *Canada Evidence Act*, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar—Whether redacted passages contained in Report relevant for purposes of disclosure, whether disclosure thereof would be injurious to international relations, national security or national defence—Relevancy first criterion to be met in disclosing protected information to public; threshold to establish relevancy low—Commissioner's opinion redacted information relevant carrying some weight—Redacted passages referring to country with poor human rights record (Syria), confession made by individual to Syrian Military Intelligence determined not to be injurious to

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3
Fiches analytiques	F-1–F-6

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar) (C.F.)	105
--	------------

Preuve—Demande en vertu de l'art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar—Il s'agissait de savoir si les passages expurgés du rapport étaient pertinents à des fins de divulgation et si leur divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la sécurité et à la défense nationales—Le premier critère à établir dans le cadre de la divulgation de renseignements protégés est leur pertinence; le seuil pour établir la pertinence est faible—L'avis du commissaire selon lequel les renseignements expurgés étaient pertinents n'était pas anodin—Il a été établi que des passages expurgés faisant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Syrian Military Intelligence determined not to be injurious to international relations, national security or national defence— Even if found injurious, public interest in disclosure prevailing over public interest in non-disclosure—Disclosure of such information not breaching third-party rule—Commissioner's recommendation protected information be disclosed not constituting justification for disclosure but should be taken into consideration—Disclosure of some information resulting from American intelligence agencies considered to breach third-party rule, would be injurious to relations with Americans—While disclosure of certain redacted passages (for ex. passages referring to Syrians' assessment of Mr. Arar) considered injurious to Canada's international relations or national security, public interest in disclosure clearly outweighing public interest in non-disclosure—Application allowed in part.

Security Intelligence—Application under *Canada Evidence Act*, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar— Information given under protection of third-party rule held sacred by intelligence, police agencies—Exchange of information based on confidence, reliability, trust—Breach of such rule possibly affecting trust—Third-party rule understanding among law enforcement, intelligence agencies that party providing information controlling subsequent disclosure, use of information beyond receiving party—Security intelligence agency different from law enforcement agency since former collecting past, present information to prevent threats to Canada's national security while latter investigating criminal activities—Disclosure of some information resulting from American intelligence agencies considered to breach third-party rule, would be injurious to relations with Americans.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

anodin—Il a été établi que des passages expurgés faisant référence à un pays ayant de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne (la Syrie) et à une confession faite par un particulier au Renseignement militaire syrien ne seraient pas préjudiciables aux relations internationales, à la sécurité et à la défense nationales—Même si la divulgation était déclarée préjudiciable, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public s'y opposant—La divulgation de ces renseignements ne violerait pas la règle des tiers—La recommandation du commissaire en vue de la divulgation de renseignements protégés ne constitue pas une justification de la divulgation, elle doit être prise en compte—La divulgation de certains renseignements provenant d'agences américaines du renseignement de sécurité est considérée violer la règle des tiers et serait préjudiciable aux relations avec les Américains—Bien que la divulgation de certains passages expurgés (p. ex. les passages faisant référence à l'évaluation des Syriens concernant M. Arar) soit considérée préjudiciable aux relations internationales ou à la sécurité nationale du Canada, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation public l'emportent largement sur les raisons d'intérêt public s'y opposant—Demande accueillie en partie.

Renseignement de sécurité—Demande en vertu de l'art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar—Les services de renseignement et de police considèrent sacrés les renseignements donnés sous la protection de la règle des tiers—L'échange de renseignements est fondé sur la confiance et la fiabilité—La violation de cette règle peut porter atteinte à la confiance—La règle des tiers est une entente entre les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements—Un service du renseignement de sécurité diffère d'un organisme d'application des lois, le premier recueille des renseignements passés et présents pour prévenir ou prédire les menaces pour la sécurité nationale du Canada alors que le deuxième enquête sur des activités criminelles—La divulgation de certains renseignements provenant d'agences américaines du renseignement de sécurité est considérée violer la règle des tiers et serait préjudiciable aux relations avec les Américains.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Celgene Corp. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 78

Patents—Practice—Appeal from Federal Court decision setting aside Patented Medicine Prices Review Board decision latter having jurisdiction under *Patent Act*, s. 80(1)(b) to require that respondent provide information about pricing of drug Thalomid since January 1995—Respondent authorized to sell Thalomid in Canada under Special Access Programme (SAP) in accordance with *Food and Drug Regulations*, ss. C.08.010(1), C.08.011(1), (2)—Thalomid shipped from U.S. to physician in Canada—Whether Thalomid “sold in any market in Canada” within meaning of Act, s. 80(1)(b)—Federal Court holding that commercial meaning should be given to words “sold in any market in Canada” as found in Act, s. 80(1)(b)—*Per* Evans J.A (Sharlow J.A. concurring): Provisions in Act should be interpreted in context of purpose of statutory scheme, not common law principles in commercial law—Act not providing that patented medicine must be sold in Canada before Board may exercise powers under Act, s. 80(1)(b) or 83—Phrase “in any market in Canada” in s. 80(1)(b) more closely linked to location of market than of sale—Federal Court erring interpretatively by viewing Act through lens of commercial law dispute rather than as protective consumer legislation—Statutory, regulatory contexts supporting Board’s interpretation of Act, s. 80(1)(b)—Appeal allowed—*Per* Ryer J.A. (dissenting): Federal Court correct in setting aside Board’s decision—Board’s jurisdiction not engaged unless established that medicine in question subject of sale taking place in Canada—Sales transactions not “transacted” in geographical area without presence of buyer, seller in that area—Act should not be viewed as consumer protection legislation since Board itself believing mandate broader than that.

Construction of Statutes—Appeal from Federal Court decision setting aside Patented Medicine Prices Review Board decision latter having jurisdiction under *Patent Act*, s. 80(1)(b) to require that respondent provide information about pricing of Thalomid

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Celgene Corp. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 78

Brevets—Pratique—Appel d’une décision de la Cour fédérale annulant la décision par laquelle le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu’il avait compétence en vertu de l’art. 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* pour exiger que l’intimée fournisse des renseignements sur le prix d’un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995—L’intimée avait l’autorisation de vendre du Thalomid au Canada selon le Programme d’accès spécial (PAS) en vertu des art. C.08.010(1), C.08.011(1) et (2) du *Règlement sur les aliments et drogues*—Le Thalomid avait été expédié des É.-U. à un médecin au Canada—Il s’agissait de savoir si le Thalomid avait fait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’art. 80(1)(b) de la Loi—La Cour fédérale avait statué qu’il convenait de donner un sens commercial aux mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien », tels qu’ils paraissent à l’art. 80(1)(b) de la Loi—Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ces motifs) : Les dispositions de la Loi doivent être interprétées selon l’objet du texte législatif, pas selon les principes du droit commercial en common law—La Loi n’exige pas qu’un médicament breveté soit vendu au Canada pour que le Conseil puisse exercer ses pouvoirs en vertu des art. 80(1)(b) ou 83 de la Loi—L’expression « sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)(b) a une relation plus étroite avec le lieu du marché qu’avec celui de la vente—La Cour fédérale a commis une erreur d’interprétation en envisageant la Loi à travers le prisme d’un litige en droit commercial plutôt que dans la perspective d’une loi de protection du consommateur—Les contextes législatif et réglementaire appuyaient l’interprétation que le Conseil donnait de l’art. 80(1)(b) de la Loi—Appel accueilli—Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs dissidents) : La Cour fédérale avait raison d’annuler la décision du Conseil—La compétence du Conseil n’est pas établie à moins qu’il soit démontré que le médicament visé a fait l’objet d’une vente qui a eu lieu au Canada—Des opérations de vente ne peuvent s’effectuer dans une zone géographique donnée sans la présence de l’acheteur et du vendeur—La Loi ne devrait pas être considérée comme une législation de protection du consommateur parce que le Conseil lui-même semblait estimer que son mandat était plus large.

Interprétation des lois—Appel d’une décision de la Cour fédérale annulant la décision par laquelle le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu’il avait compétence en vertu de l’art. 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* pour exiger que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

drug since January 1995—Thalomid shipped from U.S. to physician in Canada—Whether Thalomid “sold in any market in Canada” within meaning of Act, s. 80(1)(b)—*Per* Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): Phrase “in any market in Canada” in s. 80(1)(b) more closely linked to location of market than of sale—Parliament taken to intend legislation it enacts to be effective in achieving objectives—Text of Act, s. 80(1)(b) not so precise, unequivocal as to be accorded more weight than that of statutory purpose, context—Statutory, regulatory contexts supporting Board’s interpretation of Act, s. 80(1)(b)—*Per* Ryer J.A. (dissenting): Phrase “sold in any market in Canada” in Act, s. 80(1)(b) should not be interpreted by emphasizing location of market more than place of sale of medicine, i.e. should not be interpreted as “sold into any market in Canada”—Absence of extended meaning in Act for phrase “sold in any market in Canada” indicating ordinary meaning to be given thereto.

Companionii v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by visa officer refusing to issue permanent resident visas under skilled worker class because applicant’s medical condition reasonably expected to cause excessive demand on health services, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 38—Annual cost of out-patient prescription drugs to treat HIV for applicant, common-law partner totalling \$33 500—In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Hilewitz*), Supreme Court holding assessments must take into account applicant’s ability, intention to pay for social services—Principles enunciated in *Hilewitz* equally applicable in consideration as to whether cost of out-patient drugs constituting excessive demand on health services—However, most prescription drug costs paid by Ontario government by Trillium Drug Program—Promises not to access program unenforceable—Applicant undertaking to enroll in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’intimée fournisse des renseignements sur le prix d’un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995—Le Thalomid avait été expédié des É.-U. à un médecin au Canada—Il s’agissait de savoir si le Thalomid avait fait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’art. 80(1)(b) de la Loi—Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ces motifs) : L’expression « sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)(b) a une relation plus étroite avec le lieu du marché qu’avec celui de la vente—Le législateur est présumé souhaiter que la législation qu’il adopte atteigne efficacement les objectifs recherchés—Le texte de l’art. 80(1)(b) de la Loi n’était pas si précis et non équivoque qu’il faille lui accorder un poids supérieur à celui de l’objet et du contexte législatifs—Les contextes législatif et réglementaire appuyaient l’interprétation que le Conseil donnait de l’art. 80(1)(b) de la Loi—Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs dissidents) : Les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)(b) de la Loi ne doivent pas être interprétés d’une façon qui accorde plus d’importance au lieu du marché qu’au lieu de la vente du médicament, c.-à-d. qu’ils ne doivent pas être interprétés comme étant « vendu dans un marché au Canada »—L’absence dans la Loi d’une extension du sens de l’expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » indique que celle-ci doit recevoir son sens ordinaire.

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

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente des visas a refusé de délivrer des visas de résident permanent dans la catégorie des travailleurs qualifiés au motif que l’état de santé du demandeur risquait d’entraîner un fardeau excessif pour les services de santé aux termes de l’art. 38 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Les coûts annuels des médicaments sur ordonnance pour malade externe visant à contrôler le VIH du demandeur et de son conjoint de fait s’élèvent à 33 500 \$—Dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (*Hilewitz*), la Cour suprême a conclu que les évaluations doivent tenir compte de la capacité et de la volonté de payer pour les services sociaux du demandeur—Les principes énoncés dans l’arrêt *Hilewitz* s’appliquent également à une évaluation visant à déterminer si les coûts des médicaments pour malade externe créeraient un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

private health care insurance plan, fund prescription medication costs through savings, not hold governments responsible—Visa officer concluding applicant not advancing credible plan, no guarantee applicant would find employment, assets insufficient to cover costs—Refusal based on lack of evidence that applicant eligible for employer-based insurance—Nothing on record substantiating visa officer’s belief that employer-based prescription drug coverage contingent on medical examination—Officer should have called upon applicant to provide viable plan—Question certified as to whether ability, willingness to defray costs of out-patient prescription drug medication relevant consideration in assessing excessive demand—Application allowed.

Harkat (Re) (F.C.) 16

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificates—Motion for disclosure—Applicant submitting summaries of information disclosed thereto not sufficient to meet disclosure requirements—Issue whether respondents having to comply with *R. v. Stinchcombe* standard of disclosure—*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*) not contemplating for named person in security certificate to have access to all information, intelligence files held by Canadian Security Intelligence Service—Judge must exclude evidence posing threat to national security—Obligation to assess whether information injurious not discretionary—Court bound herein to refuse disclosure of requested information—Information already filed with Court could not be disclosed pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 83(1)(d), (e)—Respondents ordered to provide, providing summary of *Charkaoui II* disclosure, list of number, type of remaining original records—Motion granted in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fardeau excessif pour les services de santé—Toutefois, la majeure partie des médicaments d’ordonnance est défrayée par le gouvernement de l’Ontario dans le cadre du Programme de médicaments Trillium—On ne peut faire respecter les promesses de ne pas se prévaloir de ce programme—Le demandeur s’était engagé à souscrire à un régime d’assurance médicale privée, à défrayer les coûts des médicaments d’ordonnance à même ses économies et à ne pas tenir les gouvernements responsables—L’agente des visas avait conclu que le demandeur n’avait pas établi un plan crédible, qu’il n’était pas certain que le demandeur trouverait un emploi et que ses actifs permettraient de couvrir les coûts—Le refus reposait sur l’absence de preuve établissant que le demandeur bénéficierait d’une assurance souscrite par l’employeur—Rien au dossier n’était la croyance de l’agente des visas que l’obtention d’une assurance-médicaments souscrite par l’employeur est tributaire d’un examen médical—L’agente aurait dû exiger que le demandeur soumette un plan viable—Certification de la question de savoir si la capacité et la volonté de défrayer les coûts des médicaments sur ordonnance pour malade externe est un facteur pertinent dans l’évaluation du fardeau excessif—Demande accueillie.

Harkat (Re) (C.F.) 16

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificats de sécurité—Requête en divulgation—Le demandeur soutenait que les résumés de renseignements qui lui avaient été remis ne suffisaient pas pour satisfaire aux exigences en matière de divulgation—Il s’agissait de savoir si les défendeurs doivent respecter la norme pour la divulgation énoncée dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*—*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*) ne prévoyait pas que l’on accorde à l’intéressé visé par un certificat de sécurité l’accès à tous les renseignements ou aux dossiers de renseignement conservés par le Service canadien du renseignement de sécurité—Le juge doit écarter l’information susceptible de menacer la sécurité nationale—L’obligation de déterminer si des renseignements porteraient atteinte à la sécurité nationale n’est pas de nature discrétionnaire—En l’espèce, la Cour était tenue de refuser la communication des renseignements demandés—Les renseignements qui avaient déjà été déposés à la Cour ne pouvaient pas être divulgués aux termes des art. 83(1)d) et e) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Les défendeurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Motion for disclosure—In context of certificate proceeding, Court not required by Charter, s. 7 to give applicant opportunity to discover respondents’ case by requiring them to answer written inquiries.

Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 36

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee because failing to seek state protection, not proving serious possibility of persecution—Applicant, American, gay member of U.S. Army—Fearing persecution on basis of sexual orientation—After receiving death threats, applicant fleeing army base—Claiming U.S. *Uniform Code of Military Justice* would be applied to her in discriminatory fashion or application thereof would result in cruel, unusual treatment or punishment—Producing affidavit of very experienced U.S. military lawyer to support her claim—RPD erring when determining applicant would be submitted to prosecution, not persecution—Affidavit of applicant’s witness not just lay opinion which RPD could reject without providing reasons—RPD discounting witness’s experience, expertise without referring to adverse evidence—RPD having duty to determine whether applicant would suffer persecution resulting from relevant substantive law or process whereby law would be applied to her—Applicant submitting evidence that when going unpunished, acts of physical, sexual, verbal abuse, discrimination against homosexuals, may form basis of refugee claim—RPD could not simply ignore evidence suggesting homosexuals treated unequally before court martial—RPD thus erring in finding applicant not meeting burden of establishing serious possibility of persecution on Convention ground—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

avaient reçu l’ordre de fournir, et avaient fourni, un résumé de la divulgation dans l’affaire *Charkaoui II*, notamment la liste du nombre et du type de documents originaux restants—Requête accueillie en partie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité —Requête en divulgation—Dans le cadre d’une procédure relative au certificat, l’art. 7 de la Charte n’oblige pas la Cour à donner au demandeur la possibilité de découvrir la preuve des défendeurs en leur demandant de répondre aux demandes présentées par écrit.

Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 36

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention parce qu’elle avait omis de se réclamer de la protection de l’État et n’avait pas prouvé l’existence d’une possibilité sérieuse de persécution—La demanderesse, une citoyenne des États-Unis, est une lesbienne membre de l’armée des É.-U.—Elle craignait d’être persécutée en raison de son orientation sexuelle—Après avoir reçu des menaces de mort, la demanderesse s’est enfuie de la base militaire—Elle affirmait que le Code unifié de justice militaire des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaudrait à des traitements ou peines cruels et inusités—Elle avait produit un affidavit d’un avocat chevronné en droit militaire à l’appui de sa demande d’asile—La SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse serait soumise à des poursuites et non pas à de la persécution—L’affidavit du témoin de la demanderesse valait plus que l’opinion d’une personne ordinaire que la SPR pouvait rejeter sans motif—La SPR n’a pas tenu compte de l’expérience et de l’expertise du témoin sans faire mention d’une preuve contraire—La SPR était tenue de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée—La demanderesse avait produit une preuve démontrant que la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des homosexuels, lorsqu’elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d’une demande d’asile—La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee—In rejecting claim, RPD relying on fact 94 percent of U.S. Army deserters not court martialled but dealt with administratively—RPD not giving applicant notice of its specialized knowledge, not affording applicant opportunity to respond thereto in accordance with *Refugee Protection Division Rules*, r. 18—RPD could not take “judicial notice” of fact at issue herein since not meeting applicable test, i.e. whether it could be considered by court without proof—Information at issue not characterized as falling within RPD’s specialized knowledge.

SOMMAIRE (Fin)

SPR ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales—La SPR a donc commis une erreur en statuant que la demanderesse n’avait pas prouvé l’existence d’une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention—Demande accueillie.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration —Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention—Lorsqu’elle a rejeté la demande d’asile, la SPR s’est fondée sur le fait que 94 p. 100 des déserteurs de l’armée américaine n’avaient pas été traduits en cour martiale, mais que les désertions avaient été réglées de façon administrative—La SPR n’a pas avisé la demanderesse de son intention d’utiliser des renseignements spécialisés et ne lui a pas donné l’occasion de faire des observations à leur égard en vertu de la règle 18 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*—La SPR ne pouvait pas prendre « connaissance d’office » des faits en cause en l’espèce parce que cela ne satisfaisait pas au critère applicable, c.-à-d. celui permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d’un fait particulier qui n’a pas été déposé en preuve—Le renseignement en question ne pouvait pas être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Hillary v. Canada (Citizenship and Immigration), IMM-4357-09, 2010 FC 638, has been affirmed on appeal (A-247-10, 2011 FCA 51). The reasons for judgment, handed down February 9, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration), IMM-4112-09, 2010 FC 240, has been reversed on appeal (A-115-10, 2011 FCA 35). The reasons for judgment, handed down February 1, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Alliance Pipeline Ltd. v. Smith (A-56-08, 2009 FCA 110) has been reversed on appeal (2011 SCC 7). The reasons for judgment, handed down February 11, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited, A-454-09, 2010 FCA 197, Layden-Stevenson J.A., judgment dated July 21, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused February 10, 2011.

Halifax Regional Municipality v. Canada (Public Works and Government Services), A-348-09, 2010 FCA 196, Evans and Sharlow J.J.A., judgment dated July 21, 2010, leave to appeal to S.C.C. granted February 24, 2011.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Hillary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-4357-09, 2010 CF 638, a été confirmée en appel (A-247-10, 2011 CAF 51). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9 février 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-4112-09, 2010 CF 240, a été infirmée en appel (A-115-10, 2011 CAF 35). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 1^{er} février 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Alliance Pipeline Ltd. c. Smith* (A-56-08, 2009 CAF 110) a été infirmé en appel (2011 CSC 7). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11 février 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited, A-454-09, 2010 CAF 197, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 février 2011.

Municipalité régionale d'Halifax c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), A-348-09, 2010 CAF 196, les juges Evans et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 24 février 2011.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2011, Vol. 1, Part 1

2011, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-2616-09
2009 FC 1315

IMM-2616-09
2009 CF 1315

Ricardo Companioni (*Applicant*)

Ricardo Companioni (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

and

et

HIV & Aids Legal Clinic (Ontario) (*Intervener*)

HIV & Aids Legal Clinic (Ontario) (*intervenante*)

**INDEXED AS: COMPANIONI v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

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

Federal Court, Harrington J.—Toronto, December 17;
Ottawa, December 31, 2009.

Cour fédérale, juge Harrington—Toronto, 17 décembre;
Ottawa, 31 décembre 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by visa officer refusing to issue permanent resident visas under skilled worker class because applicant's medical condition reasonably expected to cause excessive demand on health services, pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 38 — Annual cost of out-patient prescription drugs to treat HIV for applicant, common-law partner totalling \$33 500 — In Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Hilewitz), Supreme Court holding assessments must take into account applicant's ability, intention to pay for social services — Principles enunciated in Hilewitz equally applicable in consideration as to whether cost of out-patient drugs constituting excessive demand on health services — However, most prescription drug costs paid by Ontario government by Trillium Drug Program — Promises not to access program unenforceable — Applicant undertaking to enroll in private health care insurance plan, fund prescription medication costs through savings, not hold governments responsible — Visa officer concluding applicant not advancing credible plan, no guarantee applicant would find employment, assets insufficient to cover costs — Refusal based on lack of evidence that applicant eligible for employer-based insurance — Nothing on record substantiating visa officer's belief that employer-based prescription drug coverage contingent on medical examination — Officer should have called upon applicant to provide viable plan — Question certified as to whether ability, willingness to defray costs of out-patient prescription drug medication relevant consideration in assessing excessive demand — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a refusé de délivrer des visas de résident permanent dans la catégorie des travailleurs qualifiés au motif que l'état de santé du demandeur risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé aux termes de l'art. 38 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les coûts annuels des médicaments sur ordonnance pour malade externe visant à contrôler le VIH du demandeur et de son conjoint de fait s'élèvent à 33 500 \$ — Dans Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (Hilewitz), la Cour suprême a conclu que les évaluations doivent tenir compte de la capacité et de la volonté de payer pour les services sociaux du demandeur — Les principes énoncés dans l'arrêt Hilewitz s'appliquent également à une évaluation visant à déterminer si les coûts des médicaments pour malade externe créeraient un fardeau excessif pour les services de santé — Toutefois, la majeure partie des médicaments d'ordonnance est défrayée par le gouvernement de l'Ontario dans le cadre du Programme de médicaments Trillium — On ne peut faire respecter les promesses de ne pas se prévaloir de ce programme — Le demandeur s'était engagé à souscrire à un régime d'assurance médicale privée, à défrayer les coûts des médicaments d'ordonnance à même ses économies et à ne pas tenir les gouvernements responsables — L'agente des visas avait conclu que le demandeur n'avait pas établi un plan crédible, qu'il n'était pas certain que le demandeur trouverait un emploi et que ses actifs permettraient de couvrir les coûts — Le refus reposait sur l'absence de preuve établissant que le demandeur bénéficierait d'une assurance souscrite par

l'employeur — Rien au dossier n'était la croyance de l'agente des visas que l'obtention d'une assurance-médicaments souscrite par l'employeur est tributaire d'un examen médical — L'agente aurait dû exiger que le demandeur soumette un plan viable — Certification de la question de savoir si la capacité et la volonté de défrayer les coûts des médicaments sur ordonnance pour malade externe est un facteur pertinent dans l'évaluation du fardeau excessif — Demande accueillie.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 38, 74(d), 76 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 1 “excessive demand”, “health services” (as am. by SOR/2009-163, s. 1).

CASES CITED

APPLIED:

Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, 259 D.L.R. (4th) 244, 33 Admin. L.R. (3d) 1.

DISTINGUISHED:

Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCA 271, [2003] F.C. 301, 215 D.L.R. (4th) 675, 97 C.R.R. (2d) 1; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1461, 304 F.T.R. 241, 60 Imm. L.R. (3d) 62.

CONSIDERED:

Colaco v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 282, 64 Imm. L.R. (3d) 161, 370 N.R. 333.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Bulletin 063: Assessing Excessive Demand on Social Services*, September 24, 2008, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2008/ob063.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a visa officer's decision not to grant permanent resident visas under the skilled worker class because the applicant's medical condition was reasonably expected to cause excessive

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur la santé, L.R.C. (1985), ch. C-6.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 38, 74d), 76 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 1 « fardeau excessif », « services de santé » (mod. par DORS/2009-163, art. 1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CAF 271, [2003] 1 C.F. 301; *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1461.

DÉCISION EXAMINÉE :

Colaco c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 282.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Bulletin opérationnel 063 : Évaluation de fardeau excessif pour les services sociaux*, 24 septembre 2008, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2008/bo063.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a refusé de délivrer des visas de résident permanent dans la catégorie des travailleurs qualifiés au motif que l'état de santé du demandeur

demand on health services, pursuant to section 38 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé aux termes de l'article 38 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Michael F. Battista for applicant.
Michael W. Butterfield for respondent.
John Norquay for intervener.

ONT COMPARU

Michael F. Battista pour le demandeur.
Michael W. Butterfield pour le défendeur.
John Norquay pour l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD

Jordan Battista LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jordan Battista LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario), Toronto, pour l'intervenante.

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

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

[1] HARRINGTON J.: Were it not for the cost of out-patient prescription drugs to control their HIV, Ricardo Companioni, together with his common-law partner, Andrew Grover, would be admissible to Canada as members of the skilled worker class. The cost of their prescriptions totals some \$33 500 per year.

[1] LE JUGE HARRINGTON : N'eût été des coûts des médicaments sur ordonnance pour malade externe visant à contrôler leur VIH, M. Ricardo Companioni et son conjoint de fait, M. Andrew Grover, pourraient être admissibles au Canada dans la catégorie des travailleurs qualifiés. Les coûts de leurs médicaments s'élèvent à environ 33 500 \$ par année.

[2] The officer charged with the matter refused to issue permanent resident visas on the grounds that they are inadmissible as their condition, within the meaning of section 38 of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) "might reasonably be expected to cause excessive demand on health... services." This is a judicial review of that decision.

[2] L'agent chargé de l'affaire a refusé de délivrer des visas de résident permanent aux demandeurs au motif qu'ils sont interdits de territoire parce que leur état de santé, au sens de l'article 38 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR), « risqu[ait] d'entraîner un fardeau excessif pour les services [...] de santé ». Il s'agit du contrôle judiciaire de cette décision.

Overview

[3] An "excessive demand" is defined in section 1 [as am. by SOR/2009-163, s. 1] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227] as a demand for which the anticipated cost would likely exceed average Canadian per capita health services and social services costs over a period of five consecutive years, unless there is evidence that significant costs are

Aperçu

[3] L'expression « fardeau excessif » est définie à l'article 1 [mod. par DORS/2009-163, art. 1] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] comme étant toute charge pour les services sociaux ou les services de santé dont le coût prévisible dépasse la moyenne, par habitant au Canada, des dépenses pour les services de santé et pour les services

likely to be incurred beyond that period, in which case the period is extended to ten years. An “excessive demand” is also one which would add to existing waiting lists and increase the rate of mortality and morbidity in Canada.

[4] A health service is defined as any health service for which the majority of the funds are contributed by governments. Health services include the services of family physicians, medical specialists, nurses, chiropractors, physiotherapists, laboratory services and the supply of pharmaceutical or hospital care.

[5] Messrs. Companioni and Grover have both tested HIV positive. It is common ground that their medical condition at present and as reasonably projected over the next five or ten years should not create an excessive demand on medical services, or increase delays in servicing the Canadian population at large. However it is also common ground that the projected cost of their prescription drugs over the next ten years is \$33 500 per year while the average per capita cost at the relevant time was \$5 170.

[6] As Canadians we tend to assume that we enjoy universal, government-funded health care. While in large measure that assumption is true in that hospital care and the services of doctors, nurses and so on are government-funded, there are exceptions. Messrs. Companioni and Grover intend to reside in Ontario. The general rule in that province is that the cost of out-patient drugs is not government funded. It follows that the cost of such drugs is not a demand on health services. There are, however, exceptions to that exception and this is where the difficulty in this case lies.

[7] In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, the appellants applied for permanent resident status for themselves and their families under the “investor” and

sociaux sur une période de cinq années consécutives ou, s’il y a lieu de croire que des dépenses importantes devront probablement être faites après cette période, sur une période d’au plus dix années consécutives. Un « fardeau excessif » se dit également de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé qui viendrait allonger les listes d’attente actuelles et qui augmenterait le taux de mortalité et de morbidité au Canada.

[4] Les « services de santé » sont définis comme étant les services de santé dont la majeure partie sont financés par l’État, notamment les services des généralistes, des spécialistes, des infirmiers, des chiropraticiens et des physiothérapeutes, les services de laboratoire, la fourniture de médicaments et la prestation de soins hospitaliers.

[5] M. Companioni et M. Grover sont tous les deux séropositifs. Il est reconnu que leur état de santé actuel et, fort probablement, pour les cinq ou dix prochaines années, ne devrait entraîner aucun fardeau excessif pour les services de santé ni allonger les listes d’attente au Canada. Toutefois, il est aussi reconnu que les coûts de leurs médicaments au cours des dix prochaines années devraient être de 33 500 \$ par année alors que les coûts moyens par habitant au moment pertinent étaient de 5 170 \$.

[6] Comme Canadiens, nous sommes enclins à présumer que nous jouissons de soins de santé universels dont les coûts sont défrayés par l’État. Bien que cette présomption soit en grande partie vraie parce que les soins hospitaliers et les services fournis par les médecins et les infirmières, et ainsi de suite, sont subventionnés par l’État, il existe des exceptions. M. Companioni et M. Grover se proposent de s’établir en Ontario. La règle générale dans cette province est que les coûts des médicaments pour malade externe ne sont pas subventionnés par l’État. Il s’ensuit que les coûts de ces médicaments ne constituent pas un fardeau pour les services de santé. Il existe toutefois des exceptions à cette exception et c’est le problème qui se pose en l’espèce.

[7] Dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, les appelants avaient demandé le statut de résident permanent en leur nom et au nom de leur famille

“self-employed” classes. Both qualified but were denied admission on the ground that the intellectual disability of a dependent child might reasonably be expected to cause excessive demands on social services under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. The Court held that assessments must be individualized and take into account not merely eligibility for services, but also likely demand, and in that context consideration of an applicant’s ability and intention to pay is relevant. At paragraph 69, it was held that, even if the applicants’ stated intention for providing for their children did not materialize, both applicants would likely be required under Ontario law to contribute substantially, if not entirely, to any cost for social services provided to their children by the province. Both the majority, and those in dissent, made it abundantly clear that they were only addressing demands on social services, not health services.

[8] Therefore, the first issue is whether the reasoning in *Hilewitz* is equally applicable to assessments concerning out-patient prescription drugs. The applicant, and the intervener, the HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario), submit that the principles enunciated in *Hilewitz* are equally applicable in any determination as to whether the cost of such drugs would create an excessive demand on Canadian health services. In fact, the visa officer applied the *Hilewitz* principles to the situation of Messrs. Companioni and Grover. They submit, however, that her analysis was flawed by unreasonable assumptions.

[9] The Minister’s prime position is that ability to pay should not be considered at all when assessing potential medical inadmissibility due to excessive demands on health services. His secondary submission is that if they were to reside in Ontario, they would be entitled to recover most of the cost of their prescription drugs from the Ontario government, and that any undertaking not to assert such a claim is unenforceable. Thus, in any event, there would be an excessive demand.

dans la catégorie des « investisseurs » et dans celle des « travailleurs autonomes ». Ils étaient tous les deux admissibles mais ils se sont vu refuser l’admission au motif que la déficience intellectuelle d’un enfant à charge risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux au sens de l’ancienne *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. La Cour a conclu que les évaluations doivent être individualisées et doivent tenir compte du fardeau probable pour les services sociaux, et non de la simple admissibilité à ces services et que, dans ce contexte, la capacité et la volonté de payer du demandeur est pertinente. Au paragraphe 69, la Cour a conclu que même si les intentions exprimées par les demandeurs en matière de subvention aux besoins de leurs enfants ne se matérialisaient pas, ceux-ci seraient vraisemblablement appelés, en vertu de la loi de l’Ontario, à supporter une part substantielle, voire la totalité, des coûts afférents à certains services sociaux fournis à leurs enfants par la province. Les juges de la majorité et les juges dissidents ont clairement affirmé qu’ils ne s’intéressaient qu’au fardeau exercé sur les services sociaux et non sur les services de santé.

[8] Par conséquent, la première question en litige est de savoir si le raisonnement dans *Hilewitz* s’applique également aux évaluations concernant les médicaments sur ordonnance pour malade externe. Le demandeur et l’intervenante, la HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario), prétendent que les principes énoncés dans *Hilewitz* s’appliquent également à une évaluation visant à déterminer si les coûts de tels médicaments créeraient un fardeau excessif pour les services de santé canadiens. En fait, l’agente des visas a appliqué les principes énoncés dans *Hilewitz* à la situation de M. Companioni et de M. Grover. Ceux-ci prétendent toutefois que son analyse était entachée d’hypothèses déraisonnables.

[9] La principale prétention du ministre est que la capacité de payer ne devrait aucunement être prise en compte lorsqu’on évalue une possible interdiction pour des raisons d’ordre médical fondée sur un fardeau excessif pour les services de santé. Sa prétention subsidiaire est que si les demandeurs s’établissaient en Ontario, ils auraient droit de se faire rembourser la majeure partie des coûts de leurs médicaments par le gouvernement de l’Ontario et qu’on ne peut pas faire respecter tout engagement de ne pas faire valoir ce droit. Par conséquent, quoiqu’il en soit, il y aurait fardeau excessif.

Is *Hilewitz* applicable?

[10] In my opinion, the principles enunciated in *Hilewitz* are equally applicable in any consideration as to whether the cost of out-patient drugs would constitute an excessive demand on health services. The fundamental distinction, however, is that when it comes to social services, at least in Ontario, as a matter of law the province is entitled to recover most, if not all, of those costs from those who can afford it (*Hilewitz*, at paragraph 69). But when it comes to the supply of out-patient drugs in Ontario, by virtue of the provincial Trillium Drug Program, most of the cost of the drugs in question would be paid by the province. Promises not to access this program are simply not enforceable.

[11] Framed in this way, the Minister's reliance on the decision of the Federal Court of Appeal in *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 271, [2003] 1 F.C. 301 and *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1461, as supporting a general principle that ability to pay for health services should never be considered, is misplaced.

[12] In *Deol*, the medical condition in question could have been corrected by surgery at a cost of some \$40 000. In speaking for the Court, Mr. Justice Evans held that the failure of the visa officer to have regard to the financial ability of the applicant or members of her family to pay for the cost of surgery was not an error in law. He said at paragraph 46:

As has been held in several previous cases, it is not possible to enforce a personal undertaking to pay for health services that may be required after a person has been admitted to Canada as a permanent resident, if the services are available without payment. The Minister has no power to admit a person as a permanent resident on the condition that the person either does not make a claim on the health insurance plans in the provinces, or promises to reimburse the costs of any services required. See, for example, *Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [(1995), 98 F.T.R. 308], at paragraph 30; *Cabaldon*

L'arrêt *Hilewitz* s'applique-t-il?

[10] Selon moi, les principes énoncés dans l'arrêt *Hilewitz* s'appliquent à une évaluation visant à déterminer si les coûts des médicaments pour malade externe créeraient un fardeau excessif pour les services de santé. La distinction fondamentale, toutefois, est que, en ce qui concerne les services sociaux, du moins en Ontario, la province a le droit, en vertu de la loi, de se faire rembourser la majeure partie, sinon l'ensemble, des coûts par les personnes qui peuvent les défrayer (*Hilewitz*, au paragraphe 69). Mais, en ce qui concerne la fourniture de médicaments pour malade externe en Ontario, en vertu du Programme de médicaments Trillium, la majeure partie des coûts des médicaments en question serait défrayée par la province. On ne peut tout simplement pas faire respecter les promesses de ne pas se prévaloir de ce programme.

[11] Formulée de la sorte, le ministre a eu tort d'invoquer la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 271, [2003] 1 C.F. 301 et la décision rendue par la Cour fédérale dans *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1461, à l'appui du principe général selon lequel la capacité de payer pour les services de santé ne devrait jamais être prise en compte.

[12] Dans l'arrêt *Deol*, le problème de santé en question aurait pu être réglé par une intervention chirurgicale dont le coût était d'environ 40 000 \$. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Evans a conclu que le défaut de l'agente des visas de tenir compte de la capacité du demandeur ou des membres de la famille de payer le coût de l'intervention chirurgicale n'était pas une erreur de droit. Il a affirmé ce qui suit au paragraphe 46 :

Ainsi qu'il a déjà été jugé dans plusieurs décisions, il n'est pas possible de faire respecter un engagement personnel de payer les services de santé qui peuvent être nécessaires après que l'intéressé a été admis au Canada en tant que résident permanent si les services peuvent être obtenus sans obligation de paiement. Le ministre n'a pas la faculté d'assujettir l'admission d'une personne au Canada à titre de résident permanent à la condition que cette personne ne demande pas de remboursement du régime d'assurance-maladie de la province ou qu'elle promette de rembourser le coût de tout service utilisé (voir,

v. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296 (F.C.T.D.), at paragraph 8; *Poon, supra*, at paragraphs 18-19.

[13] *Deol* is distinguishable because the issue in that case was prospective surgery, not the cost of out-patient drugs. Surgery, of the type in question, is government-funded.

[14] The decision of Mr. Justice Campbell in *Lee* is consistent with *Deol*. The applicants' health conditions included polycystic kidney disease, hypertension, moderate mitral regurgitation and chronic renal failure. He referred to the *Canada Health Act* [R.S.C., 1985, c. C-6] and noted that the health services that might have been required by the applicant were services covered by provincial and territorial public funded healthcare plans, as "insured health services" which include medically necessary hospital and physician services. No mention was made of out-patient drugs.

The fairness letter

[15] As prospective permanent residents, Messrs. Companioni and Grover were required to provide details of their medical condition. In light thereof, a "medical notification" or "fairness letter" was sent by which they were asked for information as to the likely evolution of their medical condition over the years ahead and the anticipated cost of treatment.

[16] They made a number of points in reply. Both are American citizens residing in the state of New York. Their doctor gave particulars of their current state of health and predicted that their current good health ought to remain stable over the next several years. He was backed up by Dr. Bayoumy of St. Michael's Hospital, Toronto, a specialist in the delivery of health services to people living with HIV. The Health Canada medical officer involved in this matter has not contested those

par exemple, les jugements *Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [(1995), 98 F.T.R. 308], au paragraphe 30; *Cabaldon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 8; et *Poon*, précité, aux paragraphes 18 et 19.

[13] Il y a lieu d'établir une distinction entre l'arrêt *Deol* et la présente affaire parce que la question en litige dans cette affaire avait trait à une intervention chirurgicale éventuelle et non pas à des coûts de médicaments pour malade externe. Une intervention chirurgicale du genre dont il était question en l'espèce est financée par le gouvernement.

[14] La décision du juge Campbell dans *Lee* est conforme à celle rendue dans *Deol*. Les problèmes de santé des demandeurs comprenaient une maladie polykystique des reins, l'hypertension, une régurgitation mitrale modérée et une insuffisance rénale chronique. Il a renvoyé à la *Loi canadienne sur la santé* [L.R.C. (1985), ch. C-6] et il a souligné que les services de santé dont peut avoir besoin le demandeur sont des services assurés couverts par les régimes d'assurance-santé provinciaux et territoriaux financés par l'État à titre de « services de santé assurés » et comprennent les services hospitaliers et médicaux médicalement nécessaires. Il n'a pas été question de médicaments pour malade externe.

La lettre d'équité

[15] À titre d'éventuels résidents permanents, M. Companioni et M. Grover ont dû fournir des détails quant à leur état de santé. À la lumière de ceux-ci, on leur a envoyé une « déclaration médicale » ou une « lettre d'équité » dans laquelle on leur demandait des renseignements quant à l'évolution possible de leur état de santé au fil des ans et quant aux coûts prévus du traitement.

[16] Ils ont soulevé un certain nombre de points en réponse. Ils sont tous les deux citoyens américains et résident dans l'État de New York. Leur médecin a fourni des détails quant à leur état de santé actuel et il a affirmé que leur bon état de santé actuel devrait demeurer stable au cours des prochaines années. Son diagnostic a été confirmé par le D^r Bayoumy de l'hôpital St. Michael de Toronto, un spécialiste de la prestation des services de santé aux personnes atteintes du VIH. La médecin agréée

opinions. Occasional monitoring by a doctor was not considered to be an excessive cost.

[17] Dr. Bayoumy calculated that the current costs in Canada of Mr. Companioni's required out-patient drugs would be \$12 700 and Mr. Grover's \$20 800. He did a flatline projection over the next ten years and similarly projected the average Canadian cost of \$5 170. Had the cost of the drugs been anywhere close to the Canadian average, a more nuanced approach might have been appropriate. Will the average cost go up, particularly as our population ages? On the other hand, are some of the drugs in question on patent? When will they come off patent? Will a generic enter the market and drive the cost down? In the circumstances of this case, what the applicant did was reasonable.

[18] Mr. Companioni and Mr. Grover revealed combined assets of about \$500 000.

[19] Significantly, they both signed declarations of ability and intent in which each undertook:

... to ensure enrolment in a private (including employer-based) health care insurance plan which will cover a minimum of 85% of my prescription costs.

...

During any gap of coverage by the above insurance plan(s), including the period of time after obtaining Canadian permanent residence, and prior to enrolment in a private insurance plan, I intend to fund any prescription medication costs through my personal savings/assets.

...

I hereby declare that I will not hold the federal or provincial/territorial authority responsible for costs associated with the provision of the services, which I or my family member would

de Santé Canada qui s'est occupée du présent dossier n'a pas contesté ces opinions. Un examen occasionnel par un médecin n'a pas été considéré comme étant un fardeau excessif.

[17] Le D^r Bayoumy a estimé que les coûts actuels au Canada des médicaments pour malade externe de M. Companioni s'élèveraient à 12 700 \$ et ceux de M. Grover à 20 800 \$. Il a fait une projection linéaire pour les dix prochaines années et il a estimé que les coûts moyens au Canada s'élèveraient à 5 170 \$. Si les coûts des médicaments avaient été à peu près égaux aux coûts moyens au Canada, il aurait peut-être convenu d'adopter une approche plus nuancée. Les coûts moyens augmenteront-ils, compte tenu notamment du vieillissement de la population? Par contre, certains des médicaments en question sont-ils brevetés? Quand les brevets expireront-ils? Un produit générique fera-t-il son apparition sur le marché et fera-t-il baisser les coûts? Dans les circonstances de l'espèce, ce que le demandeur a fait était raisonnable.

[18] M. Companioni et M. Grover ont déclaré un actif combiné d'environ 500 000 \$.

[19] Fait important, ils ont tous les deux signé des déclarations de capacité financière et d'intention d'assumer les coûts. Dans ces déclarations, ils ont chacun pris les engagements suivants :

[TRANSLATION]

[...] souscrire à un régime d'assurance médicale privé (y compris celui de l'employeur) qui couvrira au minimum 85 p. 100 des coûts de mes médicaments.

[...]

Durant l'absence de couverture par le(s) régime(s) d'assurance susmentionné(s), notamment durant la période de temps suivant l'obtention du statut de résident permanent au Canada et précédant la souscription à un régime d'assurance privé, je défrayerai les coûts des médicaments d'ordonnance à même mes économies/avoirs personnels.

[...]

Je déclare par les présentes que je ne tiendrai pas le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux et territoriaux responsables des coûts associés à la prestation des services dont

require in Canada and which would otherwise create excessive demand on services in Canada.

[20] At the time of the application, Mr. Companioni had a personal insurance policy which covered prescription drugs, and Mr. Grover had an employer-based group policy which did the same. However there is no evidence that these policies would apply should they take up residence in Canada, and this point was not pressed at the hearing.

[21] The Health Canada medical officer signed off on the medical information, except as to the costs of the outpatient prescription drugs. She said to the visa officer: “Admissibility is dependent on the visa officer determining if the clients will have access to private or employer-based insurance thus not require and/or be eligible to the Trillium Drug Program, and on his/her assessment of financial aspects submitted.” It is a given that family coverage in a group plan may extend to a same-sex partner.

The visa officer’s decision

[22] The reasons why the visa officer turned down the application for permanent resident visas are to be found in her computer assisted immigration processing system (CAIPS) notes. A number of points were made, not all of which may have been determinative. She took into account Citizenship and Immigration Canada’s *Operational Bulletin 063: Assessing Excessive Demand on Social Services* [September 24, 2008] which was originally designed to assess the applications of business investors who had medical or social services issues. However, since the Federal Court of Appeal has held in *Colaco v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 282, 64 Imm. L.R. (3d) 161, that individual assessments would also be required for skilled workers, hers was a perfectly sensible approach.

moi ou les membres de ma famille pourrions avoir besoin au Canada et qui créeraient un fardeau excessif pour les services au Canada.

[20] Au moment de la demande, M. Companioni était titulaire d’une police d’assurance personnelle qui couvrirait les médicaments sur ordonnance et M. Grover était titulaire d’une police d’assurance collective souscrite par son employeur dont la couverture était semblable. Toutefois, rien ne prouve que ces polices seraient valides s’ils s’établissaient au Canada, et ce point n’a pas été soulevé à l’audience.

[21] La médecin de Santé Canada a approuvé les renseignements médicaux, sauf en ce qui a trait aux coûts des médicaments sur ordonnance pour malade externe. Elle a affirmé ce qui suit à l’agente des visas : [TRADUCTION] « [L’]admissibilité dépend de la conclusion tirée par l’agent des visas quant à savoir si les clients auront accès à une assurance privée ou souscrite par l’employeur et n’auront donc ainsi pas besoin (ou) ne seront pas admissibles au Programme de médicament Trillium et dépend de son évaluation des renseignements financiers soumis ». On s’entend pour dire que la couverture familiale prévue dans un régime collectif s’applique aussi pour le conjoint de même sexe.

La décision de l’agente des visas

[22] Les motifs pour lesquels l’agente des visas a rejeté la demande de visas de résident permanent figurent dans les notes de son Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration (le STIDI). Un certain nombre de points ont été notés et ils n’étaient pas tous déterminants. Elle a pris en compte le *Bulletin opérationnel 063 : Évaluation du fardeau excessif pour les services sociaux* [24 septembre 2008] de Citoyenneté et immigration Canada qui a été conçu à l’origine pour évaluer les demandes des investisseurs qui avaient des problèmes en matière de services médicaux ou de services sociaux. Toutefois, puisque la Cour d’appel fédérale a conclu dans *Colaco c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 282, qu’il est logique que des évaluations individuelles soient également exigées pour les travailleurs qualifiés, l’approche de l’agente des visas était raisonnable.

[23] She asked herself if the applicants had advanced a credible plan. If not, she noted she could follow up by way of a letter or personal interview. She also asked herself if the applicants had the financial ability to cover the projected expenses over the full period. However, she was ambivalent as to whether that period was five or ten years. It seems to me the only possible answer was ten years, and that she was attempting to give the applicants the benefit of the doubt.

[24] She concluded that they had not shown a credible plan. Again there is some ambiguity in that she noted there was no guarantee Mr. Companioni would find employment in his current occupation which is as an Internet music programmer. She was concerned that their current assets might not cover the entire period, be it five or ten years. However, as skilled workers Mr. Companioni and Mr. Grover should be assumed capable of meeting the normal costs of living. Section 76 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA assumes that a skilled worker will be able to become economically established in Canada.

[25] The crux of her decision quite rightly lay in the undertakings by Mr. Companioni and Mr. Grover to obtain medical insurance coverage for their prescription drugs. The plan was inchoate in that there was no indication that either Mr. Companioni or Mr. Grover had sought or secured employment in Canada and there was no evidence substantiating their claim they would be eligible for employer-based insurance. She added, and this is crucial:

Subject and partner have not shown they would be able to pass the requirements for any type of employer based medical coverage — since these coverages are based upon passing medical examinations. Pre-existing conditions may exclude subject and partner from an employer-based medical coverage plan.

[26] Although the evidence on file was far from perfect, Dr. Bayoumy had specifically mentioned employer-based insurance. There is nothing in the record to substantiate the visa officer's belief that employer-based prescription

[23] Elle s'est demandée si les demandeurs avaient établi un plan crédible. Si ce n'était pas le cas, elle a souligné qu'elle pourrait faire un suivi par une lettre ou une entrevue personnelle. Elle s'est également demandée si les demandeurs avaient les moyens financiers de payer les dépenses prévues pour l'ensemble de la période. Toutefois, elle n'a pas été claire quant à savoir si cette période était de cinq ou dix ans. Il me semble que la seule réponse possible était dix ans et qu'elle a tenté d'accorder aux demandeurs le bénéfice du doute.

[24] Elle a conclu qu'ils n'avaient pas établi un plan crédible. Encore une fois, elle n'a pas été claire car elle a inscrit qu'il n'était pas certain que M. Companioni trouverait un emploi dans son domaine, c'est-à-dire programmeur de musique Internet. Elle craignait que leurs actifs actuels ne permettraient pas de couvrir l'ensemble de la période, qu'il s'agisse de cinq ou dix ans. Toutefois, à titre de travailleurs qualifiés, M. Companioni et M. Grover devraient être présumés capables de payer les frais de subsistance normaux. L'article 76 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR présume qu'un travailleur qualifié réussira son établissement économique au Canada.

[25] Le fondement de la décision de l'agente repose à bon droit sur les engagements pris par M. Companioni et M. Grover selon lesquels ils obtiendraient une assurance médicale pour leurs médicaments sur ordonnance. Le plan était incomplet car rien n'indiquait que M. Companioni ou M. Grover avait cherché ou trouvé un emploi au Canada et rien ne confirmait leur prétention selon laquelle ils bénéficieraient d'une assurance souscrite par l'employeur. L'agente a souligné ce qui suit, et cela est très important :

[TRADUCTION] Le sujet et son conjoint n'ont pas démontré qu'ils seraient capables de satisfaire aux exigences relatives à tout type d'assurance médicale souscrite par l'employeur — car l'admissibilité à ces assurances est soumise à la réussite d'examen médicaux. En raison des conditions préexistantes, le sujet et son conjoint peuvent être exclus d'un régime d'assurance médicale souscrit par l'employeur.

[26] Bien que la preuve au dossier fût loin d'être parfaite, le D^r Bayoumy avait explicitement fait mention de l'assurance souscrite par l'employeur. Rien au dossier n'étaye la croyance de l'agente des visas que pour pouvoir

drug coverage would be contingent on a medical examination of Mr. Companioni and Mr. Grover, who would presumably be found uninsurable due to their pre-existing conditions.

Discussion

[27] The HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario) took the position that group benefit plans provided through an employer, union or an association would provide some basic level of insurance without proof of insurability, and without having to disclose one's condition. In my view, what the officer should have done was follow her own dictates and go back to Mr. Companioni to call upon him to provide a viable plan. One cannot conclude, on the balance of probabilities, that, just because there may be some plans which might cover prescription drugs without proof of insurability, Mr. Companioni or Mr. Grover would be in a position to obtain such an employer-based group policy. It was conceded that they would not be insurable under an individual policy. Even if they could, what would the premiums be, and what caps, if any, would there be on an annual or policy basis?

[28] As the material before the visa officer shows, there are exceptions in Ontario to the general rule that outpatient prescription drugs are not government funded. Some are based on status, such as age or residency in a long-term care facility. In addition, some drugs, under certain circumstances, fall within an exceptional access program. Neither of these two programs would be available to Mr. Companioni and Mr. Grover.

[29] What is available, however, is the Trillium Drug Program. In essence the holder of an Ontario health insurance card may enrol so that the costs of drugs in excess of four percent of household income are recoverable. Based on their past earnings, even if one were to assume an income of \$200 000 per year, the deductible would be \$8 000, which would give rise to a claim under the Trillium Drug Program of \$25 500, far in excess of the average per capita per annum cost of \$5 170.

bénéficiaire d'une assurance-médicaments souscrite par l'employeur, M. Companioni et M. Grover devraient subir des examens médicaux et qu'ils seraient probablement déclarés non assurables en raison de leur état préexistant.

Discussion

[27] La HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario) a fait valoir que les régimes d'avantages sociaux collectifs offerts par un employeur, un syndicat ou une association offriraient une assurance minimale sans preuve d'assurabilité et sans avoir à révéler son état de santé. Selon moi, l'agente aurait dû suivre ses propres préceptes et demander à M. Companioni de soumettre un plan viable. On ne peut pas conclure, selon la prépondérance de probabilités, que, du seul fait qu'il pourrait exister des régimes qui couvrent les médicaments sur ordonnance sans preuve d'assurabilité, M. Companioni ou M. Grover pourraient bénéficier d'une telle police collective souscrite par l'employeur. Il a été reconnu qu'ils ne seraient pas assurables en vertu d'une police individuelle. Même s'ils étaient assurables, quel serait le coût des primes, et quels plafonds, le cas échéant, seraient prévus annuellement ou par chaque police?

[28] Comme les documents soumis à l'agente des visas le démontrent, il y a, en Ontario, des exceptions à la règle générale selon laquelle les médicaments sur ordonnance pour malade externe ne sont pas payés par l'État. Certaines sont fondées sur le statut, comme l'âge ou la résidence dans un établissement de soins de longue durée. De plus, certains médicaments, dans certaines circonstances, sont visés par un programme d'accès spécial. M. Companioni et M. Grover ne pourraient se prévaloir d'aucun de ces deux programmes.

[29] Le Programme de médicaments Trillium existe cependant. Essentiellement, le détenteur d'une carte d'assurance-maladie de l'Ontario peut s'inscrire de telle sorte que le montant des coûts des médicaments qui excèdent quatre pour cent du revenu familial est remboursable. Si on se fie à leurs revenus antérieurs, même si on présume que leurs revenus seraient de 200 000 \$ par année, le montant du déductible serait de 8 000 \$, ce qui donnerait ouverture à une réclamation d'un montant de 25 000 \$ en vertu du Programme de médicaments

[30] It was conceded that the promises made by Messrs. Companioni and Grover not to draw on public funds are not enforceable. In *Hilewitz*, as I understand it, the determining factor was that the wealthy were required by Ontario law to contribute to the cost of the social services in question. In the present case, the cost of the drugs in excess of the deductible is borne by the province, without recourse. Thus, *Deol* applies.

[31] Absent a viable insurance plan, most of the costs of the drugs in question would be borne by the province of Ontario, would constitute an “excessive demand” and would render Messrs. Companioni and Grover inadmissible.

Certified question

[32] Counsel for Mr. Companioni submitted a question for certification at the hearing. Counsel for the Minister was given an opportunity to reply, which led to a final comment from Mr. Companioni’s counsel. The question must be one which would support an appeal by the Minister. I certify the following:

Is the ability and willingness of applicants to defray the cost of their out-patient prescription drug medication (in keeping with the provincial/territorial regulations regulating the government payment of prescription drugs) a relevant consideration in assessing whether the demands presented by an applicant’s health condition constitute an excessive demand?

ORDER

FOR REASONS GIVEN, judicial review is granted.

Trillium, un montant bien supérieur au montant du coût annuel par habitant moyen de 5 170 \$.

[30] Il a été reconnu qu’on ne peut pas faire respecter les promesses faites par M. Companioni et M. Grover de ne pas avoir recours aux deniers publics. Dans *Hilewitz*, selon moi, le facteur déterminant était que les riches, en vertu de la loi de l’Ontario, devaient contribuer aux coûts des services sociaux en question. En l’espèce, le montant du coût des médicaments qui excède le montant du déductible est à la charge de la province, sans avoir à exercer aucun recours. Par conséquent, *Deol* s’applique.

[31] À défaut d’un régime d’assurance viable, la majeure partie des coûts des médicaments en question seraient supportés par la province d’Ontario et ils constitueraient un « fardeau excessif » et rendraient M. Companioni et M. Grover interdits de territoire.

La question certifiée

[32] L’avocat de M. Companioni a soumis une question à certifier lors de l’audience. L’avocat du ministre a eu l’occasion de répondre, ce qui a mené à une remarque finale de la part de l’avocat de M. Companioni. La question à certifier doit pouvoir étayer un appel de la cause par le ministre. Je certifie donc la question suivante :

La capacité et la volonté des demandeurs de défrayer les coûts de leurs médicaments sur ordonnance pour malade externe (en conformité avec les règlements provinciaux/territoriaux régissant le paiement par l’État des médicaments sur ordonnance) sont-elles des facteurs dont il faut tenir compte lorsqu’on évalue si les besoins occasionnés par l’état de santé d’un demandeur constituent un fardeau excessif?

ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS SUSMENTIONNÉS, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

THIS COURT ORDERS that:

1. The matter is returned to a different visa officer for a fresh determination limited to medical admissibility.

2. The following serious question of general importance is involved and is stated in accordance with paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*:

Is the ability and willingness of applicants to defray the cost of their out-patient prescription drug medication (in keeping with the provincial/territorial regulations regulating the government payment of prescription drugs) a relevant consideration in assessing whether the demands presented by an applicant's health condition constitute an excessive demand?

LA COUR ORDONNE :

1. L'affaire est renvoyée à un autre agent des visas pour qu'il rende une nouvelle décision ne portant que sur l'admissibilité sur le plan médical.

2. L'affaire soulève la question grave de portée générale suivante énoncée en conformité avec l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* :

La capacité et la volonté des demandeurs de défrayer les coûts de leurs médicaments sur ordonnance pour malade externe (en conformité avec les règlements provinciaux/territoriaux régissant le paiement par l'État des médicaments sur ordonnance) sont-elles des facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'on évalue si les besoins occasionnés par l'état de santé d'un demandeur constituent un fardeau excessif?

DES-5-08
2009 FC 1266

DES-5-08
2009 CF 1266

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”);

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi);

IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), subsection 83(1) of the Act;

ET le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada conformément au paragraphe 77(1) et au paragraphe 83(1) de la Loi;

AND IN THE MATTER OF Mohamed HARKAT

ET Mohamed HARKAT

INDEXED AS: *HARKAT (RE)*

RÉPERTORIÉ : *HARKAT (RE)*

Federal Court, Noël J.—Ottawa, April 15 and 16, December 11, 2009.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 15 et 16 avril et 11 décembre 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificates — Motion for disclosure — Applicant submitting summaries of information disclosed thereto not sufficient to meet disclosure requirements — Issue whether respondents having to comply with R. v. Stinchcombe standard of disclosure — Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (Charkaoui II) not contemplating for named person in security certificate to have access to all information, intelligence files held by Canadian Security Intelligence Service — Judge must exclude evidence posing threat to national security — Obligation to assess whether information injurious not discretionary — Court bound herein to refuse disclosure of requested information — Information already filed with Court could not be disclosed pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 83(1)(d), (e) — Respondents ordered to provide, providing summary of Charkaoui II disclosure, list of number, type of remaining original records — Motion granted in part.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificats de sécurité — Requête en divulgation — Le demandeur soutenait que les résumés de renseignements qui lui avaient été remis ne suffisaient pas pour satisfaire aux exigences en matière de divulgation — Il s’agissait de savoir si les défendeurs doivent respecter la norme pour la divulgation énoncée dans l’arrêt R. c. Stinchcombe — Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (Charkaoui II) ne prévoyait pas que l’on accorde à l’intéressé visé par un certificat de sécurité l’accès à tous les renseignements ou aux dossiers de renseignement conservés par le Service canadien du renseignement de sécurité — Le juge doit écarter l’information susceptible de menacer la sécurité nationale — L’obligation de déterminer si des renseignements porteraient atteinte à la sécurité nationale n’est pas de nature discrétionnaire — En l’espèce, la Cour était tenue de refuser la communication des renseignements demandés — Les renseignements qui avaient déjà été déposés à la Cour ne pouvaient pas être divulgués aux termes des art. 83(1)d) et e) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Les défendeurs avaient reçu l’ordre de fournir, et avaient fourni, un résumé de la divulgation dans l’affaire Charkaoui II, notamment la liste du nombre et du type de documents originaux restants — Requête accueillie en partie.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Motion for disclosure — In context of certificate proceeding, Court not required by Charter, s. 7 to give applicant opportunity to discover respondents’ case by requiring them to answer written inquiries.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Requête en divulgation — Dans le cadre d’une procédure relative au certificat, l’art. 7 de la Charte n’oblige pas la Cour à donner au demandeur la possibilité de découvrir la preuve des défendeurs en leur demandant de répondre aux demandes présentées par écrit.

This was a motion for disclosure filed on April 9, 2009 seeking an order requiring, *inter alia*, that the respondents meet

Il s’agissait d’une requête en divulgation déposée le 9 avril 2009 en vue de solliciter une ordonnance enjoignant aux

their *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*) disclosure obligations by complying with the *R. v. Stinchcombe* standard of disclosure.

The bulk of the information disclosed to the applicant over the course of the closed hearings of the security certificate proceeding had been in the form of summaries. The applicant submitted that summaries are not sufficient to meet the disclosure requirements of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) as well as those of *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*) and *Charkaoui II*. The respondents, relying on section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), objected that the disclosure of the information sought by the applicant would be injurious to national security.

The main issue was whether the respondents must comply with a *Stinchcombe* standard of disclosure.

Held, the motion should be granted in part.

In *Charkaoui II*, the Supreme Court did not contemplate that the named person in a security certificate would have access to all of the information held by the Canadian Security Intelligence Service or that entire intelligence files would necessarily be provided. Consistent with paragraph 83(1)(e) of IRPA, the Supreme Court held that a judge must exclude evidence that poses a threat to national security and determine which information may be provided to the named person or summarized without harming national security. The designated judge has an obligation to assess whether the information would cause injury. This duty is not discretionary. The Court was bound herein to refuse to disclose information that would cause injury to national security or endanger the safety of any person.

The Court denied the applicant's requests for information filed pursuant to subsection 77(2) of IRPA and for information regarding two named individuals as such disclosure would be injurious to national security. Regarding the request to disclose information not currently before the Court, it found that most of that information did not fall within the *Charkaoui II* disclosure obligations except where the questions were put in the context of an examination of a witness. Relying on the finding in *R. v. Hynes* that the discovery mechanism is not the primary purpose of a preliminary inquiry, the Court concluded that it was not required by section 7 of the Charter, in the context of the certificate proceeding, to give the applicant an opportunity

défendeurs, entre autres, de s'acquitter de leurs obligations de divulgation découlant de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*) en se conformant à la norme de divulgation exposée à l'arrêt *R. c. Stinchcombe*.

La plupart des renseignements ont été communiqués au demandeur lors des audiences à huis clos tenues dans le cadre des procédures relatives à un certificat de sécurité, sous la forme de résumés. Le demandeur soutenait que les résumés ne suffisent pas pour satisfaire aux exigences en matière de divulgation prescrites par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et les arrêts *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*) et *Charkaoui II*. Les défendeurs, qui invoquaient l'article 83 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), s'opposaient à la divulgation des renseignements demandés par le demandeur, affirmant qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale.

La principale question à trancher était celle de savoir si les défendeurs doivent respecter la norme pour la divulgation énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*.

Jugement : la requête doit être accueillie en partie.

Dans l'arrêt *Charkaoui II*, la Cour suprême ne prévoyait pas que l'on accorde à l'intéressé visé par un certificat de sécurité l'accès à tous les renseignements conservés par le Service canadien du renseignement de sécurité ou qu'on lui fournisse nécessairement l'ensemble des dossiers de renseignement. Conformément à l'alinéa 83(1)e) de la LIPR, la Cour suprême a conclu qu'un juge doit écarter l'information susceptible de menacer la sécurité nationale et déterminer quels renseignements ou résumés remettre à l'intéressé sans porter atteinte à la sécurité nationale. Il incombe au juge désigné de déterminer si ces renseignements porteraient atteinte à la sécurité nationale. Cette obligation n'est pas de nature discrétionnaire. En l'espèce, la Cour était tenue de refuser la communication des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

La Cour a rejeté les demandes du demandeur visant les renseignements déposés en application du paragraphe 77(2) de la LIPR et les renseignements concernant deux personnes nommées parce que cette divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale. S'agissant de la demande en divulgation de renseignements qui n'ont pas été déposés à la Cour, celle-ci a conclu que la plupart des renseignements n'étaient pas visés par les obligations de divulgation imposées par l'arrêt *Charkaoui II*, sauf dans le cas des questions posées lors de l'interrogatoire d'un témoin. En se fondant sur la conclusion tirée dans l'arrêt *R. c. Hynes* selon laquelle le mécanisme de communication de la preuve obtenue lors d'une enquête préliminaire n'est pas

to discover the respondents' case by requiring them to answer written inquiries.

Finally, the information sought to be disclosed that had already been filed with the Court could not be disclosed pursuant to paragraphs 83(1)(d) and (e) of IRPA. The respondents were ordered to provide a summary of the *Charkaoui II* disclosure to the applicant, including a list of the number and type of remaining original records. They subsequently complied with this order.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 577 (as am. by S.C. 2002, c. 13, s. 46).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83 (as am. *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Hynes, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, 208 Nfld. & P.E.I.R. 181, 206 D.L.R. (4th) 483.

CONSIDERED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129; *Almrei (Re)*, 2009 FC 240, [2010] 2 F.C.R. 165, 342 F.T.R. 27.

REFERRED TO:

Harkat (Re), 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 339 F.T.R. 65; *Almrei (Re)*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60; *R. v. Girimonte* (1997), 37 O.R. (3d) 617, 121 C.C.C. (3d) 33, 12 C.R. (5th) 332 (C.A.); *R. v. Huynh*, 2008 CanLII 30296 (Ont. S.C.).

l'objet premier de cette procédure, la Cour a conclu que l'article 7 de la Charte, dans le cadre d'une procédure relative au certificat, ne l'oblige pas à donner au demandeur la possibilité de découvrir la preuve des défendeurs en leur demandant de répondre aux demandes présentées par écrit.

Enfin, les renseignements qui avaient déjà été déposés à la Cour ne pouvaient pas être divulgués aux termes des alinéas 83(1)d) et e) de la LIPR. La Cour avait ordonné aux défendeurs de fournir au demandeur un résumé de la divulgation dans l'affaire *Charkaoui II*, notamment la liste du nombre et du type de documents originaux restants. Ils ont respecté cette ordonnance par la suite.

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. 577 (mod. par L.C. 2002, ch. 13, art. 46).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

R. c. Hynes, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Harkat (Re)*, 2009 CF 340; *Almrei (Re)*, 2009 CF 240, [2010] 2 R.C.F. 165.

DÉCISIONS CITÉES :

Harkat (Re), 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370; *Almrei (Re)*, 2009 CF 322; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Harkat (Re)*, 2009 CF 203; *R. v. Girimonte* (1997), 37 O.R. (3d) 617, 121 C.C.C. (3d) 33, 12 C.R. (5th) 332 (C.A.); *R. v. Huynh*, 2008 CanLII 30296 (C. sup. Ont.).

MOTION for disclosure seeking an order requiring, *inter alia*, that the respondents meet their *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 disclosure obligations by complying with the *R. v. Stinchcombe* standard of disclosure. Motion granted in part.

REQUÊTE en divulgation déposée en vue de solliciter une ordonnance enjoignant aux défendeurs, entre autres, de s'acquitter de leurs obligations de divulgation découlant de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 en se conformant à la norme de divulgation exposée à l'arrêt *R. c. Stinchcombe*. Requête accueillie en partie.

APPEARANCES

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall and Leonardo S. Russomanno for applicant.

David W. Tyndale and André Seguin for respondents.

Paul J. J. Cavalluzzo and Paul D. Copeland, as special advocates.

ONT COMPARU

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall et Leonardo S. Russomanno pour le demandeur.

David W. Tyndale et André Seguin pour les défendeurs.

Paul J. J. Cavalluzzo et Paul D. Copeland, à titre d'avocats spéciaux.

SOLICITORS OF RECORD

Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa, and *Bayne Sellar Boxall*, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Paul Cavalluzzo, Toronto, and *Paul Copeland*, Toronto, as special advocates.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa, et *Bayne Sellar Boxall*, Ottawa, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Paul Cavalluzzo, Toronto, et *Paul Copeland*, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] NOËL J.: These are reasons for order in relation to the motion for disclosure filed by Mr. Harkat (the applicant) on April 9, 2009. Submissions were heard on April 15 and April 16 in public.

[1] LE JUGE NOËL : Il s'agit des motifs de l'ordonnance relativement à la requête en divulgation déposée par M. Harkat (le demandeur) le 9 avril 2009. Des plaidoiries ont été entendues les 15 et 16 avril en audience publique.

[2] An order granting in part the motion of April 9, 2009, was issued on April 21, 2009, with reasons to follow.

[2] Une ordonnance accueillant en partie la requête du 9 avril 2009 a été rendue le 21 avril 2009, avec motifs à suivre.

[3] Shortly after the April 21, 2009 order was issued, the Court was informed of the failure of the ministers to disclose some information relating to one of the human sources relied on to support the allegations in the Security Information Report (SIR) (see 2009 FC 204 [*Harkat (Re)*, [2009] 4 F.C.R. 370]). The intervening procedures, which came to a close on October 15, 2009, as well as the most recent closed hearings on the reasonableness of the certificate, which also addressed further disclosure, have delayed the issuance of these reasons for the order of April 21, 2009.

[3] Peu de temps après l'ordonnance du 21 avril 2009, la Cour a été informée que les ministres n'ont pas communiqué certains renseignements concernant l'une des sources humaines sur lesquelles s'appuyaient les allégations figurant au Rapport de renseignements de sécurité (RRS) (voir 2009 CF 204 [*Harkat (Re)*, [2009] 4 R.C.F. 370]). Les procédures en intervention, qui ont pris fin le 15 octobre 2009, ainsi que les plus récentes audiences à huis clos sur le caractère raisonnable du certificat, qui ont porté aussi sur la communication d'autres renseignements, ont retardé le dépôt des présents motifs de l'ordonnance du 21 avril 2009.

The requests for disclosure brought by counsel for the applicant, Mr. Harkat, from August 2008 to April 2009

[4] On August 28, 2008, counsel for the applicant sought full disclosure of the information regarding Mr. Harkat in the possession of the ministers and the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS) subject only to the assertion of a national security privilege. If a national security privilege was asserted over such information, counsel wished to be informed of the basis of the privilege so that the assertion could be challenged by the special advocates. (Letter from Mr. N. Boxall dated August 28, 2008.) In an appendix to his letter, counsel listed the information he was seeking to have disclosed which included but was not limited to:

- CSIS interviews;
- human source information including information about the source's relationship with CSIS, motivation, payment, other targets, citizenship immigration status, criminal record, etc.;
- definitions of specific terms used in the Security Intelligence Report (SIR);
- information about employees involved in the preparation of the SIR;
- background information about various individuals and organizations named in the SIR, e.g. FIS [Front Islamique du salut], GIA [Groupe Islamique Armé], Ibn Khattab, AGAI [Al Gramaa al Islamiya];
- the number of Islamic extremists that entered Canada on false Saudi passports; and,
- original material of any interviews conducted.

[5] On March 20, 2009, counsel for Mr. Harkat wrote to the Court concerning potential disclosure to Mr. Harkat. In his letter, counsel noted that the requests made in August 2008 were still unanswered. In addition to the earlier requests, counsel requested the following information:

Les demandes de divulgation présentées par l'avocat du demandeur, M. Harkat, entre août 2008 et avril 2009

[4] Le 28 août 2008, l'avocat du demandeur a demandé la communication intégrale des renseignements concernant M. Harkat, se trouvant en possession des ministres et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), sous réserve seulement de la revendication d'un privilège relatif à la sécurité nationale. Si un privilège relatif à la sécurité nationale visait ces renseignements, l'avocat voulait être avisé du fondement de ce privilège afin que la revendication soit contestée par les avocats spéciaux. (Lettre de M. N. Boxall en date du 28 août 2008.) Dans une annexe à sa lettre, l'avocat a énuméré les renseignements visés par la divulgation demandée, dont :

- les entrevues avec le SCRS;
- des renseignements concernant la source humaine, notamment des renseignements sur les relations de la source avec le SCRS, la motivation, le paiement effectué, les autres cibles, le statut de citoyen ou d'immigrant, le casier judiciaire, etc.;
- les définitions des termes utilisés dans le Rapport de renseignements de sécurité (RRS);
- des renseignements sur les employés ayant participé à la préparation du RRS;
- des renseignements sur différentes personnes et organisations mentionnées dans le RRS, à savoir le FIS [Front Islamique du salut], le GIA [Groupe Islamique Armé], Ibn Khattab, l'AGAI [Al Gamaa al Islamiya];
- le nombre des extrémistes islamiques qui sont entrés au Canada avec de faux passeports saoudiens;
- le matériel original relatif à toute entrevue effectuée.

[5] Le 20 mars 2009, l'avocat de M. Harkat s'est adressé par écrit à la Cour au sujet de la possibilité de divulguer des renseignements à M. Harkat. Dans sa lettre, l'avocat a souligné que les demandes présentées en août 2008 n'avaient pas encore reçu de réponse. En plus des renseignements demandés antérieurement, il sollicitait également :

- declassified versions of all reports generated concerning the reliability and/or corroboration of human sources;
- a list of which of the conversations summarized and provided to Mr. Harkat are the result of technical intercepts and which emanate from human sources;
- transcripts of the summarized conversations if available;
- release of further summarized conversations between Mr. Harkat and his family; and,
- a detailed accounting or inventory of all information that has been lost or destroyed.

[6] Given the numerous demands for disclosure made by Mr. Harkat, on April 3, 2009, this Court ordered that his requests be made the subject of a motion for disclosure. This motion was filed on April 9, 2009 and sought an order requiring that:

- the ministers release evidence regarding two named individuals; Mohamed El Barseigy and Ahmed Derbas;
- the ministers release items of disclosure referred to in the disclosure request of counsel dated March 20, 2009;
- the ministers provide the fullest possible disclosure of material relied upon under paragraph 83(1)(e) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] to public counsel, such that public counsel know the case to be met;
- the ministers meet their *Charkaoui II* [*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326] disclosure obligations by complying with the *Stinchcombe* [*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326] standard of disclosure of “all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged”; and

- les versions déclassifiées de tous les rapports produits relativement à la fiabilité des sources humaines et à la corroboration de leurs témoignages;
- une liste précisant, parmi les conversations résumées et fournies à M. Harkat, celles provenant des interceptions et celles provenant des sources humaines;
- les transcriptions des conversations résumées le cas échéant;
- la communication d’autres conversations résumées entre M. Harkat et sa famille;
- l’inventaire détaillé de tous les renseignements perdus ou détruits.

[6] Vu les nombreuses demandes de divulgation présentées par M. Harkat, la Cour a ordonné, le 3 avril 2009, qu’elles fassent l’objet d’une requête en divulgation. Cette requête a été déposée le 9 avril 2009 et visait à obtenir une ordonnance enjoignant aux ministres :

- de communiquer la preuve concernant deux personnes nommées : Mohamed El Barseigy et Ahmed Derbas;
- de fournir des éléments faisant l’objet de la demande de divulgation présentée par l’avocat en date du 20 mars 2009;
- de fournir à l’avocat public une communication exhaustive, dans la mesure du possible, du matériel sur lequel s’appuie la poursuite visé par l’alinéa 83(1)e) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27], de sorte qu’il soit informé de la thèse des ministres à son égard;
- de s’acquitter de leurs obligations de divulgation découlant de l’arrêt *Charkaoui II* [*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326] en se conformant à la norme de divulgation exposée à l’arrêt *Stinchcombe* [*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326] de divulguer « tous renseignements, inculpatatoires ou disculpatoires, sauf s’il s’agit d’une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l’objet d’un privilège »;

• the ministers comply with the Supreme Court's holding in *Charkaoui II*, by providing a full inventory of destroyed and lost operational materials to date.

• de respecter les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui II* et de fournir l'inventaire complet du matériel opérationnel ayant été détruit ou perdu jusqu'à présent.

[7] To date, Mr. Harkat has been provided with:

- all publicly available material relied on in the confidential Security Intelligence Report (the SIR) including news articles, etc.;

[7] À ce jour, M. Harkat a reçu les éléments suivants :

- tous les documents accessibles au public sur lesquels s'est appuyé le Rapport de renseignements de sécurité (RRS), dont les articles de presse, etc.;

- all information provided by other Canadian government agencies relied on in the confidential SIR;

- tous les renseignements fournis par d'autres organismes gouvernementaux canadiens sur lesquels se fondait le RRS confidentiel;

- summaries of all conversations in which Mr. Harkat was a participant relied on in the confidential SIR;

- les résumés de toutes les conversations auxquelles a participé M. Harkat et sur lesquelles se fondait le RRS confidentiel;

- further information on the MAK [Maktab Al Khidmat];

- d'autres renseignements sur le MAK [Maktab Al Khidmat];

- more detail concerning previously known allegations as well as previously undisclosed allegations made in the confidential SIR. Supplementary information may be disclosed as the proceedings are unfolding;

- des détails concernant les allégations communiquées antérieurement ainsi que les allégations non divulguées figurant dans le RRS confidentiel. Il se peut que des renseignements supplémentaires soient communiqués selon le dénouement des instances;

- a summary of the information contained in the *Charkaoui II* disclosure material;

- un résumé des renseignements figurant dans le matériel divulgué dans l'affaire *Charkaoui II*;

- some original information that was produced as part of the *Charkaoui II* disclosure;

- certains renseignements initiaux fournis dans la cadre de la divulgation dans l'affaire *Charkaoui II*;

- summaries of other conversations, not relied on in the SIR, between Mr. Harkat and others;

- résumés d'autres conversations entre M. Harkat et diverses personnes non visées par le RRS;

- summaries of 22 documents in the *Charkaoui II* material that were identified as essential by the special advocates;

- les résumés de 22 documents visés par l'affaire *Charkaoui II* et que les avocats spéciaux n'avaient pas considérés comme essentiels;

[8] The bulk of the information disclosed to the applicant, over the course of the closed hearings of the proceeding, has been in the form of summaries. Some limited original material has also been provided to the applicant.

[8] La plupart des renseignements ont été communiqués au demandeur, lors des audiences à huis clos, sous la forme des résumés. Le demandeur a reçu également quelques documents originaux.

[9] Mr. Harkat has received substantial disclosure of the allegations made against him including some of the information on which those allegations are based. Special advocates have been permitted to communicate with counsel for Mr. Harkat (order of May 6, 2009) who was, as a result of the authorized communication, able to forward instructions to the special advocates.

[10] On November 10, 2009, this Court authorized a further oral communication between the special advocates and counsel for Mr. Harkat. The object of the communication was to allow Mr. Harkat to give instructions to the special advocates for the purpose of their cross-examination of the witnesses during the closed hearings of November and December 2009, on the following matters:

- the guesthouse in Babi;
- Mr. Harkat's relationship with Ibn Khattab;
- Mr. Harkat's relationship and contacts with Ahmed Said Khadr before and after he came to Canada;
- Mr. Harkat's relationship with Wael;
- Mr. Harkat's relationship with Al Shehri;
- Mr. Harkat's presence in Afghanistan and any activities there;
- Mr. Harkat's relationship with Abu Zubayda;
- Mr. Harkat's relationship with bin Laden and any contacts with him;
- Mr. Harkat's access to large sums of money while in Canada.

[11] Both of these authorized communications were subject to conditions designed by the Court to prevent any inadvertent disclosure of confidential information.

[12] I note that these reasons for order do not address the constitutional sufficiency of the disclosure mandated by paragraph 83(1)(e) of IRPA; this issue, among others, is the subject of an omnibus motion brought by counsel

[9] M. Harkat a reçu d'importants renseignements sur les allégations portées contre lui, notamment des renseignements sur lesquels se fondent ces allégations. Les avocats spéciaux ont été autorisés à communiquer avec l'avocat de M. Harkat (l'ordonnance du 6 mai 2009) qui a été ainsi en mesure de leur transmettre des instructions.

[10] Le 10 novembre 2009, la Cour a autorisé une autre communication orale entre les avocats spéciaux et l'avocat de M. Harkat. Cette communication avait pour objet de permettre à M. Harkat de donner des instructions aux avocats spéciaux concernant le contre-interrogatoire des témoins lors des audiences à huis clos de novembre et décembre 2009, sur les questions suivantes :

- la maison d'accueil de Babi;
- la relation de M. Harkat avec Ibn Khattab;
- la relation de M. Harkat et ses contacts avec Ahmed Said Khadr avant son arrivée au Canada et par la suite;
- la relation de M. Harkat avec Wael;
- la relation de M. Harkat avec Al Shehri;
- la présence de M. Harkat en Afghanistan et ses activités là-bas;
- la relation de M. Harkat avec Abu Zubayda;
- la relation de M. Harkat avec ben Laden et tout contact avec celui-ci;
- l'accès de M. Harkat à d'importantes sommes d'argent lors de son séjour au Canada.

[11] Les deux communications ont été autorisées sous réserve de conditions destinées à empêcher toute divulgation par inadvertance de renseignements confidentiels.

[12] Je souligne que les présents motifs n'ont pas trait au caractère suffisant sur le plan constitutionnel de la divulgation autorisée par l'alinéa 83(1)e) de la LIPR; cette question, entre autres, est l'objet d'une requête

for Mr. Harkat which is to be argued at the end of the reasonableness hearings. I agree with Mosley J. that to determine these issues prior to the reasonableness hearing would be premature: *Almrei (Re)*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11, at paragraph 54.

[13] I will first address the scope of the disclosure which is mandated by IRPA and by the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*).

The scope of the information that must be filed with the Court and provided to the special advocates: must the ministers comply with a *Stinchcombe* standard of disclosure?

[14] In his motion record, Mr. Harkat takes the position that in the absence of the assertion of a privilege, all of the information concerning him should be disclosed. His counsel refers to the decisions of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*) and *Charkaoui II* as authority for this assertion.

[15] Counsel for Mr. Harkat submits that the gravity of the consequences facing Mr. Harkat, namely, possible removal from Canada or indefinite detention, elevates the required level of procedural fairness 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]] (the Charter). He submits that regardless of the non-criminal nature of the proceeding, the consequences for Mr. Harkat's life, liberty and security of the person require that standards of procedural fairness equivalent to those applied in the criminal context must be met in a security certificate proceeding. Counsel further submits that summaries of information are not sufficient to meet the disclosure requirements mandated by section 7 and the *Charkaoui* cases. Mere summaries do not, according to counsel, allow counsel to verify or test the allegations made against Mr. Harkat. The presence of special advocates is not, in the applicant's opinion, sufficient to replace the role of counsel because of the prohibition on communication between the applicant and

d'ensemble présentée par l'avocat de M. Harkat et qui doit être débattue à la fin des audiences sur le caractère raisonnable. Je suis d'accord avec le juge Mosley pour dire qu'il serait prématuré de trancher ces questions maintenant : *Almrei (Re)*, 2009 CF 322, au paragraphe 54.

[13] J'examinerai d'abord la portée de la divulgation autorisée par la LIPR et par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*).

La portée des renseignements devant être soumis à la Cour et fournis aux avocats spéciaux : les ministres doivent-ils respecter la norme pour la divulgation énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*?

[14] Dans son dossier de requête, M. Harkat fait valoir qu'en l'absence de la revendication d'un privilège, tous les renseignements le concernant doivent être divulgués. Son avocat invoque les arrêts de la Cour suprême du Canada *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*), et *Charkaoui II*

[15] L'avocat de M. Harkat soutient que la gravité des conséquences pour M. Harkat, notamment le renvoi possible du Canada ou la détention pour une période illimitée, demande un degré élevé d'équité procédurale en vertu de 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*, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Il prétend que, sans égard à la nature non criminelle des procédures, les conséquences pour la vie, la liberté et la sécurité de M. Harkat exigent, dans le cadre des procédures relatives à un certificat de sécurité, l'application des normes d'équité procédurale correspondant à celles appliquées en matière criminelle. L'avocat soutient également que les résumés de renseignements ne suffisent pas pour satisfaire aux exigences en matière de divulgation prescrites par l'article 7 de la Charte et les arrêts *Charkaoui*. Selon l'avocat, de simples résumés ne lui permettent pas de vérifier la validité des allégations portées contre M. Harkat. Selon le demandeur, la présence d'avocats spéciaux ne remplace pas adéquatement celle

the special advocates. In the end analysis, only Mr. Harkat is in a position to effectively instruct his counsel in relation to the information relied on by the ministers.

[16] The ministers object to the disclosure of most of the information sought by the applicant on the grounds that the disclosure of the information would be injurious to national security. They rely on section 83 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) which they assert is clear on its face.

[17] There are two statutory mechanisms designed to provide disclosure to the subject of a security certificate. The first is found in subsection 77(2) [as am. *idem*] of IRPA which requires the ministers to file the information and evidence on which the certificate is based in the Court. A public summary of this information must be provided to the subject of the certificate. The second is found in paragraph 83(1)(e) of IRPA which puts a dual obligation on the designated judge to maintain the confidentiality of information, the disclosure of which would injure national security, and to ensure that the subject of the certificate is reasonably informed of the case made by the ministers.

[18] A further duty to disclose information to the designated judge was established by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui II*.

[19] This further duty to disclose in *Charkaoui II* has been interpreted by this Court as imposing an obligation on the ministers to provide the Court, and subsequently the special advocates, with all information in CSIS' possession or holdings relating to the named person, in this case Mr. Harkat: *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60, at paragraphs 10 and 11.

[20] In *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129, this Court concluded that CSIS is not required to disclose all of its holdings regarding every person or organization that is alleged to have a connection with Mr. Harkat; it must provide such information where the special advocates

d'un véritable avocat de la défense en raison de l'interdiction de communication entre le demandeur et les avocats spéciaux. En dernière analyse, M Harkat est le seul en mesure de donner des instructions efficaces à son avocat au regard des renseignements sur lesquels se sont fondés les ministres.

[16] Les ministres s'opposent à la divulgation de la plupart des renseignements demandés par le demandeur au motif qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale. Ils invoquent l'article 83 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), lequel est clair à sa face même.

[17] La loi prévoit deux mécanismes pour obtenir la divulgation en matière de certificat de sécurité. Le premier est prévu au paragraphe 77(2) [mod., *idem*] de la LIPR, lequel exige que les ministres déposent à la Cour les renseignements et les éléments de preuve justifiant le certificat. Un résumé de la preuve doit être remis à la personne visée par le certificat. Le deuxième est prévu à l'alinéa 83(1)e) de la LIPR, lequel exige que le juge désigné garantisse, d'une part, la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale et, d'autre part, qu'il veille à ce que l'intéressé soit suffisamment informé de la thèse des ministres.

[18] La Cour suprême du Canada a établi dans l'arrêt *Charkaoui II* une obligation supplémentaire de communication incombant au juge désigné.

[19] La Cour a considéré cette obligation établie dans l'arrêt *Charkaoui II* comme exigeant des ministres qu'ils fournissent à la Cour, et par la suite aux avocats spéciaux, tous les renseignements que le SCRS détient relativement à la personne visée, soit M. Harkat en l'espèce : *Harkat (Re)*, 2009 CF 203, aux paragraphes 10 et 11.

[20] Dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 340, la Cour a conclu que le SCRS n'est pas tenu de divulguer tous ses documents concernant chacune des personnes ou organisations qui serait liée à M. Harkat; il doit fournir de tels renseignements lorsque les avocats

have established that access to the information is necessary for them to fulfill their legislative role: see paragraph 17.

[21] The focus of the *Charkaoui II* exercise is to ensure that the designated judge, and now the special advocates, have all of the information relevant to the verification of the allegations made against the named person and all of the information relied on to support those allegations: *Almrei (Re)*, 2009 FC 240, [2010] 2 F.C.R. 165, at paragraphs 19–20, *per* Dawson J.

[22] When discussing how this new duty to disclose is to be discharged, the Supreme Court observed at paragraph 62 of *Charkaoui II*:

To uphold the right to procedural fairness to people in Mr. Charkaoui’s position, CSIS should be required to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge. The ministers and the designated judge will in turn be responsible for verifying the information they are given.... The designated judge, who will have access to all the evidence, will then exclude any evidence that might pose a threat to national security and summarize the remaining evidence — which he or she will have been able to check for accuracy and reliability — for the named person. [Emphasis added.]

[23] I take from this statement that the Supreme Court did not contemplate that the named person, the subject of a security certificate, would be granted access to all of the information or records retained by CSIS. Nor did the Supreme Court contemplate that the entire intelligence file relating to the named person would necessarily be provided to him or her. Consistent with paragraph 83(1)(e) of IRPA, the Supreme Court held that a judge must exclude evidence that “poses a threat to national security” and determine which of the original information may be provided to the named person or summarized without harming national security.

[24] The ultimate obligation to protect information that would injure national security, is placed on the designated judge: paragraph 83(1)(d) of IRPA. Indeed, in *Re Almrei*, 2009 FC 240, Dawson J. concluded that even where the ministers consent to the disclosure of information, the designated judge has an obligation, as set out in paragraph 83(1)(d) of IRPA, to assess whether the information

spéciaux ont établi que l’accès à l’information leur était nécessaire pour s’acquitter de leurs fonctions : voir le paragraphe 17.

[21] L’objectif de l’arrêt *Charkaoui II* est de faire en sorte que le juge désigné, et maintenant les avocats spéciaux, soient saisis de tous les renseignements pertinents permettant la vérification des allégations portées contre l’intéressé et de tous les renseignements les justifiant : *Almrei (Re)*, 2009 CF 240, [2010] 2 R.C.F. 165 (la juge Dawson, aux paragraphes 19 et 20).

[22] Lorsqu’elle traite de la manière d’appliquer cette nouvelle obligation de communication, la Cour suprême dit au paragraphe 62 de l’arrêt *Charkaoui II* :

Ainsi, afin de respecter le droit à l’équité procédurale des personnes telles que M. Charkaoui, le SCRS devrait être tenu de conserver l’ensemble des renseignements dont il dispose et de les divulguer aux ministres ainsi qu’au juge désigné. Ces derniers seront à leur tour responsables de vérifier l’information qui leur est remise [...] Puis, le juge désigné, qui aura à sa disposition l’ensemble des renseignements, écartera l’information susceptible de menacer la sécurité nationale et résumera le reste de la preuve, dont il aura pu vérifier l’exactitude et la fiabilité, à l’intention de la personne visée. [Non souligné dans l’original.]

[23] Je comprends de ce passage que la Cour suprême ne prévoyait pas que l’on accorde à l’intéressé, la personne visée par un certificat de sécurité, l’accès à tous les renseignements conservés par le SCRS. La Cour suprême ne prévoyait pas non plus que l’on fournisse nécessairement à l’intéressé l’ensemble du dossier du renseignement. Conformément à l’alinéa 83(1)e) de la LIPR, la Cour suprême a conclu qu’un juge doit écarter l’information « susceptible de menacer la sécurité nationale » et déterminer quels renseignements originaux ou résumés remettre à l’intéressé sans porter atteinte à la sécurité nationale.

[24] L’obligation ultime de protéger les renseignements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale incombe au juge désigné : alinéa 83(1)d) de la LIPR. En effet, dans *Re Almrei*, 2009 CF 240, la juge Dawson a conclu que, même lorsque les ministres conviennent de la divulgation de renseignements, il incombe au juge désigné, aux termes de l’alinéa 83(1)d) de la LIPR, de

would, in the judge's opinion, cause injury to national security or endanger any person.

[25] Again, it is important to note that the constitutionality of paragraph 83(1)(e) of IRPA is not at issue in this motion, nor is the sufficiency of the special advocate model set out in IRPA; these issues will be argued as part of the final submissions on the reasonableness of the certificate. I am consequently bound to refuse to disclose information where such information would, in my opinion, cause injury to national security or endanger the safety of any person.

[26] The designated judge's duty to protect information is not discretionary. Where I have come to the opinion that disclosure would injure national security or endanger any person I must refuse to disclose that information.

[27] I will now deal with the specific requests made by Mr. Harkat which may, for the most part, be divided into two categories. First, I will address requests for information filed with the Court pursuant to subsection 77(2) of IRPA or, in accordance with the ministers' disclosure obligations as established by *Charkaoui II* ("information that is filed with the Court"). Second, I will address requests for information that is not currently before the Court. Last, I will deal with the request for the disclosure of information concerning two individuals who Mr. Harkat wishes to call as witnesses in this proceeding, and the request for the disclosure of a list of all original material that has been destroyed.

1. Mr. Harkat's specific requests for information filed with the Court

[28] Mr. Harkat (by way of letters dated March 20, 2009 and August 28, 2008) made specific requests for the disclosure including:

- declassified versions of all reports generated concerning the reliability and/or corroboration of human sources;

déterminer si ces renseignements porteraient atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[25] Encore une fois, il est important de souligner que ni la constitutionnalité de l'alinéa 83(1)e) de la LIPR ni le caractère suffisant du modèle relatif aux avocats spéciaux prévu par la LIPR ne sont en cause dans la présente requête; ces questions seront débattues dans le cadre des observations finales sur le caractère raisonnable du certificat. Par conséquent, je suis tenu de refuser la communication des renseignements dont la divulgation porterait atteinte, selon moi, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[26] L'obligation du juge désigné de protéger les renseignements n'est pas de nature discrétionnaire. Lorsque je suis d'avis que la divulgation des renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, je suis tenu de la refuser.

[27] J'aborderai maintenant les demandes expresses présentées par M. Harkat, lesquelles peuvent être, dans l'ensemble, divisées en deux catégories. Premièrement, j'examinerai les demandes visant les renseignements déposés à la Cour en application du paragraphe 77(2) de la LIPR, ou conformément aux obligations de divulgation qui incombent aux ministres, établies dans l'arrêt *Charkaoui II* (« les renseignements déposés à la Cour »). Deuxièmement, j'examinerai les demandes de renseignements qui n'ont pas été déposés à la Cour. Enfin, j'examinerai la demande visant la divulgation de renseignements concernant deux personnes que M. Harkat souhaite convoquer à titre de témoins dans la présente instance et celle visant la divulgation d'un inventaire du matériel original ayant été détruit.

1. Les demandes expresses de M. Harkat visant les renseignements déposés à la Cour

[28] M. Harkat a présenté (par lettres datées du 20 mars 2009 et du 28 août 2008) des demandes expresses visant notamment la divulgation des renseignements suivants :

- les versions déclassifiées de tous les rapports produits relativement à la fiabilité des sources humaines et à la corroboration de leurs témoignages;

- human source information including information about the source's relationship with CSIS, motivation, payment, other targets, citizenship immigration status, criminal record, etc.;
 - information regarding foreign agencies;
 - a list of which of the conversations summarized and provided to Mr. Harkat are the result of technical intercepts and which emanate from human sources;
 - transcripts of the summarized conversations if available;
 - a detailed accounting or inventory of all information that has been lost or destroyed;
 - CSIS interviews.
- des renseignements concernant la source humaine, notamment des renseignements sur les relations de la source avec le SCRS, la motivation, le paiement, les autres cibles, le statut de citoyen ou d'immigrant, le casier judiciaire, etc.;
 - des renseignements sur les agences étrangères;
 - une liste précisant, parmi les conversations résumées et fournies à M. Harkat, celles provenant des interceptions et celles provenant des sources humaines;
 - les transcriptions des conversations résumées le cas échéant;
 - l'inventaire détaillé de tous les renseignements perdus ou détruits;
 - les entrevues du SCRS.

(a) Reports concerning covert human sources

a) Les rapports concernant les sources humaines confidentielles

[29] Mr. Harkat is requesting declassified versions of all reports generated concerning the reliability and/or corroboration of human sources.

[29] M. Harkat sollicite les versions déclassifiées de tous les rapports issus relativement à la fiabilité des sources humaines et à la corroboration de leurs témoignages.

[30] The ministers object to the disclosure of this information. They assert that disclosure of the information requested would identify covert human intelligence sources and consequently, would injure national security and potentially endanger the safety of individuals. In their submission, there is no meaningful way to redact these reports.

[30] Les ministres s'opposent à la communication de ces renseignements. Ils font valoir que la divulgation des renseignements demandés permettrait d'identifier les sources humaines confidentielles de renseignement et porterait donc atteinte à la sécurité nationale et à la sécurité d'autres personnes. Les ministres indiquent dans leurs observations qu'il n'y a aucune façon valable d'expurger ces rapports.

[31] Having reviewed the reports provided to the Court concerning the reliability and/or corroboration of human sources in this proceeding, this Court concludes that it would be injurious to national security to provide them to counsel for Mr. Harkat: *Re Harkat*, 2009 FC 204. The reports are highly sensitive, would identify human sources and at times include foreign agency information provided to CSIS in confidence.

[31] Après avoir examiné les rapports sur la fiabilité des sources humaines et la corroboration de leurs témoignages, notre Cour conclut que le fait de les remettre à l'avocat de M. Harkat porterait atteinte à la sécurité nationale : *Re Harkat*, 2009 CF 204. Les rapports contiennent des renseignements de nature très délicate, révèlent l'identité des sources humaines et renferment également des renseignements que les agences étrangères ont fournis au SCRS à titre confidentiel.

[32] I agree that there is no way to meaningfully redact the reports in a way that would allow them to be declassified and disclosed to Mr. Harkat. However, the information is available to the Court and has been given to the special advocates who may use it to test the evidence and information relied on by the ministers.

[33] The applicant's request is denied.

(b) Human source information including information about the source's relationship with CSIS, motivation, payment, other targets, citizenship immigration status, criminal record, etc.

[34] In Mr. Boxall's letter dated August 28, 2008 he requests human source information including information about the source's relationship with CSIS, motivation, payment, other targets, citizenship immigration status, criminal record, etc.

[35] The ministers object to the applicant's request that the ministers disclose reports concerning human sources "on the grounds of national security and danger to the security of persons". They note that the special advocates have access to some, if not all, of this information and are able to test the evidence with it. According to the ministers, it would be impossible to redact such documents "without removing any meaningful content".

[36] Information about covert human intelligence sources is privileged and may not be publicly disclosed without permanent damage to the national security of Canada (*Re Harkat*, 2009 FC 204).

[37] I conclude that disclosure of the requested information would injure national security and therefore deny the request to provide the applicant with any information concerning a human source or that might lead to the identification of such an individual. This information cannot be summarized in any meaningful way.

(c) A list of which of the conversations summarized and provided to Mr. Harkat are the result of technical intercepts and which emanate from human source

[32] Je conviens qu'il n'y a aucune façon d'expurger utilement les rapports d'une manière qui permettrait de les déclassifier et de les communiquer à M. Harkat. Toutefois, la Cour a été saisie des renseignements en question et les a fournis aux avocats spéciaux qui peuvent s'en servir pour vérifier les éléments de preuve et les renseignements invoqués par les ministres.

[33] La demande du demandeur est rejetée.

b) Des renseignements concernant la source humaine, notamment des renseignements sur les relations de la source avec le SCRS, la motivation, le paiement effectué, les autres cibles, le statut de citoyen ou d'immigrant, le casier judiciaire, etc.

[34] Dans sa lettre du 28 août 2008, M. Boxall demande des renseignements sur la source humaine, sa relation avec le SCRS, sa motivation, le paiement effectué, les autres cibles, le statut de citoyen ou d'immigrant, le casier judiciaire, etc.

[35] Les ministres s'opposent à la demande du demandeur de divulguer des rapports concernant les sources humaines [TRADUCTION] « pour des motifs de sécurité nationale et de sécurité des personnes ». Ils soulignent que les avocats spéciaux ont accès à certains renseignements, voire leur totalité, et qu'ils sont en mesure de vérifier les éléments de preuve. Selon les ministres, il serait impossible d'expurger de tels documents « sans toucher à leur contenu significatif ».

[36] L'information sur les sources humaines confidentielles de renseignement est privilégiée et sa divulgation constituerait un préjudice permanent pour la sécurité nationale du Canada (*Re Harkat*, 2009 CF 204).

[37] Je conclus que la divulgation des renseignements sollicités porterait atteinte à la sécurité nationale et je rejette donc la demande du demandeur de lui fournir tout renseignement concernant une source humaine ou qui pourrait révéler son identité. Il n'existe aucune façon de résumer utilement ces renseignements.

(c) Une liste précisant, parmi les conversations résumées et fournies à M. Harkat, celles provenant des interceptions et celles provenant des sources humaines

[38] The applicant also seeks a list of which of the conversations provided to Mr. Harkat are the results of technical intercepts and which emanate from the reports of human sources.

[39] The ministers object to this request since to identify the source of the conversation as a technical intercept or as a human source report would disclose the identity of human sources and methods of operation.

[40] In my opinion, the disclosure of this information would also be injurious to national security. Given the relatively small number of conversations summarized and provided to Mr. Harkat, any indication of which conversations, if any, are the result of a human source report would likely reveal the identity of a source to the applicant. As noted in *Re Harkat*, 2009 FC 204, the protection of covert human intelligence sources is paramount to the national security of Canada and to the safety of its residents.

[41] The applicant's request is denied.

(d) Transcripts of the summarized conversations provided to Mr. Harkat

[42] Mr. Harkat is also seeking transcripts of the conversations that have been summarized and provided to him by the Court pursuant to paragraph 83(1)(e) of IRPA.

[43] There are no remaining original recordings or transcripts of the conversations relied on in the confidential SIR and provided in summarized form to Mr. Harkat; the only remaining record of these summarized conversations are found in reports filed in the CSIS database.

[44] A full accounting of the remaining original material was provided to the applicant on April 24, 2009.

[45] The Court is therefore unable to grant this request.

[38] Le demandeur sollicite également une liste précisant, parmi les conversations résumées et fournies, celles provenant des interceptions et celles provenant des sources humaines.

[39] Les ministres s'opposent à cette demande, vu que le fait de préciser si une conversation provient d'une interception ou d'un rapport d'une source humaine permettrait de divulguer l'identité des sources humaines et les méthodes d'opération.

[40] À mon avis, la divulgation de ces renseignements porterait également atteinte à la sécurité nationale. Vu le nombre relativement peu élevé de conversations résumées et fournies à M. Harkat, le fait de préciser, parmi ces conversations, celles provenant d'un rapport d'une source humaine, s'il y a lieu, permettrait probablement de révéler au demandeur l'identité de la source en question. Comme il a été souligné dans la décision *Re Harkat*, 2009 CF 204, la protection des sources humaines confidentielles de renseignement est primordiale pour la sécurité nationale du Canada et pour la sécurité de ses résidents.

[41] La demande du demandeur est rejetée.

d) Les transcriptions des conversations résumées fournies à M. Harkat

[42] M. Harkat sollicite également les transcriptions des conversations qui ont été résumées et fournies par la Cour conformément à l'alinéa 83(1)e) de la LIPR.

[43] Il ne reste plus d'enregistrements originaux ni de transcriptions des conversations ayant servi au RRS confidentiel et fournis à M. Harkat sous forme de résumés; le seul dossier qui reste sur ces conversations résumées se trouve dans les rapports déposés dans la base de données du SCRS.

[44] L'inventaire complet du matériel original restant a été transmis au demandeur le 24 avril 2009.

[45] La Cour ne peut donc accueillir cette demande.

(e) CSIS interviews of Mr. Harkat

[46] Mr. Harkat has been provided with the reports of all of his interviews conducted by CSIS. One audio recording of an Immigration and Refugee Board proceeding was disclosed to Mr. Harkat on April 24, 2009.

[47] There is no further information to be disclosed. There are no remaining notes or recordings of any interview with Mr. Harkat.

2. Requests for other information

[48] A number of the other requests made by the applicant have been characterized by the ministers as falling within the realm of discovery and not disclosure. For example, counsel for Mr. Harkat has requested:

- disclosure of the identity of CSIS employees who assisted in the preparation of the SIR;
- definitions of terms used in the SIR;
- information concerning the number of Islamic extremists that entered Canada on false Saudi passports;
- information about various organizations mentioned in the SIR.

[49] The ministers take the position that they are not required to answer or disclose information that would be the equivalent of information that would be the product of examinations for discovery. (Letter from D. Tyndale dated April 7, 2009.) They rely on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Girimonte* for the proposition that the obligation to disclose the Crown's case against an accused does not extend to discovery of that case by the accused (*R. v. Girimonte* (1997), 37 O.R. (3d) 617, at paragraph 37).

[50] They assert that an obligation to disclose information does not necessarily entail a right to discover the Crown's case. Nor does the obligation to disclose, set out

e) Les entrevues de M. Harkat avec le SCRS

[46] M. Harkat a reçu les rapports de toutes les entrevues menées par le SCRS. Un enregistrement audio d'une procédure devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a été transmis à M. Harkat le 24 avril 2009.

[47] Il n'y a donc aucun autre renseignement à divulguer. Il n'y a plus aucune note sur d'autres entrevues avec M. Harkat ni d'enregistrements à cet égard.

2. Demandes de renseignements supplémentaires

[48] Plusieurs autres demandes présentées par le demandeur s'inscrivaient, selon les ministres, dans la catégorie de la communication préalable et non de la divulgation. Par exemple, l'avocat de M. Harkat a demandé les renseignements suivants :

- la divulgation de l'identité des employés du SCRS ayant contribué à l'élaboration du RRS;
- les définitions des termes utilisés dans le RRS;
- des renseignements concernant le nombre d'extrémistes islamiques qui sont entrés au Canada avec de faux passeports saoudiens;
- des renseignements sur diverses organisations figurant dans le RRS.

[49] Les ministres soutiennent qu'ils ne sont pas tenus de divulguer des renseignements qui équivaldraient à ceux résultant des interrogatoires préalables. (Lettre de D. Tyndale, en date du 7 avril 2009.) Ils se fondent sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Girimonte* pour affirmer que l'obligation de communiquer les éléments de preuve visant un accusé ne s'applique pas à la communication préalable de la preuve par l'accusé (*R. v. Girimonte* (1997), 37 O.R. (3d) 617, au paragraphe 37).

[50] Ils affirment que l'obligation de communiquer des renseignements ne confère pas nécessairement le droit à la communication préalable de la preuve de la Couronne.

in *Charkaoui II*, extend as far as the obligations imposed on the Crown in the context of a criminal prosecution. Even in the context of a criminal prosecution, an accused is not entitled to discovery of the Crown's case. He or she is simply entitled to disclosure of all relevant material in the Crown's file.

[51] Mr. Harkat asserts that this information is relevant to his defence and is within the control of the ministers and should therefore be disclosed.

[52] I conclude that most of the information requested by Mr. Harkat in the letter of August 28, 2008 does not fall within the disclosure obligations placed on the ministers by *Charkaoui II* and need not be provided to the Court or to Mr. Harkat except where the questions have been put in the context of an examination of a witness.

[53] In *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at paragraph 31, the majority of the Supreme Court held that the discovery mechanism provided by a preliminary inquiry is not the primary purpose of that proceeding (see also *R. v. Huynh*, 2008 CanLII 30296 (Ont. S.C.)). In *Hynes*, above, Chief Justice McLachlin observed:

Over time, the preliminary inquiry has assumed an ancillary role as a discovery mechanism, providing the accused with an early opportunity to discover the Crown's case against him or her: *Skogman*, *supra*, at pp. 105-6. Nonetheless, this discovery element remains incidental to the central mandate of the preliminary inquiry as clearly prescribed by the *Criminal Code*; that is, the determination of whether "there is sufficient evidence to put the accused on trial" (s. 548(1)(a)).

[54] Thus, even in the criminal context, the accused is not entitled to benefit from the discovery permitted by the holding of a preliminary inquiry. The Crown has the discretion to proffer a direct indictment and proceed directly to trial (see section 577 [as am. by S.C. 2002, c. 13, s. 46] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]).

L'obligation de divulgation, énoncée dans l'arrêt *Charkaoui II*, n'a, elle non plus, la portée des obligations qui incombent au ministère public dans le contexte d'une poursuite criminelle. Même dans ce cas, l'accusé n'a pas droit à la communication de la preuve. Il a simplement droit à la communication des éléments pertinents figurant dans le dossier du ministère public.

[51] M. Harkat affirme que ces renseignements sont pertinents pour sa défense, que leur divulgation dépend de la volonté des ministres et qu'ils devraient donc être divulgués.

[52] Je conclus que la plupart des renseignements que M. Harkat a demandés dans la lettre du 28 août 2008 ne sont pas visés par les obligations de divulgation imposées aux ministres par l'arrêt *Charkaoui II*, et qu'il n'est pas besoin de les communiquer ni à la Cour ni à M. Harkat, sauf dans le cas des questions posées lors de l'interrogatoire d'un témoin.

[53] Dans l'arrêt *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, au paragraphe 31, les juges majoritaires de la Cour suprême ont conclu que le mécanisme de communication de la preuve obtenue lors d'une enquête préliminaire n'est pas l'objet premier de cette procédure (voir également *R. v. Huynh*, 2008 CanLII 30296 (C. sup. Ont.)). Dans l'arrêt *Hynes*, précité, la juge en chef McLachlin a dit :

Avec le temps, l'enquête préliminaire a commencé à jouer un rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve, donnant ainsi à l'accusé une première occasion de découvrir, tôt dans le processus, la preuve dont dispose le ministère public contre lui : *Skogman*, précité, p. 105-106. Il n'en demeure pas moins que cet aspect de communication de la preuve reste accessoire par rapport à la mission principale du juge de l'enquête préliminaire, qui est clairement prescrite par le *Code criminel*, et qui consiste à décider si « la preuve [. . .] est suffisante » pour faire passer la personne inculpée en jugement (al. 548(1)a)).

[54] Par conséquent, même en matière criminelle, l'accusé n'a pas droit à la communication de la preuve obtenue lors d'une enquête préliminaire. Le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de présenter un acte d'accusation et de passer directement à l'instruction (voir l'article 577 [mod. par L.C. 2002, ch. 13, art. 46] du

I therefore conclude that section 7 [of the Charter], in the context of this proceeding, does not require me to give the applicant an opportunity to discover the ministers' case by requiring the ministers to answer written inquiries.

[55] The applicant will have an opportunity to explore the questions raised by his requests for information during the cross-examination of the witnesses presented by the ministers in support of the reasonableness of the certificate.

3. Request for disclosure of information regarding two named individuals; Mohamed El Barseigy and Ahmed Derbas

[56] Counsel for Mr. Harkat would like to call these individuals as witnesses. They point to the evidence in the previous certificate proceeding before Dawson J. to illustrate that the two individuals are important witnesses and have filed an affidavit in support of this motion indicating that they have not been able to contact these individuals. They believe that CSIS has files relating to Mr. Barseigy and Mr. Derbas and, in the absence of being able to contact them directly, they are seeking disclosure of any such file.

[57] The ministers refuse to confirm or deny the existence of any file in relation to the two named individuals. They assert that to do so would harm national security.

[58] Requiring CSIS to provide Mr. Harkat with information concerning these two individuals would result in a confirmation or denial of the existence of such information. To do so could identify persons of interest (or not) to CSIS and jeopardize on-going investigations and would, in my opinion, be injurious to national security. The request is denied.

4. Request that the ministers comply with the Supreme Court's holding in *Charkaoui II*, by providing a full inventory of destroyed and lost operational materials to date

Code criminel [L.R.C. (1985), ch. C-46]). Je conclus par conséquent que l'article 7 [de la Charte], dans le cadre de la présente instance, n'exige pas que je donne au demandeur la possibilité de découvrir la preuve des ministres en leur demandant de répondre aux demandes présentées par écrit.

[55] Le demandeur aura la possibilité d'examiner les questions soulevées par ses demandes de renseignements au cours du contre-interrogatoire des témoins présentés par les ministres à l'appui du caractère raisonnable du certificat.

3. Demande de divulgation de renseignements relatifs à deux personnes nommées : Mohamed El Barseigy et Ahmed Derbas

[56] Les avocats de M. Harkat voudraient faire témoigner ces personnes. Ils soulignent la preuve dans la procédure précédente relative au certificat devant la juge Dawson pour démontrer que les deux personnes sont des témoins importants et ils ont déposé un affidavit à l'appui de la présente requête, indiquant qu'ils n'avaient pas été en mesure de contacter les personnes en question. Ils estiment que le SCRS détient des dossiers concernant M. Barseigy et M. Derbas et, comme ils n'avaient pas été en mesure de les contacter, ils demandent la divulgation de ces dossiers.

[57] Les ministres refusent de confirmer ou de nier l'existence de tout dossier relatif aux deux personnes nommées. Ils affirment que cela porterait atteinte à la sécurité nationale.

[58] Demander au SCRS de fournir à M. Harkat des renseignements concernant ces deux personnes entraînerait la confirmation ou la négation de l'existence de tels renseignements. Cela permettrait d'identifier des personnes visées (ou non) par le SCRS et de compromettre d'autres enquêtes, et porterait atteinte, selon moi, à la sécurité nationale. La demande est rejetée.

4. La demande que les ministres respectent les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui II* en fournissant l'inventaire complet du matériel ayant été détruit ou perdu jusqu'à présent

[59] The ministers have provided the applicant with a list of original materials that remain in existence. The applicant is aware that the amount of relevant original material is limited.

[60] Any argument relating to the sufficiency and reliability of the remaining evidence can be effectively made by the special advocates and possibly by counsel for Mr. Harkat who are aware that there are several thousands of pages of *Charkaoui II* information. I conclude that such a disclosure would be harmful to national security since it would necessitate that Mr. Harkat be provided with an index of much of the information that has been provided to the Court. As such, the disclosure would clearly tend to identify informants, reveal third-party communication, relationships and information and methods of operation.

[61] Both the Court and the special advocates have vigorously reviewed the ministers' claim that the remaining closed material should be withheld from the applicant. Indeed, further disclosure will be made as a result of the most recent closed hearing on the reasonableness of the certificate.

[62] The role of the special advocates is essential to the proper operation of paragraph 83(1)(e) of IPRA. They have a statutory duty to test the ministers' claim that the disclosure of information would be injurious to national security or endanger any person. To this end, the Special Advocates have been given access to all of the information filed with the court both in support of the certificate and pursuant to the requirements of *Charkaoui II*. The special advocates are aware of the grounds on which the ministers have refused disclosure. They have vigorously contested the non-disclosure where they have concluded that the undisclosed information is necessary to ensure that Mr. Harkat is "reasonably informed" of the case against him.

[63] A substantial amount of new information has been disclosed as a result of the special advocates' thorough examination of the information filed both in support of the certificate and pursuant to *Charkaoui II*.

[59] Les ministres ont fourni au demandeur une liste du matériel original restant. Le demandeur sait que la quantité de matériel original pertinent est restreinte.

[60] Les avocats spéciaux et probablement l'avocat de M. Harkat peuvent très bien faire valoir tout argument relatif au caractère suffisant et à la fiabilité des éléments de preuve restants, maintenant qu'ils connaissent l'existence de milliers de pages de renseignements relatifs à l'arrêt *Charkaoui II*. Je conclus qu'une divulgation en ce sens porterait atteinte à la sécurité nationale puisqu'il serait nécessaire de fournir à M. Harkat un répertoire de la plupart des documents fournis à la Cour. La divulgation permettrait donc clairement de révéler l'identité des informateurs, les communications avec des tiers, les relations existantes, des renseignements et des méthodes d'opération.

[61] La Cour et les avocats spéciaux ont examiné attentivement la prétention des ministres selon laquelle le matériel confidentiel restant ne devrait pas être divulgué au demandeur. En fait, une divulgation additionnelle aura lieu, par suite de la plus récente audience à huis clos sur le caractère raisonnable du certificat.

[62] Le rôle des avocats spéciaux est essentiel au fonctionnement de l'alinéa 83(1)e) de la LIPR. Ils ont une obligation imposée par la loi de vérifier la prétention des ministres selon laquelle la divulgation de renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale et à la sécurité d'autrui. À cette fin, les avocats spéciaux ont eu accès à tous les renseignements déposés à la Cour tant pour justifier le certificat que pour respecter les exigences de l'arrêt *Charkaoui II*. Les avocats spéciaux connaissent les motifs pour lesquels les ministres ont refusé la divulgation de renseignements. Ils se sont vigoureusement opposés à la non-divulgation lorsqu'ils ont conclu que les renseignements confidentiels sont nécessaires pour s'assurer que M. Harkat est « suffisamment informé » de la thèse des ministres à son égard.

[63] Un nombre considérable de nouveaux renseignements ont été divulgués à la suite de l'examen méticuleux effectué par les avocats spéciaux des renseignements déposés à la Cour tant pour justifier le certificat que pour respecter les exigences de l'arrêt *Charkaoui II*.

Conclusion

[64] This Court is of the opinion that the information that Mr. Harkat seeks to have disclosed to him, that has already been filed with the Court may not be disclosed pursuant to paragraphs 83(1)(d) and (e) of IRPA. Where possible, summaries of this information have been provided to Mr. Harkat. The other information requested by Mr. Harkat is not information which falls within the obligation to disclose set out in *Charkaoui II*.

[65] This motion was granted in part on April 21, 2009. The ministers were ordered to provide a summary of the *Charkaoui II* disclosure to Mr. Harkat including a list of the number and type of remaining original records. The ministers complied with this order by serving and filing a “Summary and further disclosure of *Charkaoui II* documents” on April 23, 2009. Further disclosure was also made and may also be made as the proceedings are unfolding.

Conclusion

[64] Notre Cour est d’avis qu’il n’est pas nécessaire, aux termes des alinéas 83(1)d) et e) de la LIPR, de divulguer les renseignements dont elle a déjà été sollicités par M. Harkat. Dans la mesure du possible, des résumés de ces renseignements ont été fournis à M. Harkat. Les autres renseignements sollicités par M. Harkat ne sont pas visés par les obligations de divulgation énoncées dans l’arrêt *Charkaoui II*.

[65] La présente requête a été accueillie en partie le 21 avril 2009. La Cour a ordonné aux ministres de fournir à M. Harkat un résumé de la divulgation dans l’affaire *Charkaoui II* qui comprend la liste du nombre et du type des documents originaux restants. Les ministres ont respecté cette ordonnance et ils ont signifié et déposé, le 23 avril 2009, un [TRADUCTION] « Résumé et communication de documents relatifs à l’arrêt *Charkaoui II* ». D’autres renseignements ont été et seront communiqués selon le dénouement des instances.

IMM-677-09
2009 FC 1194

IMM-677-09
2009 CF 1194

Bethany Lanae Smith (*Applicant*)

Bethany Lanae Smith (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: SMITH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : SMITH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, September 8 and November 20, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 8 septembre et 20 novembre 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee because failing to seek state protection, not proving serious possibility of persecution — Applicant, American, gay member of U.S. Army — Fearing persecution on basis of sexual orientation — After receiving death threats, applicant fleeing army base — Claiming U.S. Uniform Code of Military Justice would be applied to her in discriminatory fashion or application thereof would result in cruel, unusual treatment or punishment — Producing affidavit of very experienced U.S. military lawyer to support her claim — RPD erring when determining applicant would be submitted to prosecution, not persecution — Affidavit of applicant's witness not just lay opinion which RPD could reject without providing reasons — RPD discounting witness's experience, expertise without referring to adverse evidence — RPD having duty to determine whether applicant would suffer persecution resulting from relevant substantive law or process whereby law would be applied to her — Applicant submitting evidence that when going unpunished, acts of physical, sexual, verbal abuse, discrimination against homosexuals, may form basis of refugee claim — RPD could not simply ignore evidence suggesting homosexuals treated unequally before court martials — RPD thus erring in finding applicant not meeting burden of establishing serious possibility of persecution on Convention ground — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle avait omis de se réclamer de la protection de l'État et n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution — La demanderesse, une citoyenne des États-Unis, est une lesbienne membre de l'armée des É.-U. — Elle craignait d'être persécutée en raison de son orientation sexuelle — Après avoir reçu des menaces de mort, la demanderesse s'est enfuie de la base militaire — Elle affirmait que le Code unifié de justice militaire des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaudrait à des traitements ou peines cruels et inusités — Elle avait produit un affidavit d'un avocat chevronné en droit militaire à l'appui de sa demande d'asile — La SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse serait soumise à des poursuites et non pas à de la persécution — L'affidavit du témoin de la demanderesse valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que la SPR pouvait rejeter sans motif — La SPR n'a pas tenu compte de l'expérience et de l'expertise du témoin sans faire mention d'une preuve contraire — La SPR était tenue de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée — La demanderesse avait produit une preuve démontrant que la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des homosexuels, lorsqu'elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d'une demande d'asile — La SPR ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales — La SPR a donc commis une erreur en statuant que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention — Demande accueillie.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee — In rejecting claim, RPD relying on fact 94 percent of U.S. Army deserters not court martialled but dealt with administratively — RPD not giving applicant notice of its specialized knowledge, not affording applicant opportunity to respond thereto in accordance with Refugee Protection Division Rules, r. 18 — RPD could not take “judicial notice” of fact at issue herein since not meeting applicable test, i.e. whether it could be considered by court without proof — Information at issue not characterized as falling within RPD’s specialized knowledge.

This was an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board that the applicant was not a Convention Refugee in accordance with section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* because she failed to seek state protection, which would have been adequate. The applicant is an American citizen and a homosexual member of the U.S. Army, from which she has deserted. She alleged a fear of persecution on the part of her colleagues and superiors because of her sexual orientation. She also claimed that she would be personally facing a risk to her life or cruel and unusual treatment or punishment if she were returned to the United States. When she initially enlisted, she was not aware of the meaning of the phrase “conscientious objector” contained in her contract and was not given any explanation when she inquired about it. She therefore unknowingly waived her right to claim that status. The applicant was sent to Fort Campbell in Kentucky and was eventually harassed because of her lesbian appearance. Upon hearing rumours about the applicant’s sexual orientation, her superiors began to treat her harshly. The applicant received death threats and, fearing for her life, decided to flee the base. She entered Canada and filed her refugee claim about a month later.

At the applicant’s refugee hearing, she claimed that the *U.S. Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) would be applied to her in a discriminatory fashion or its application would result in cruel and unusual treatment or punishment. To prove her point, she produced the affidavit of an attorney with 32 years of military law experience as a prosecutor, defence counsel and staff judge advocate. This attorney (the witness) testified that

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention — Lorsqu’elle a rejeté la demande d’asile, la SPR s’est fondée sur le fait que 94 p. 100 des déserteurs de l’armée américaine n’avaient pas été traduits en cour martiale, mais que les désertions avaient été réglées de façon administrative — La SPR n’a pas avisé la demanderesse de son intention d’utiliser des renseignements spécialisés et ne lui a pas donné l’occasion de faire des observations à leur égard en vertu de la règle 18 des Règles de la Section de la protection des réfugiés — La SPR ne pouvait pas prendre « connaissance d’office » des faits en cause en l’espèce parce que cela ne satisfaisait pas au critère applicable, c.-à-d. celui permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d’un fait particulier qui n’a pas été déposé en preuve — Le renseignement en question ne pouvait pas être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention au titre de l’article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* parce qu’elle avait omis de se réclamer de la protection de l’État, qui aurait été adéquate. La demanderesse est une citoyenne des États-Unis et une lesbienne membre de l’armée des États-Unis, qu’elle a désertée. Elle prétendait craindre d’être persécutée par ses collègues et ses supérieurs en raison de son orientation sexuelle. Elle affirmait aussi qu’elle serait personnellement exposée à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités en cas de retour aux États-Unis. Lorsqu’elle s’est d’abord enrôlée, elle ignorait le sens de l’expression « objecteur de conscience » qui se trouvait dans son contrat et elle n’a pas obtenu d’explication lorsqu’elle s’est renseignée à ce sujet. Elle a donc renoncé inconsciemment à son droit de réclamer ce statut. La demanderesse a été envoyée à Fort Campbell, au Kentucky, où elle a fini par se faire harceler parce qu’elle avait l’apparence d’une lesbienne. Lorsque les supérieurs de la demanderesse ont entendu des rumeurs au sujet de son orientation sexuelle, ils ont commencé à la traiter durement. La demanderesse a reçu des menaces de mort et, craignant pour sa vie, elle s’est enfuie de la base. Elle est arrivée au Canada et a déposé sa demande d’asile environ un mois plus tard.

Pendant son audience, la demanderesse a prétendu que le Code unifié de justice militaire des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaldrait à des traitements ou peines cruels et inusités. Pour prouver son argument, elle a produit l’affidavit d’un avocat qui comptait 32 années d’expérience en droit militaire en tant que procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major. Cet avocat

the U.S. military judicial system is unfair to and biased against homosexuals and soldiers who go on absence without leave, and stated that the court-martial process is stacked in favour of the prosecution. The RPD rejected the witness's opinion and found it to be not credible.

Some of the main issues were whether the RPD erred: when it relied on evidence not before it and failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence; when it failed to provide reasons as to why the expert evidence submitted on behalf of the applicant was not credible; and when it found that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution.

Held, the application should be allowed.

The RPD erred in determining that state protection would be available to the applicant. In particular, it erred when it relied on evidence not before it and when it failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence. The evidence at issue stated that the majority of army deserters in the U.S. have not been prosecuted or court martialled and that 94 percent of them were dealt with administratively. This evidence came directly from a Federal Court decision dealing with a similar situation. Nonetheless, this was not the kind of fact that the RPD could take "judicial notice" of since it did not meet the test to determine whether a particular fact can be considered by a court without any proof. Judicial notice is the acceptance by a court, without the requirement of proof, of any fact or matter that is so generally known and accepted that it cannot be reasonably questioned. Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. While rules of evidence must be relaxed before administrative tribunals, this should not be taken as licence to accept in evidence controversial facts that have not been argued at all, especially when these facts can be of material significance for the outcome of a case of such vital importance for an applicant. The information at issue could not be characterized as falling within the specialized knowledge of the RPD. Even if it did, the applicant should have been advised that the RPD intended to use that knowledge and be given an opportunity to respond in accordance with Rule 18 of the *Refugee Protection Division Rules*. In the present case, the RPD did not give the applicant notice that it had specialized knowledge regarding the fact that 94 percent of deserters are dealt with administratively and that it intended to rely on that information. It did not provide the source of that information either and the applicant was not afforded an opportunity to respond thereto. The RPD lifted a finding made in a previous decision, which was clearly not acceptable since a finding of fact must always be based on the evidence submitted to the

(le témoin) a déclaré que le régime de justice militaire des États-Unis est injuste et partial à l'égard des homosexuels et des soldats qui s'absentent sans autorisation, et il a indiqué que le procès à la cour martiale penche en faveur de la poursuite. La SPR a rejeté le témoignage du témoin et a conclu qu'il n'était pas crédible.

Certaines questions d'importance à trancher étaient celles de savoir si la SPR avait commis une erreur en se fondant sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée sans donner à la demanderesse la possibilité de répondre à cette preuve extrinsèque, en ne donnant pas les motifs pour lesquels la preuve d'expert présentée pour le compte de la demanderesse n'était pas crédible et en concluant que la demanderesse serait soumise à des poursuites et non pas à de la persécution.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La SPR a commis une erreur lorsqu'elle a décidé que la protection de l'État serait offerte à la demanderesse. Plus particulièrement, elle a commis une erreur lorsqu'elle s'est fondée sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée et en ne donnant pas l'occasion à la demanderesse de répondre à cette preuve extrinsèque. Selon la preuve en cause, la plupart des déserteurs de l'armée américaine n'ont pas été poursuivis ni traduits en cour martiale et dans 94 p. 100 des cas, la question a été réglée de façon administrative. Cette preuve a été tirée directement d'une décision de la Cour fédérale portant sur une question semblable. Néanmoins, ce n'était pas le genre de faits dont la SPR pouvait prendre « connaissance d'office » parce que cela ne satisfaisait pas au critère permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d'un fait particulier qui n'a pas été déposé en preuve. La connaissance d'office est l'acceptation par un tribunal, sans exiger de preuve à l'appui, de tout fait connu ou admis d'une manière si générale qu'il ne saurait être raisonnablement mis en doute. La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Même si les règles de preuve doivent être moins strictes devant les tribunaux administratifs, cela ne justifie pas l'acceptation en preuve de faits contradictoires n'ayant fait l'objet d'aucune attestation, surtout si ces faits peuvent jouer un rôle important dans l'issue d'une affaire si vitale pour la demanderesse. Le renseignement en question ne pouvait pas être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR. Même si cela avait été le cas, la SPR aurait dû aviser la demanderesse de son intention d'utiliser ces renseignements spécialisés et lui donner l'occasion de faire des observations à leur égard conformément à la règle 18 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. En l'espèce, la SPR n'a pas avisé la demanderesse qu'elle possédait des renseignements relevant de ses connaissances spécialisées, à savoir que 94 p. 100 des désertions avaient été réglées de façon administrative, et qu'elle

decision maker. The RPD therefore came to an unreasonable conclusion.

In determining that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution, the RPD questioned the credibility of the applicant's witness. While the witness was not qualified as an expert by the RPD and had no first-hand knowledge of the applicant or of her exact circumstances, his affidavit was not just a lay opinion that the RPD could reject without providing reasons for doing so. Although it was open to the RPD to prefer other evidence to that provided by the applicant's witness, it discounted the witness's experience and expertise without providing reasons or referring to adverse evidence. There was no evidence whatsoever before the RPD refuting the witness's evidence. The RPD's reason that there was an apparent inconsistency between the position the witness now took and the fact that he worked as a prosecutor in cases of desertion was not sufficient, in and of itself, to undermine his opinions. The accuracy and reliability of the underlying facts on which an expert's opinion is based will be crucial in determining the weight to be given to expert evidence. In the case at bar, the RPD not only found the applicant's story credible but failed to refute the facts upon which the opinion of the applicant's witness was based by referring to adverse evidence. While some of the witness's comments could properly be given little weight as they verged on advocacy, this was clearly not sufficient to justify the outright rejection of his affidavit altogether. Therefore, the RPD's attack on the witness's credibility was totally inappropriate and was based in part on pure speculation.

While fear of prosecution and punishment for desertion or draft-evasion does not in itself constitute well-founded fear of persecution, evidence of some form of discriminatory mistreatment before, during or even after military service can amount to persecution. The duty of the RPD was to determine whether the applicant would suffer persecution as a result of the relevant substantive law or of the process whereby the law would be applied to her. It is part and parcel of the assessment of a refugee claim to determine whether a claimant has a well-founded fear of persecution for reasons, *inter alia*, of her membership in a particular social group if the claimant is returned to his or her home country. Based on the *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* which the applicant submitted, acts of physical, sexual and

avait l'intention de se fonder sur ces renseignements. Elle n'a pas non plus fourni la source de ces renseignements ni donné à la demanderesse l'occasion d'y réagir. La SPR a fait sienne une conclusion tirée dans une décision antérieure, ce qui était clairement inadmissible, car il est bien établi qu'une conclusion de fait doit toujours être fondée sur la preuve présentée au décideur. En conséquence, la SPR a tiré une conclusion déraisonnable.

En concluant que la demanderesse ferait l'objet de poursuites et non de persécution, la SPR a mis en doute la crédibilité du témoin de la demanderesse. Bien que le témoin n'ait pas été reconnu comme expert par la SPR et qu'il ne connaissait pas personnellement la demanderesse ni sa situation exacte, son affidavit valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que la SPR pouvait rejeter sans motif. Même si la SPR était tout à fait libre de se fier à une autre preuve que celle fournie par le témoin de la demanderesse, elle a décidé de ne pas tenir compte de l'expérience et de l'expertise du témoin sans fournir de motif ni faire mention d'une preuve contraire. La SPR ne disposait d'absolument aucune preuve contredisant le témoignage du témoin. La raison fournie par la SPR selon laquelle il y avait une contradiction apparente entre la position que le témoin défendait maintenant et le fait qu'il ait travaillé comme procureur de la poursuite dans des affaires de désertion ne suffisait pas en soi à mettre en doute son opinion. L'exactitude et la fiabilité des faits servant de fondement à l'opinion sont cruciales lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur qui doit être accordée au témoignage de l'expert. En l'espèce, la SPR, en plus de juger crédible le récit de la demanderesse, n'avait pas, en invoquant une preuve contraire, contesté les faits sur lesquels se fondait l'opinion du témoin de la demanderesse. Bien que certaines remarques formulées par le témoin aient pu très bien n'avoir que peu de valeur puisqu'elles tendaient au militantisme, elles ne justifiaient certainement pas le rejet pur et simple de l'affidavit dans son ensemble. Par conséquent, il était tout à fait inapproprié pour la SPR d'affirmer que le témoin n'était pas crédible, et que, pour ce faire, elle s'était appuyée en partie sur de pures conjectures.

Bien que la crainte des poursuites et du châtiement pour désertion ou insoumission ne constitue pas pour autant une crainte justifiée d'être victime de persécutions, la preuve d'une forme de traitement discriminatoire avant, pendant ou même après le service militaire peut correspondre à de la persécution. La SPR était tenue de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée. Déterminer si un demandeur craint avec raison d'être persécuté en raison, entre autres, de son appartenance à un groupe social s'il est renvoyé dans son pays d'origine fait partie intégrante de l'examen d'une demande d'asile. Selon la *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre* produite

verbal abuse and discrimination against gays and lesbians, when they go unpunished, may form the basis of a refugee claim. This evidence could not simply be ignored by the RPD and had to be properly discussed and analysed before it could conclude that the UCMJ was a law of general application and applied in a non-discriminatory fashion. The RPD could not ignore the evidence suggesting unequal treatment for homosexuals before court martials, both in the exercise of the discretion to prosecute and in the sentencing. Therefore, the RPD erred in finding that the applicant had not met her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it was more likely than not that she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States.

par la demanderesse, la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des gais et lesbiennes, lorsqu'elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d'une demande d'asile. La SPR ne pouvait pas faire fi de cet élément de preuve et elle devait l'analyser de manière adéquate avant de conclure que le Code était une loi d'application générale et était appliqué d'une façon non discriminatoire. La SPR ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales, à la fois dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites et dans l'imposition de la peine. La SPR a donc commis une erreur en statuant que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention ou prouvé qu'elle risquait vraisemblablement d'être soumise à la torture ou d'être exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elle retournait aux États-Unis.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 18.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 920, 925.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Minister of Employment and Immigration v. Saticum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Isakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 149, 322 F.T.R. 149; *Shahzada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1176.

DISTINGUISHED:

Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, 61 Admin. L.R. (4th) 313, affg 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, 266 D.L.R. (4th) 582, 61 Admin. L.R. (4th) 233.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle 18.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 920, 925.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Saticum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Isakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 149; *Shahzada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1176.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 171, confirmant 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561.

REFERRED TO:

Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 282, 37 Imm. L.R. (3d) 150; *Dosmakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1357, 68 Imm. L.R. (3d) 89; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959); *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805; *Landry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275; *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 250 (T.D.) (QL); *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1144 (T.D.) (QL); *Habiboglu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1664, 55 Imm. L.R. (3d) 195; *Pamuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1187, 238 F.T.R. 318; *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 601; *Santiago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 247; *Arellano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1265; *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267, 2 C.C.C. (3d) 365; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, 73 Imm. L.R. (3d) 27; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314, (1993), 102 D.L.R. (4th) 214, 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267; *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] Ex. C.R. 435, [1948] 4 D.L.R. 247; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16, [1994] 1 W.W.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

Sobel, Stacey L. et al. *Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"*, Washington, D.C.: Servicemembers Legal Defense Network, 2000, online: <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>.

Terman, Sharon. *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution: A draft report commissioned by the Center for Study of Sexual Minorities in the Military University of California, Santa Barbara*, Santa Barbara: University of California, 2004, online: <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>.

DÉCISIONS CITÉES :

Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 282; *Dosmakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1357; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959); *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805; *Landry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 594; *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 250 (1^{re} inst.) (QL); *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL); *Habiboglu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1664; *Pamuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1187; *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 601; *Santiago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 247; *Arellano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1265; *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.); *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814; *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] R.C.É. 435, [1948] 4 D.L.R. 247; *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, Genève, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/499988e32.pdf>>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992.

Paciocco, D. M. et L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2005.

United Nations High Commissioner for Refugees. *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48abd5660.pdf>>.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited January 1992.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board that the applicant was not a Convention refugee because she failed to seek state protection and because she had not satisfied her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground. Application allowed.

APPEARANCES

Jamie Liew for applicant.
Brian Harvey for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Galdin Liew LLP, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: The applicant, Bethany Lanae Smith, is a 21-year-old American citizen who claims refugee protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) [S.C. 2001, c. 27]. She is a homosexual member of the U.S. Army, from which she has deserted. She alleges a fear of persecution on the part of her colleagues and superiors because of her sexual orientation. She also claims she would be personally facing a risk to her life or cruel and unusual treatment or punishment if she were returned to the United States.

Sobel, Stacey L. *et al.* *Conduct Unbecoming : The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"*, Washington, D.C. : Servicemembers Legal Defense Network, 2000, en ligne : <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>.

Terman, Sharon. *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution : A draft report commissioned by the Center for Study of Sexual Minorities in the Military University of California, Santa Barbara, Santa Barbara* : University of California, 2004, en ligne : <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle avait omis de se réclamer de la protection de l'État et n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Jamie Liew pour la demanderesse.
Brian Harvey pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Galdin Liew LLP, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La demanderesse, Bethany Lanae Smith, âgée de 21 ans, est une citoyenne des États-Unis qui demande l'asile en vertu de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR). Elle est lesbienne et membre de l'armée des États-Unis, qu'elle a désertée. Elle prétend craindre d'être persécutée par ses collègues et ses supérieurs en raison de son orientation sexuelle. Elle prétend aussi qu'elle serait personnellement exposée à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités en cas de retour aux États-Unis.

[2] Her claim was rejected by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the RPD) in a decision dated February 2, 2009, on the ground that she had failed to seek state protection which would have been adequate. Having thoroughly reviewed the applicant's record, as well as the oral and written submissions of both parties, I have come to the conclusion that this application for judicial review ought to be allowed. Here are my reasons in support of that conclusion.

BACKGROUND

[3] The applicant was born in Texas in 1988. At the age of 16, her father discovered her sexual orientation and threw her out of his home. She then moved to Oklahoma to live with her mother.

[4] After completing her education, she held various jobs before deciding to join the army to make a better life for herself. She was promised by the recruitment officer that the army would pay for her college education and that she would have the opportunity to travel the world. She accepted the offer.

[5] In September 2006, she passed the physical, medical and aptitude tests. When she met with occupation personnel at the military entry program services, she made it clear that she did not want to engage in combat. She enlisted for three years as a mechanic. Her contract stipulated that she had no right to cancel it, although the army could do so at any time. It also contained a waiver of the "conscientious objector" status.

[6] The applicant alleges that, since the recruitment process involved a considerable amount of paperwork, she did not have an opportunity to read the contract itself. She also claims that when she enquired about the meaning of the phrase "conscientious objector", she was told that it was not important and that she should simply fill out the forms. She also claims that she did not know about the "Don't Ask, Don't Tell" policy towards homosexuals in the army.

[2] La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR ou la Commission) a rejeté sa demande, dans une décision datée du 2 février 2009, au motif qu'elle avait omis de demander la protection de l'État, qui aurait été adéquate. Après avoir procédé à un examen approfondi du dossier de la demanderesse, ainsi que des observations orales et écrites des deux parties, je suis arrivé à la conclusion que la présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. J'expose ci-dessous les motifs à l'appui de cette conclusion.

RÉSUMÉ DES FAITS

[3] La demanderesse est née en 1988, au Texas. À 16 ans, son père a découvert son orientation sexuelle et l'a mise à la porte de chez lui. Elle a déménagé en Oklahoma pour vivre avec sa mère.

[4] Après avoir terminé ses études, elle a occupé divers emplois avant de décider de se joindre à l'armée afin d'améliorer son sort. L'agent de recrutement de l'armée lui a promis que l'armée paierait ses études postsecondaires et qu'elle aurait l'occasion de voyager partout dans le monde. Elle a accepté l'offre.

[5] En septembre 2006, elle a réussi les examens physiques et médicaux, ainsi que les tests d'aptitude. Quand elle a rencontré le conseiller en orientation des services du programme d'entrée dans l'armée, elle lui a clairement dit qu'elle ne voulait pas prendre part aux combats. Elle s'est enrôlée, comme mécanicienne, pour trois ans. Son contrat stipulait qu'elle ne pouvait pas le rompre, même si l'armée pouvait le rompre en tout temps. Le contrat contenait aussi une renonciation au statut « d'objecteur de conscience ».

[6] La demanderesse allègue que, en raison de la grande quantité de documents qui lui a été présentée lors du processus de recrutement, elle n'a pas eu l'occasion de lire le contrat en soi. Elle déclare aussi que lorsqu'elle a demandé ce que signifiait l'expression « objecteur de conscience », on lui a répondu que ce n'était pas important et qu'elle devait simplement remplir les formulaires. Elle allègue aussi qu'elle ne connaissait pas la politique du

[7] In March 2007, she was sent to Fort Campbell in Kentucky and worked there as the only female mechanic in the motor pool. She was harassed and insulted by other soldiers because she had the appearance of a lesbian. The situation worsened when she was seen holding hands with another woman in a public place. When her superiors became aware of this situation, they started treating her harshly and giving her assignments that were incompatible with her medical condition. She also received hundreds of handwritten notes that were posted on her dormitory door, containing threats of beatings. In early June, she was particularly frightened by one note whereby she was threatened to be murdered in her sleep.

[8] The applicant did not tell anyone about the notes, because she did not know whom she could trust and whether she would be talking to authors of the notes. She did not confront her superiors either, because they had treated her badly after rumours circulated about her sexual orientation. She thought that they would not do anything to help her and she feared that higher-ranking officers were also behind those acts of harassment. She alleges that she destroyed all the notes.

[9] During one of her medical examinations, she told the medical examiner about a soldier who had grabbed her and thrown her to the ground. She did not disclose to the doctor that she was gay. He brushed off the incident as simple horseplay on the part of companions in arms.

[10] The applicant feared that the death threat in the note she had received in early June could become reality since, down the hall from her room, was the supplies room where the keys to all the rooms were kept. She tried to obtain a discharge by frankly revealing to her superiors that she was a lesbian. Her request was denied and the sergeant ordered her not to speak to officers of higher rank about it.

[TRANSDUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » s'appliquant aux homosexuels dans l'armée.

[7] En mars 2007, elle a été envoyée à Fort Campbell, au Kentucky, où elle était la seule mécanicienne du service d'entretien mécanique. Les autres soldats l'ont harcelée et insultée parce qu'elle avait l'apparence d'une lesbienne. La situation s'est aggravée lorsqu'on l'a vue main dans la main avec une autre femme dans un lieu public. Lorsque ses supérieurs en ont entendu parler, ils ont commencé à la traiter durement et à lui confier des tâches que son état de santé ne lui permettait pas d'accomplir. Elle a aussi reçu des centaines de messages de menaces d'agression à son encontre, ces messages étaient écrits à la main et affichés à la porte de son dortoir. Au début du mois de juin, elle a eu particulièrement peur en raison d'un message qui contenait une menace de la tuer pendant son sommeil.

[8] La demanderesse n'a rien dit à qui que ce soit au sujet des messages, parce qu'elle ne savait ni à qui faire confiance ni si elle parlerait aux auteurs des messages. Elle ne s'est pas non plus tournée vers ses supérieurs, parce qu'ils l'avaient traitée durement après que des rumeurs se furent répandues sur son orientation sexuelle. Elle ne pensait pas qu'ils feraient quoi que ce soit pour elle et elle craignait que des officiers haut placés soient également impliqués dans le harcèlement. Elle affirme qu'elle a détruit tous les messages.

[9] Lors de l'un de ses examens médicaux, elle a parlé au médecin examinateur d'un soldat qui l'avait empoignée, secouée et jetée par terre. Elle n'a pas révélé au médecin qu'elle était lesbienne. Le médecin a minimisé l'incident, lui disant que ses collègues soldats voulaient simplement rigoler.

[10] La demanderesse craignait que les menaces de mort, contenues dans les messages qu'elle avait reçus au début du mois de juin, puissent devenir réelles, parce qu'au bout du couloir où se trouvait sa chambre, il y avait la salle d'approvisionnement, où étaient conservées les clés ouvrant toutes les chambres. Elle a tenté d'être libérée de son service dans l'armée en révélant ouvertement à ses supérieurs qu'elle était lesbienne. Sa demande a été refusée et le sergent lui a ordonné de ne pas en parler à des officiers haut placés.

[11] There is no evidence that the applicant applied for conscientious objector status. This issue appears to have been raised only at the time of her hearing before the Board, since nothing is mentioned in that respect in her Personal Information Form (PIF).

[12] On September 9, 2007, fearing that her life was in danger, she fled from the base with another soldier. After leaving the base, the applicant received an anonymous call, apparently from her base, threatening to “kick a hole in her face” if she returned to Fort Campbell. Another soldier from the base apparently sent her a text message saying that she deserved to be killed for deserting the unit.

[13] The applicant entered Canada on September 11, 2007 and filed her refugee claim on October 16, 2007.

THE IMPUGNED DECISION

[14] The RPD did not question the applicant’s sexual orientation and found that she was a gay person. The Board member also recognized that harassment and violence against lesbian and gay service members have been a source of concern. Reviewing the administrative and regulatory prohibitions on military service by lesbian, gay and bisexual persons since World War I, the Board member then summarized briefly the compromise solution better known as the “Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue” policy that has been officially followed since 1993. That policy, to which was added a directive explicitly banning harassment of lesbian and gay military personnel, was intended to ease the ban on homosexuals in the military. It distinguished between “being gay” and “acting on being gay”, allowing gay people to serve in the military provided that they did not engage in homosexual conduct. As recognized by the Board member himself, this policy has had mixed results [at paragraph 38]:

[11] Il n’y a pas de preuve que la demanderesse a présenté une demande pour obtenir le statut d’objecteur de conscience. La question semble avoir été soulevée seulement lors de l’audience à la Commission, car il n’en avait pas été fait mention dans son formulaire de renseignements personnels (FRP).

[12] Le 9 septembre 2007, craignant que sa vie soit en danger, la demanderesse s’est enfuie de la base avec un autre soldat. Après avoir quitté la base, la demanderesse a reçu un appel téléphonique anonyme d’une personne qui semblait être de sa base et qui l’a menacée de « lui tirer une balle dans la tête » si elle revenait à Fort Campbell. Apparemment, un autre soldat de la base lui a envoyé un message texte dans lequel il disait qu’elle méritait d’être tuée pour avoir déserté l’unité.

[13] La demanderesse est arrivée au Canada le 11 septembre 2007 et elle a déposé sa demande d’asile le 16 octobre 2007.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[14] La SPR n’a pas mis en doute l’orientation sexuelle de la demanderesse et elle a conclu que la demanderesse était lesbienne. Le commissaire a aussi reconnu que le harcèlement et la violence contre les militaires gais et lesbiennes étaient un sujet de préoccupation. Après avoir examiné les interdictions administratives et réglementaires que les gais, lesbiennes et personnes bisexuelles servent dans l’armée, depuis la Première Guerre mondiale, le commissaire a ensuite résumé la solution de compromis, plus connue comme étant la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire, ne pas enquêter », politique qui est officiellement respectée depuis 1993. Cette politique, à laquelle fut ajoutée une directive interdisant clairement le harcèlement des militaires gais et lesbiennes, avait pour but d’assouplir l’interdiction des homosexuels dans l’armée. La politique faisait la distinction entre [TRADUCTION] « être gai » et [TRADUCTION] « agir comme étant gai », ce qui permettait aux homosexuels de servir dans l’armée à condition qu’ils ne s’engagent pas dans des conduites homosexuelles. Comme le commissaire lui-même l’a reconnu, cette politique a eu des résultats mitigés (au paragraphe 38) :

Some scholars have challenged the basis of the “Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue” policy, as not offering protection to gay or lesbian military personnel from harassment or scrutiny. The success of its translation into practices that curb such harassment has been unclear and “... reports since the adoption of the plan suggest that sexual-orientation-base harassment continues to exist in the military ... from derogatory terms against lesbian and gay persons used in military training programs to incidents of severe violence,” such as in the 1990 murder of Barry Winchell, a soldier who was believed to be gay and who was beaten to death by a baseball bat while he was asleep.

[It is worth noting that Private Winchell was murdered in 1999, not in 1990, at Fort Campbell, the very base where the applicant was posted.]

[15] The Board member ruled, on the basis of two decisions of this Court (*Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 282, 37 Imm. L.R. (3d) 150, and *Dosmakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1357, 68 Imm. L.R. (3d) 89) that a lesbian belongs to a particular social group for the purposes of the phrase “Convention refugee” and referred to a guidance note prepared by the United Nations Refugee Agency (UNHCR [United Nations High Commission for Refugees]) on sexual orientation and gender identity [*UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48abd5660.pdf>>]. He noted, in particular, that “there is no duty to be ‘discreet’ or to take certain steps to avoid persecution, such as living a life of isolation, or refraining from having intimate relationships” (paragraph 57). He then reviewed the documentary evidence provided by the applicant about the situation of homosexuals in the U.S. Army.

[16] According to the RPD, there are two determinative issues in this case: first, whether the acts of harassment and discrimination, even if not amounting to persecution individually, cumulatively constitute persecution, and second, whether the claimant has offered clear and convincing proof of the state’s inability or unwillingness to protect her.

Certains chercheurs ont contesté les fondements de la politique « *Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue* » [ne rien demander, ne rien dire, ne pas enquêter] et ont affirmé qu’elle ne protégeait en rien les militaires gais ou lesbiennes contre le harcèlement ou les examens approfondis. Il n’est pas clair que, une fois mise en pratique, cette politique empêche le harcèlement, et [TRADUCTION] « des rapports effectués depuis l’adoption du plan donnent à penser que le harcèlement fondé sur l’orientation sexuelle existe toujours dans l’armée, que ce soit sous la forme de propos méprisants utilisés pour désigner les gais et les lesbiennes dans les programmes de formation militaire ou sous la forme de graves incidents de violence », comme le meurtre, en 1990, de Barry Winchell, un soldat qui a été battu à mort avec un bâton de baseball pendant son sommeil parce qu’il était soupçonné d’être homosexuel.

[Il vaut la peine de souligner que le soldat Winchell a été tué en 1999, à Fort Campbell, et non pas en 1990, la même base où la demanderesse était affectée.]

[15] Se fondant sur deux décisions de la Cour (*Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 282; *Dosmakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1357), le commissaire a conclu que, au regard de la définition de « réfugié au sens de la Convention », les lesbiennes appartiennent à un groupe social particulier. Il a fait référence à une directive, préparée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR), sur l’orientation et l’identité sexuelle [*Note d’orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre*, Genève, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/499988e32.pdf>>]. En particulier, au paragraphe 57, le commissaire a fait observer qu’il « n’y a pas d’obligation d’être “discret ou discrète” ou de prendre certaines mesures pour éviter d’être persécuté(e), comme vivre dans l’isolement ou s’abstenir de relations intimes ». Il a ensuite examiné la preuve documentaire relative à la situation des homosexuels dans l’armée des États-Unis présentée par la demanderesse.

[16] Selon la SPR, il y a deux questions déterminantes dans la présente affaire. Premièrement, la question de savoir si les actes de harcèlement et de discrimination, même s’ils n’équivalent pas à de la persécution lorsqu’ils sont pris individuellement, peuvent constituer de la persécution lorsqu’ils sont envisagés cumulativement. Deuxièmement, la question de savoir si la demanderesse

[17] As to her first claim, the applicant had to show that the U.S. *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) [10 U.S.C. §§ 801–946] would be applied to her in a discriminatory fashion or that the application thereof would result in cruel and unusual treatment or punishment. For that purpose, she invoked the affidavit of Donald G. Rehkopf Jr., an attorney who has 32 years of military law experience as a prosecutor, defence counsel and acting staff judge advocate. In essence, his testimony is to the effect that the U.S. military judicial system is unfair to, and biased against homosexuals and soldiers who go on absence without leave (AWOL). In his view, the court-martial process is stacked in favour of the prosecution. On the basis of the information he received from the applicant’s counsel, he opined that the applicant is in all probability facing a sentence of imprisonment of at least three years if deported to the U.S.; in that respect, he goes even much further than appellants’ counsel in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413 (as reported at paragraph 40 of that decision), who had submitted that deserters face one to five years in prison. Citing the American case law, Mr. Rehkopf is of the view that life imprisonment is a “practical and legal” punishment for deserters in time of war.

[18] Mr. Rehkopf also asserted that the applicant cannot effectively defend herself against a charge of desertion. If Ms. Smith were to plead mitigating circumstances (e.g. by arguing that her desertion was due to scruples of conscience against war even though she had failed to obtain her discharge as a conscientious objector), she could make a convincing case only by disclosing her true reasons for leaving the army. She would then find herself in deeper trouble, considering the climate of prejudice against, the harassment and indeed the threats directed at military members who are perceived as being non-heterosexual. Should she assert that her superiors ignored the threats made against her, the military authorities will, in effect, punish her for revealing a very embarrassing truth about the military. Moreover, she could face additional criminal charges for having had sexual relations with a

a présenté une preuve claire et convaincante de l’inaptitude ou de l’absence de volonté de l’État à la protéger.

[17] Pour prouver sa première allégation, la demanderesse devait établir que le Code unifié de justice militaire [*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. §§ 801 à 946] des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaldrait à des traitements ou peines cruels et inusités. Pour ce faire, elle s’est fondée sur l’affidavit de Donald G. Rehkopf Jr., un avocat qui a 32 années d’expérience en droit militaire en tant que procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major par intérim. Pour l’essentiel, son témoignage était que le régime de justice militaire des États-Unis est injuste et partial à l’égard des homosexuels et des soldats qui s’absentent sans autorisation. Selon lui, le procès à la cour martiale penche en faveur de la poursuite. Se fondant sur les renseignements qu’il a obtenus de l’avocat de la demanderesse, il croit que la demanderesse serait vraisemblablement exposée à une peine d’emprisonnement d’une période minimale de trois ans, si elle était expulsée vers les États-Unis. À cet égard, il va beaucoup plus loin que l’avocat des appelants dans l’affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 171 (voir le paragraphe 40 de cet arrêt), selon qui les déserteurs risquent de un à cinq ans de prison. Citant la jurisprudence des États-Unis, M. Rehkopf est d’avis que l’emprisonnement à vie est une peine [TRADUCTION] « pratique et légale » infligée aux déserteurs en temps de guerre.

[18] M. Rehkopf affirme aussi que la demanderesse ne peut pas se défendre de façon efficace contre l’accusation de désertion. Si la demanderesse plaide des circonstances atténuantes (par exemple, en soutenant que sa désertion était due à des scrupules à l’égard de la guerre, et ce, même si elle n’avait pas réussi à être libérée de son service au motif qu’elle est un objecteur de conscience), elle ne pourrait faire valoir son point de vue de façon convaincante que si elle révèle les vraies raisons pour lesquelles elle a quitté l’armée. Elle se trouverait dans une situation encore plus difficile, vu le climat de préjugés, le harcèlement et, en fait, les menaces envers les militaires qui sont vus comme n’étant pas hétérosexuels. Si elle affirmait que ses supérieurs ont fermé les yeux sur les menaces dont elle était l’objet, les autorités militaires la puniraient, de fait, pour avoir étalé au grand

person of the same sex, in violation of Article 120 [§ 920] (indecent act) or Article 125 [§ 925] (sodomy) of the UCMJ.

[19] In short, Mr. Rehkopf believes that although the U.S. Army are able to protect the claimant, they are not willing to do so because of their hostility and bias against lesbians and gays. Considering the anti-gay/lesbian climate at Fort Campbell, finding fair and open-minded jurors on her court-martial panel will be next to impossible, in his view, because anyone who showed sympathy for her position would be challenged by the prosecution.

[20] The Board rejected Mr. Rehkopf's opinion and found it to be not credible. First, it determined that it was based on a number of assumptions that were speculative at best. Moreover, the Board member noted that there is no evidence that a defence counsel has ever challenged the "Don't Ask, Don't Tell" policy on the basis of a Supreme Court decision invalidating a Texas statute making it a crime for two adults of the same sex to engage in consensual sodomy (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). It is not clear what inference is to be drawn from this observation; the Board member may be suggesting that Articles 120 and 125 of the UCJM could well be declared unconstitutional if challenged on behalf of the applicant.

[21] The Board member also found that the Winchell murder was an isolated incident, and added that he "suspected" the perpetrator(s) must have been sentenced to a lengthy term of imprisonment and subjected to other severe penalties. As a result, he rejected Mr. Rehkopf's opinion that there is clear and convincing evidence of the state's inability to protect the claimant.

[22] The Board also viewed the applicant's situation as not distinguishable from that of Mr. Hinzman, because

jour une vérité très embarrassante au sujet de l'armée. En outre, elle pourrait être exposée en plus à des accusations criminelles d'avoir eu des relations sexuelles avec des personnes du même sexe, en contravention de l'article 120 [§ 920] (action indécente) ou de l'article 125 [§ 925] (sodomie) du Code unifié de justice militaire.

[19] En résumé, M. Rehkopf croit que même si l'armée des États-Unis est en mesure de protéger la demanderesse, l'armée ne veut pas le faire en raison de son hostilité envers les lesbiennes et les gais. Étant donné le climat hostile aux gais et aux lesbiennes qui règne à Fort Campbell, avoir des jurés impartiaux et ouverts d'esprit dans la formation de la cour martiale de la demanderesse serait presque impossible, selon lui, parce que quiconque ferait preuve de compréhension à l'égard de la demanderesse se ferait récuser par la poursuite.

[20] La Commission a rejeté le témoignage de M. Rehkopf et elle a conclu qu'il n'était pas crédible. Premièrement, la Commission a décidé que M. Rehkopf avait fondé son témoignage sur un certain nombre d'hypothèses plus ou moins réalistes. En outre, le commissaire a souligné qu'aucun des éléments de preuve présentés ne donnait à penser qu'un avocat de la défense avait déjà contesté la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » sur la base de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis qui invalidait une loi du Texas criminalisant la sodomie entre deux adultes consentants de même sexe (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). L'inférence devant être tirée de cette observation n'est pas claire; le commissaire peut donner à entendre que les articles 120 et 125 du Code unifié de justice militaire pourraient bien être déclarés inconstitutionnels s'ils étaient contestés pour le compte de la demanderesse.

[21] Le commissaire a aussi conclu que le meurtre du soldat Winchell était un acte isolé et il a ajouté qu'il « suppose » que les auteurs du meurtre avaient dû se voir infliger de longues peines d'emprisonnement et d'autres peines sévères. Par conséquent, il a rejeté l'avis de M. Rehkopf selon qui il y avait une preuve claire et convaincante de l'inaptitude de l'État à protéger la demanderesse.

[22] La Commission a aussi estimé que la situation de la demanderesse ne différait pas de celle de M. Hinzman,

both of them had formally claimed “conscientious objector” status and were reluctant to engage in combat. In this respect, the Board did not accept as credible the applicant’s evidence that she did not know what that phrase meant. On the contrary, the member found that the applicant voluntarily enlisted in the U.S. Army, and just like Mr. Hinzman developed an objection to the war in Iraq after having spent some time in the military. The Board member determined that there is no internationally recognized right to be a conscientious objector with respect to a specific war (except in the specific cases provided for in paragraph 171 of the UNHCR Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited January 1992]). The fact that the claimant may face prosecution upon return to the United States did not reveal a failure of state protection or persecution on the basis of political opinion.

[23] The Board member also rejected Mr. Rehkopf’s assessment of the court-martial process as being biased, preferring to follow the Federal Court and the Federal Court of Appeal which have both determined that the UCMJ as a law of general application, was not applied in a discriminatory fashion.

[24] In concluding that prolix part of his reasons, the Board member questioned the credibility and expertise of Mr. Rehkopf. Referring to his statement that he has served as a prosecutor, defense counsel and acting staff judge advocate and tried more than 225 cases, the member challenged Mr. Rehkopf’s honesty, and wondered how he could persist in prosecuting deserters if he was so concerned about the inequities and unfairness of the military justice system.

parce que tous les deux s’étaient présentés formellement comme étant des objecteurs de conscience et comme étant réticents à prendre part au combat. À ce sujet, la Commission a estimé que les affirmations de la demanderesse selon lesquelles elle ne savait pas ce que signifiait l’expression « objecteur de conscience » n’étaient pas crédibles. Au contraire, le commissaire a conclu que la demanderesse s’était volontairement enrôlée dans l’armée des États-Unis, et que, comme M. Hinzman, elle avait commencé à s’opposer à la guerre en Iraq après avoir passé un certain temps dans l’armée. Le commissaire a décidé qu’il n’existe aucun droit reconnu à l’échelle internationale de s’opposer, pour des raisons de conscience, à une guerre en particulier (sauf dans des circonstances précises décrites au paragraphe 171 du guide du HCNUR [*Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992]). Pour le commissaire, le fait que la demanderesse puisse être exposée à des poursuites à son retour aux États-Unis n’équivaut pas au défaut de l’État de la protéger ou à de la persécution fondée sur les opinions politiques.

[23] Le commissaire a aussi écarté l’évaluation de partialité faite par M. Rehkopf au sujet du processus suivi par les cours martiales aux États-Unis. Le commissaire a plutôt suivi la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale, qui ont toutes les deux décidé que le Code unifié de justice militaire des États-Unis, en tant que loi d’application générale, n’était pas appliqué de façon discriminatoire.

[24] En conclusion de cette partie prolix de ses motifs, le commissaire a remis en cause la crédibilité et l’expertise de M. Rehkopf. Faisant référence à la déclaration de M. Rehkopf selon laquelle il avait été procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major par intérim, et il avait participé à l’instruction de plus de 225 affaires, le commissaire a remis en cause l’honnêteté de M. Rehkopf et il s’est demandé comment M. Rehkopf avait pu continuer à poursuivre les déserteurs, s’il était si préoccupé par les iniquités et les injustices au sein du régime de justice militaire.

[25] Commenting next on the disparities of sentences imposed by the Court Martial, the Board member noted that the requirement of uniformity had been abolished by the Court in 1959 (*United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959)); it was recognized that consideration must be given to the individualized circumstances of the offenders. That being said, the Court of Criminal Appeals is expected to ensure a minimal degree of uniformity in relation to sentencing, and Articles 85 [§ 885] and 86 [§ 886] of the UCMJ set maximum punishment for desertion and AWOL in various circumstances. Such a system allows deserters to be treated uniformly and to be spared any vindictiveness on the part of the sentencing authority.

[26] The Board member also noted that the applicant waited a little more than one month to file her refugee claim. In his view, that delay was inconsistent with the situation of a refugee fleeing for her life and with probable knowledge that Canada was a refuge for other members of the U.S. military who had preceded her. While this was not held to be a determinative factor, it was nevertheless taken into account as a factor relevant to the assessment of her subjective fear.

[27] Finally, the Board reiterated that an applicant is required to seek the protection of her or his state where it might reasonably be forthcoming. In the case at bar, the applicant spoke to the First Sergeant but did not make any attempts to seek help from higher authorities in her unit. The member dismissed her explanation that higher-ranking officers were involved in the harassment that she had suffered, characterizing this allegation as mere speculation. As for the argument that the military criminal code discriminates against gays and lesbians and that the punishment would be the result of an unfair process, it was also rejected on the basis of the *Hinzman* decision. The Board member refused to comment on the military court-martial system or on the “Don’t Ask, Don’t Tell” policy, found that there was no credible evidence that the applicant would not receive a fair hearing or would receive a more severe sentence because she is gay if she were to be prosecuted before a court martial, and relied on the evidence accepted in *Hinzman* that 94 percent of deserters have been dealt with administratively and merely received a less than honorary discharge from

[25] Ensuite, le commissaire a fait des commentaires sur les disparités de peines à la cour martiale. Il a fait observer que l’exigence d’uniformité avait été éliminée par la cour en 1959 (*United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959)), qui a reconnu que l’on devait tenir compte des circonstances personnelles des délinquants. Cela étant dit, la Cour des appels criminels est censée maintenir un degré minimum d’uniformité entre les peines, et les articles 85 [§ 885] et 86 [§ 886] du Code unifié de justice militaire prévoient, selon la situation, des peines maximales pour désertion et absence sans autorisation. Les déserteurs sont donc traités uniformément et ne sont pas assujettis aux humeurs vindicatives des personnes chargées d’infliger les peines.

[26] Le commissaire a aussi fait observer que la demanderesse a attendu un peu plus d’un mois pour déposer sa demande d’asile. Selon lui, une telle attente n’est pas cohérente avec les actions d’une réfugiée qui s’enfuit pour sauver sa vie et qui sait probablement que le Canada a été un lieu de refuge pour d’autres membres de l’armée des États-Unis qui l’ont précédée. Bien que ce point n’ait pas été un facteur déterminant, il s’agissait néanmoins d’un facteur pertinent qui a été pris en compte dans l’évaluation de sa crainte subjective.

[27] Enfin, la Commission a rappelé que tout demandeur d’asile a l’obligation de s’adresser à son État pour obtenir sa protection dans les cas où il est raisonnable qu’il l’obtienne. En l’espèce, la demanderesse s’est adressée au premier sergent, mais elle n’a pas tenté de s’adresser à une personne occupant un poste plus élevé au sein de son unité. Le commissaire a rejeté son explication selon laquelle des officiers occupant des postes supérieurs étaient impliqués dans le harcèlement dont la demanderesse a fait l’objet. Pour lui, il s’agissait d’une simple conjecture. En ce qui concerne l’argument selon lequel le code criminel militaire fait de la discrimination contre les gays et lesbiennes et que la peine infligée serait le résultat d’un procès injuste, il a aussi été rejeté sur le fondement de l’arrêt *Hinzman*. Le commissaire a refusé de faire des commentaires sur le régime militaire des cours martiales et sur la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire ». Il a conclu qu’il n’y avait aucun élément de preuve crédible selon lequel la demanderesse n’obtiendrait pas une audience équitable ou se verrait infliger une peine plus sévère parce qu’elle est

the military. Finally, the Board member referred to newspaper articles according to which President Obama is about to repeal the “Don’t Ask, Don’t Tell” policy and inferred that the “ammunition” currently used by prosecutors in U.S. court martials, in situations similar to that of the applicant, will then also be “swept away”.

[28] In conclusion, the Board summed up its findings in the following paragraphs (at paragraphs 209–211):

Having considered all of the evidences and the submissions of the claimant’s counsel, I determine that the claimant has failed to present “clear and convincing” proof of the inability of the United States to protect her.

I also determine that the claimant has not satisfied her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it is more likely she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States.

A given episode of mistreatment may constitute discrimination or harassment, yet not be serious enough to be regarded as persecution. Indeed, a finding of discrimination rather than persecution is within my jurisdiction. I find that the acts of harassment and intimidation and written threats made against the claimant do not constitute persecution in this particular case.

[29] As a result, the Board member ruled that the applicant was not a “Convention” refugee under section 96 of the IRPA or a “person in need of protection” within the meaning of paragraphs 97(1)(a) and (b) of the same Act.

ISSUES

[30] Counsel for the applicant has raised a number of issues, which can be summarized as follows:

lesbienne, si elle devait être poursuivie en cour martiale. Il s’est fondé sur la preuve admise dans l’arrêt *Hinzman*, selon laquelle 94 p. 100 des déserteurs ont vu leur cas être réglé administrativement et n’ont simplement pas reçu une libération honorable de l’armée. Enfin, le commissaire a fait référence à des articles de journaux selon lesquels le président Obama s’apprêtait à mettre fin à la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » et il a tiré l’inférence d’après laquelle les « munitions » actuellement utilisées par la poursuite devant les cours martiales des États-Unis, dans des cas comme celui de la demanderesse, auront alors « disparu ».

[28] Pour conclure, la Commission a résumé ses conclusions dans les paragraphes qui suivent (aux paragraphes 209 à 211) :

Compte tenu de tous les éléments de preuve et des observations formulées par la conseil de la demandeure d’asile, je conclus que la demandeure d’asile n’a pu présenter une preuve claire et convaincante de l’incapacité des États-Unis à la protéger.

Je conclus aussi que la demandeure d’asile ne s’est pas acquittée du fardeau de prouver qu’il existe une possibilité sérieuse qu’elle soit persécutée pour un motif prévu dans la Convention ou qu’il est probable qu’elle sera soumise à la torture ou exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités à son retour aux États-Unis.

Un épisode unique de mauvais traitement peut constituer de la discrimination ou du harcèlement, mais n’est pas suffisamment grave pour être considéré comme de la persécution. En effet, il relève de ma compétence de conclure qu’il s’agit de discrimination plutôt que de persécution. Je conclus que les actes de harcèlement et d’intimidation, de même que les menaces écrites dont la demandeure d’asile a fait l’objet ne constituent pas, en l’espèce, de la persécution.

[29] Il s’ensuit que le commissaire a conclu que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugiée au sens de la « Convention », aux termes de l’article 96 de la LIPR, ni « de personne à protéger », aux termes des alinéas 97(1)a) et b) de la même Loi.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[30] L’avocate de la demanderesse a soulevé un certain nombre de questions, qui peuvent être résumées de la façon suivante :

a. Did the Board member err in determining that state protection would be available for the applicant? That question must be broken down into the following sub-questions :

(i) Did the Board member err in finding that the applicant did not seek state protection?

(ii) Did he make a speculative finding when he concluded that the murder of Private Winchell was an isolated incident?

(iii) Did he rely on extrinsic evidence taken from the decision of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* without giving the applicant an opportunity to respond?

b. Did the Board member err in determining that the *Uniform Code of Military Justice* as a law of general application, is not applied in a discriminatory fashion, that the applicant would receive a fair hearing and that she would therefore be submitted to prosecution and not to persecution? In coming to that conclusion, did the Board member err in not providing reasons as to why the expert evidence submitted on behalf of the applicant was not credible?

ANALYSIS

[31] The RPD is an expert tribunal. As such, its findings of fact or of mixed fact and law are reviewable according to a standard of reasonableness. The Board's assessment of the adequacy of state protection is a question of mixed fact and law which must accordingly be reviewed according to a standard of reasonableness. The same is true of the question as to whether an individual faces persecution in his or her country of origin: *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, at paragraph 199; 2007 FCA 171, at paragraph 38.

[32] On the other hand, the issues raised by the applicant that pertain to procedural fairness are questions of law. Either the decision maker has complied with the duty of

a. Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a décidé que la protection de l'État était offerte à la demanderesse? La présente question doit être divisée en sous-questions de la façon suivante :

i) Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que la demanderesse n'avait pas demandé la protection de l'État?

ii) Le commissaire a-t-il tiré une conclusion conjecturale lorsqu'il a conclu que le meurtre du soldat Winchell était un incident isolé?

iii) Le commissaire s'est-il fondé sur des preuves extrinsèques tirées de l'arrêt *Hinzman* de la Cour d'appel fédérale, sans donner à la demanderesse la possibilité de répondre?

b. Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le Code unifié de justice militaire, en tant que loi d'application générale, n'était pas appliqué de façon discriminatoire, que la demanderesse aurait une audience équitable et qu'elle serait donc soumise à des poursuites et non pas à de la persécution? Aux fins de cette conclusion, le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il n'a donné les motifs pour lesquels la preuve d'expert présentée pour le compte de la demanderesse n'était pas crédible?

ANALYSE

[31] La SPR est un tribunal spécialisé. Par conséquent, la norme de contrôle applicable à ses conclusions de fait ou à ses conclusions mixtes de fait et de droit est la raisonnable. L'évaluation par la SPR du caractère adéquat de la protection de l'État constitue une question mixte de fait et de droit, et la norme de contrôle applicable à cette évaluation est donc la raisonnable. Il en va de même pour la question de savoir si une personne est exposée à de la persécution dans son pays d'origine : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, au paragraphe 199; 2007 CAF 171, au paragraphe 38.

[32] Par contre, les questions portant sur l'équité procédurale soulevées par la demanderesse constituent des questions de droit. Soit le décideur s'est conformé à

fairness appropriate in the particular circumstances or has breached this duty: no deference is due when such an issue is raised. See: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraphs 52–53.

A) Did the Board member err in determining that state protection would be available to the applicant?

[33] The Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have made it clear that the starting point in assessing the applicant's claim consists in the examination of the adequacy of state protection: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at page 722; *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, at paragraph 42. Where state protection is found to be adequate, it is not necessary for the Board to go any further. As the Federal Court of Appeal stated in *Hinzman* [at paragraph 42]:

The appellants say they fear persecution if returned to the United States. However, to successfully claim refugee status, they must also establish that they have an objective basis for that fear: *Ward* at page 723. In determining whether refugee claimants have an objective basis for their fear of persecution, the first step in the analysis is to assess whether they can be protected from the alleged persecution by their home state. As the Supreme Court of Canada explained in *Ward* at page 722, “[i]t is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded.” [Emphasis in original.] Where sufficient state protection is available, claimants will be unable to establish that their fear of persecution is objectively well-founded and therefore will not be entitled to refugee status. It is only where state protection is not available that the court moves to the second stage, wherein it considers whether the conduct alleged to be persecutory can provide an objective basis for the fear of persecution.

See also: *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805; *Landry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275.

l'obligation d'équité dictée par les circonstances particulières de l'affaire, soit il a manqué à son obligation : aucune déférence n'est due lorsqu'une telle question est soulevée. Voir *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, aux paragraphes 52 et 53.

A) Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a décidé que la protection de l'État était offerte à la demanderesse?

[33] La Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont clairement établi que le point de départ de l'évaluation de la demande du demandeur est l'examen du caractère adéquat de la protection de l'État : *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la page 722; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, au paragraphe 42. Si la protection de l'État est estimée adéquate, il n'est pas nécessaire que la SPR continue son analyse. Comme l'a mentionné la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman* [au paragraphe 42] :

Les appelants affirment craindre d'être persécutés s'ils sont renvoyés aux États-Unis. Cependant, pour obtenir l'asile, ils doivent également démontrer que leur crainte est fondée objectivement : voir *Ward*, à la page 723. Pour établir si la crainte d'être persécuté qu'éprouve un demandeur d'asile est fondée objectivement, la première étape de l'analyse consiste à évaluer si le demandeur peut être protégé de la persécution alléguée par son État d'origine. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans *Ward*, à la page 722, « [i]l est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection : c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée [...] » Quand l'État offre une protection suffisante, le demandeur ne peut pas prouver que sa crainte d'être persécuté est fondée objectivement et, par conséquent, il ne peut pas se voir accorder l'asile. Ce n'est qu'en l'absence de protection étatique que la cour doit passer à la seconde étape, où elle examine si la conduite que le demandeur assimile à de la persécution peut fournir un fondement objectif à une crainte de persécution.

Voir également : *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805; *Landry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 594.

[34] The case law is also to the effect that refugee protection is meant to be a form of surrogate protection to be invoked only in those situations where the refugee claimant has unsuccessfully sought the protection of his home state. Absent a situation of complete breakdown of state apparatus, it should be assumed that the state is capable of protecting a refugee claimant. To rebut the presumption, an applicant must offer “clear and convincing confirmation of a state’s inability to protect”: *Ward*, at page 724; *Hinzman*, at paragraph 44. If an applicant does not provide such clear and convincing evidence, he cannot qualify as a Convention refugee or a person in need of protection. In other words, proof must be adduced that all possible avenues of protection available have been exhaustively sought before claiming refugee status. Speculation that state protection would be inadequate is not sufficient.

[35] That being said, a refugee claimant has the obligation to seek out protection in his home country only if that protection can be said to “reasonably have been forthcoming” (*Ward*, above, at page 724). This is not meant to be an easy way out of the requirement that a refugee claimant approach his home country for protection before seeking international refugee protection. As the Supreme Court stated in *Ward* (at page 724), “the claimant will not meet the definition of ‘Convention refugee’ where it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of his home authorities”.

[36] Of course, the burden of the applicant is greater in this case as the country to which she is to be returned is the United States, “a democratic country with a system of checks and balances among its three branches of government”, and which “has adopted a comprehensive scheme to ensure those who object to military service are dealt with fairly”: *Hinzman*, at paragraphs 46, 57.

[37] In the present case, the situation is quite distinguishable from the problems raised, before this Court and the Federal Court of Appeal, by a number of recent U.S. Army deserters, and most notably Mr. Hinzman. The Board member appeared, at times, to have focused on

[34] Suivant la jurisprudence, la protection des réfugiés est censée constituer une forme de protection auxiliaire qui ne doit être invoquée que dans les cas où le demandeur d’asile a tenté en vain d’obtenir la protection de son état d’origine. En l’absence d’un effondrement complet de l’appareil étatique, il y a lieu de présumer que l’État est capable de protéger le demandeur d’asile. Pour réfuter cette présomption, le demandeur doit « confirmer d’une façon claire et convaincante l’incapacité de l’État d’assurer la protection » : *Ward*, à la page 724; *Hinzman*, au paragraphe 44. Si le demandeur ne fournit pas de tels éléments de preuve clairs et convaincants, il ne peut pas être déclaré réfugié au sens de la Convention ou personne à protéger. Autrement dit, le demandeur doit déposer des éléments de preuve établissant qu’il a fait tout son possible pour se prévaloir de tous les recours qui s’offraient à lui avant de présenter sa demande d’asile. Il ne suffit pas d’émettre l’hypothèse que la protection de l’État n’était pas adéquate.

[35] Cela dit, les demandeurs d’asile n’ont l’obligation de tenter d’obtenir la protection de leur pays d’origine que si cette protection « aurait pu raisonnablement être assurée » (*Ward*, précité, à la page 724). Il ne doit pas s’agir d’un moyen pour les demandeurs d’asile de se soustraire facilement à l’obligation de demander la protection de leur pays d’origine avant de demander l’asile à l’étranger. Comme la Cour suprême l’a mentionné dans l’arrêt *Ward* (à la page 724), « le demandeur ne sera pas visé par la définition de l’expression “réfugié au sens de la Convention” s’il est objectivement déraisonnable qu’il n’ait pas sollicité la protection de son pays d’origine ».

[36] Bien entendu, le fardeau de la demanderesse est plus lourd en l’espèce, car le pays où elle doit être renvoyée sont les États-Unis, « un pays démocratique où les pouvoirs des trois branches du gouvernement sont limités par un système de freins et contrepoids », et qui « [a] adopté un ensemble complet de mesures garantissant que les personnes s’objectant au service militaire font l’objet d’un traitement juste » : *Hinzman*, aux paragraphes 46 et 57.

[37] La situation en l’espèce est très différente des situations d’un certain nombre de déserteurs qui ont présenté des demandes auprès de la Cour et de la Cour d’appel fédérale, le plus connu étant M. Hinzman. Le commissaire a parfois semblé mettre l’accent sur le statut

the applicant's status as a conscientious objector. Indeed, he wrote at paragraph 161 of his reasons:

It appears to me that the claimant's situation is no different from *Hinzman's* legal situation because both of them made a formal claim of being a contentious [*sic*] objector and a reluctance to engage in combat.

[38] To be fair, it is true that the applicant did mention in the narrative appended to her Personal Information Form (PIF) that she did not know what the phrase "conscientious objector" meant, and that it was not explained to her that one of the forms she was made to sign when she joined the army was a waiver of her right to claim that right.

[39] But it is also equally clear when reading her narrative as a whole and the evidence submitted to the Board that her situation was much different from that of Mr. Hinzman and that her claim was first and foremost predicated on her sexual orientation. Unlike Mr. Hinzman, she could be punished not only on AWOL and desertion charges, but also for simply being gay. As already mentioned, Article 125 of the *Uniform Code of Military Justice* still makes it an offense to have sexual relations with a person of the same sex. This fundamental flaw in the member's reasoning, it seems to me, permeates his entire approach to the case and certainly skewed, at least to some extent, his perception of the nature of the applicant's claim and predicament.

[40] Before weighing the various arguments made by counsel for the applicant, it is worth noting that the Board did not make any adverse credibility findings with respect to the applicant. He found that she was, indeed, a gay person, and there is no suggestion that she faked her sexual orientation to be discharged from the army. Nor did the Board member make any unfavourable credibility findings with respect to the harassment and threats that were directed at the applicant while a member of the United States Army.

d'objecteur de conscience de la demanderesse. Il a d'ailleurs écrit ce qui suit au paragraphe 161 de ses motifs :

À mon avis, la situation de la demandeuse d'asile n'est pas différente, d'un point de vue juridique, de celle décrite dans *Hinzman* puisqu'ils ont tous deux affirmé officiellement être des objecteurs de conscience et avoir des scrupules à participer à des combats.

[38] Pour être juste, il faut dire qu'il est vrai que la demanderesse a bien mentionné dans son exposé circonstancié joint à son Formulaire de renseignements personnels (le FRP) qu'elle ne savait pas ce que voulait dire « objecteur de conscience » et qu'on ne lui avait pas expliqué que l'un des formulaires qu'elle avait dû signer lorsqu'elle s'était enrôlée constituait une renonciation à son droit de se dire objecteur de conscience.

[39] Cependant, à la lecture de l'exposé circonstancié de la demanderesse et de la preuve présentée à la SPR, il est également tout aussi clair que la situation de la demanderesse était très différente de celle de M. Hinzman et que sa demande était d'abord et avant tout fondée sur son orientation sexuelle. Contrairement à M. Hinzman, la demanderesse pourrait être punie non seulement en raison des accusations d'absence sans autorisation et de désertion, mais aussi simplement parce qu'elle est lesbienne. Comme je l'ai déjà mentionné, les relations sexuelles entre personnes de même sexe constituent encore une infraction selon l'article 125 du Code unifié de justice militaire. À mon avis, cette erreur fondamentale dans le raisonnement du commissaire a influencé l'ensemble de son approche à l'égard de l'affaire et a faussé, du moins dans une certaine mesure, sa façon de considérer la nature de la demande et les difficultés de la demanderesse.

[40] Avant de mettre en balance les diverses observations présentées par l'avocate de la demanderesse, il convient de noter que le commissaire n'a tiré aucune conclusion défavorable relativement à la crédibilité de la demanderesse. Il a conclu que la demanderesse était effectivement lesbienne, et rien ne donne à penser qu'elle a fait semblant d'être lesbienne afin d'être libérée de l'armée. Le commissaire n'a pas non plus tiré de conclusions défavorables relativement à la crédibilité du témoignage de la demanderesse sur le harcèlement et les

[41] It is alleged that the first error made by the Board member was in his determination that Ms. Smith did not seek state protection. The Board member wrote (reasons for decision, at paragraphs 189–192):

She alleges she spoke to a sergeant asking permission from him to speak to the First Sergeant to tell him about her being gay and wanting to leave the army.

She did not make any attempts to seek the help of higher authorities in her unit other than the sergeant.

A claimant is required to approach her or his state for protection in situations which protection might reasonably be forthcoming. The claimant must show that it was reasonable for her not to seek protection. When asked why she did not seek protection from higher authorities at Fort Campbell, she replied: "... I considered it but did not. I felt higher ranking officers were in on it".

She gave no explanation as to why she thought the higher ranking officers were involved. In fact, her evidence is that she tried to find out who wrote the note threatening to kill her in her sleep by comparing the signatures of fellow soldiers to other paperwork the soldiers had signed, but was unable to ascertain with certainty who wrote the note. It was speculation only on her part that higher ranking officers were involved.

[42] Contrary to the situation in *Hinzman*, where the appellants had not made an adequate attempt to avail themselves of the protections afforded by the UCMJ, the applicant in this case provided evidence that she did approach her superiors to try to obtain a discharge. According to the evidence offered by the applicant, she went so far as to ask her superior for permission to speak to a higher authority, but that was denied. She also testified that one superior scoffed at her and said they would figure out the paperwork when she returned from her tour of duty in Afghanistan.

menaces qu'elle aurait subis alors qu'elle faisait partie de l'armée des États-Unis.

[41] Il est avancé que la première erreur que le commissaire aurait commise serait d'avoir conclu que la demanderesse n'avait pas sollicité la protection de l'État. Le commissaire a écrit ce qui suit (motifs de la décision, aux paragraphes 189 à 192) :

La demandeure d'asile soutient qu'elle s'est adressée à un sergent et lui a demandé l'autorisation de s'adresser à un premier sergent pour lui parler de son homosexualité et lui dire qu'elle souhaitait quitter l'armée.

Elle n'a pas tenté de s'adresser à une personne occupant un poste supérieur à celui du sergent au sein de son unité.

Un demandeur d'asile a l'obligation de s'adresser à son État pour obtenir sa protection dans les cas où il est raisonnable qu'il l'obtienne. La demandeure d'asile doit prouver qu'elle a agi de façon raisonnable quand elle a décidé de ne pas tenter d'obtenir une protection. Appelée à préciser les raisons pour lesquelles elle ne s'était pas adressée à des personnes de rang plus élevé à Fort Campbell, elle a répondu qu'elle y avait pensé, mais qu'elle ne l'avait pas fait parce qu'elle avait l'impression que les militaires de rang plus élevé approuvaient la discrimination.

La demandeure d'asile n'a fourni aucune explication concernant les raisons pour lesquelles elle pensait que les militaires de rang plus élevé étaient impliqués. En fait, elle a simplement expliqué qu'elle avait tenté de découvrir qui était l'auteur du message dans lequel celui-ci menaçait de la tuer pendant son sommeil en comparant les signatures des autres soldats à des signatures figurant sur d'autres documents, mais elle n'a pu déterminer avec certitude qui était l'auteur du message.

[42] Contrairement à la situation dans l'affaire *Hinzman*, dans laquelle les appelants n'avaient pas tenté adéquatement de se prévaloir de la protection offerte par le Code unifié de justice militaire, la demanderesse en l'espèce a affirmé dans son témoignage qu'elle avait bien parlé à ses supérieurs afin d'essayer d'être libérée de l'armée. Son témoignage révèle qu'elle est même allée jusqu'à demander à son supérieur la permission de s'adresser à une autorité de plus haut rang, mais que cela lui a été refusé. La demanderesse a également affirmé dans son témoignage qu'un de ses supérieurs s'était moqué d'elle et avait dit qu'ils s'occuperaient de la papperasse lorsqu'elle reviendrait de sa période de service en Afghanistan.

[43] The case law of this Court requires more than one attempt to obtain state protection. It is often said that an applicant must usually follow up on his complaint, and seek assistance from higher authorities if unsuccessful at the first stage. Yet, one must take into account the particular environment that an applicant finds himself in. It is clear that in the army reigns an atmosphere of unconditional obedience to the hierarchy. The Board member did not seem to be sensitive to this special context.

[44] Further, the applicant provided evidence that she was afraid that her superiors may have been involved in the harassment and threats targeted at her. She had reasons to perceive her superiors as being the potential authors or participants in the harassment and threats directed at her. She stated in her PIF and in her testimony that she felt that she started receiving harsher treatment from her superiors when they heard rumours that she was a lesbian. Moreover, one of her superiors told her to “tone down her behaviour”, which the applicant believed was a reference to her sexual orientation. Nonetheless, the Board member found that the applicant’s belief to the effect that higher-ranking officers were involved was pure speculation. While such a finding is normally entitled to much deference, it may nevertheless be questioned when the Board member has not considered all the evidence submitted by the applicant, especially when that evidence has remained uncontradicted.

[45] What is more, the personal experience of the applicant seems to be consistent with the documentary evidence indicating that superiors in the U.S. military are too often complacent and sometimes even actively participate in the harassment and abuse directed at gays and lesbians in the military. This evidence should also have been taken into account by the Board member in assessing whether the applicant adequately attempted to avail herself of the protection afforded by the state.

[46] This failure to give due consideration to that documentary evidence ties in with two other errors allegedly

[43] La jurisprudence de la Cour a établi que le demandeur doit essayer d’obtenir la protection de l’État à plus d’une occasion. Il a souvent été mentionné qu’un demandeur doit habituellement faire un suivi de sa plainte et solliciter l’aide d’autorités supérieures si la demande au premier échelon n’a servi à rien. Cependant, on doit tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le demandeur. Il est évident qu’il règne dans l’armée une atmosphère où le respect absolu de la hiérarchie est de mise. Le commissaire n’a pas semblé tenir compte de cette situation particulière.

[44] En outre, la demanderesse a affirmé dans son témoignage qu’elle craignait que ses supérieurs soient impliqués dans le harcèlement et les menaces dont elle était victime. Elle avait des motifs de croire que ses supérieurs étaient les possibles auteurs des messages ou bien qu’ils avaient peut-être proféré les menaces ou participé au harcèlement dont elle était victime. Elle a affirmé dans son FRP et dans son témoignage qu’elle avait commencé à se sentir traitée plus durement par ses supérieurs après qu’ils avaient entendu des rumeurs qu’elle était lesbienne. En outre, un de ses supérieurs lui a dit [TRADUCTION] « de moins s’afficher », ce que la demanderesse a cru être une référence à son orientation sexuelle. Néanmoins, le commissaire a conclu que la conviction de la demanderesse, selon laquelle des officiers de grade supérieur étaient impliqués, n’était que pure hypothèse. Bien qu’une telle conclusion doive habituellement faire l’objet d’une grande retenue, elle peut néanmoins être mise en doute si le commissaire n’a pas tenu compte de l’ensemble de la preuve déposée par le demandeur, surtout si cette preuve n’a pas été contestée.

[45] Qui plus est, l’expérience personnelle de la demanderesse semble concorder avec la preuve documentaire, qui révèle que, trop souvent, des officiers supérieurs dans l’armée américaine sont suffisants et participent même parfois activement au harcèlement et aux agressions subis par les homosexuels dans l’armée. Le commissaire aurait dû tenir compte de cette preuve documentaire lorsqu’il a examiné la question de savoir si la demanderesse avait, de façon adéquate, essayé de se prévaloir de la protection de l’État.

[46] Cette omission de dûment examiner la preuve documentaire en question est étroitement liée à deux

made by the Board member and which relate to the willingness of the state to afford protection.

[47] First, counsel for the applicant contended that the Board member erred in speculating as to the isolated nature of Private Barry Winchell's murder, which took place in 1999. This murder was clearly a watershed moment in the long struggle of gay, lesbian and bisexual persons to be fully accepted in the U.S. Army. On July 5, 1999, Private Winchell was brutally beaten to death with a baseball bat while sleeping outside his barracks room at Fort Campbell, Kentucky. Soldiers later testified that Private Winchell had faced daily anti-gay harassment for more than four months prior to his murder, on the basis of rumors that he was gay (*Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"* by Servicemembers Legal Defense Network, 2000 [online: <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>]; Exhibit "8" to the applicant's affidavit).

[48] When evaluating the affidavit evidence of Mr. Rehkopf, the Board member made the following finding (at paragraphs 151–152):

Mr. Rehkopf suggests further that because the US Army could not protect Private First Class Barry Winchell, and a host of other gay and lesbian service members who have been subjected to vicious attacks and murder, that this is "clear and convincing" evidence of the state's inability to protect the claimant.

I do not accept his "opinion" as credible. The Winchell murder was no doubt a brutal act but an isolated one. Although Mr. Rehkopf makes no mention as to whether the perpetrator or perpetrators of that act were charged and convicted of killing Winchell. I suspect they must have been and were sentenced to lengthy periods in prison and subjected to other severe penalties.

autres erreurs qu'aurait commises le commissaire au sujet de la volonté de l'État d'offrir la protection.

[47] Tout d'abord, l'avocate de la demanderesse a avancé que le commissaire avait commis une erreur en se livrant à une conjecture selon laquelle le meurtre du soldat Barry Winchell, qui a eu lieu en 1999, était un incident isolé. Ce meurtre s'est clairement révélé être un moment charnière dans la longue lutte menée par les homosexuels et les bisexuels pour être entièrement acceptés dans l'armée américaine. Le 5 juillet 1999, le soldat Winchell a été brutalement battu à mort avec un bâton de baseball alors qu'il dormait en dehors de sa chambre, aux baraquements de Fort Campbell, au Kentucky. Des soldats ont par la suite déclaré que, par suite d'une rumeur qu'il était homosexuel, le soldat Winchell avait fait l'objet quotidiennement de harcèlement homophobe pendant plus de quatre mois avant d'être tué (*Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"* [Conduite blâmable : sixième rapport annuel sur « Ne rien demander, ne rien dire, ne pas rechercher, ne pas harceler », en ligne : <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>], publié en l'an 2000 par le Servicemembers Legal Defence Network [le Réseau de défense juridique des militaires]; pièce 8 de l'affidavit de la demanderesse).

[48] Le commissaire a tiré la conclusion suivante après avoir examiné la preuve par affidavit de M. Rehkopf (aux paragraphes 151 et 152) :

M. Rehkopf soutient aussi que le fait que l'armée américaine a été incapable de protéger le soldat de première classe Barry Winchell ainsi que de nombreux autres militaires gais et lesbiennes victimes de meurtre ou d'agression haineuse constitue une preuve claire et convaincante que l'État est incapable de protéger la demandeuse d'asile.

Je ne crois pas que son avis soit crédible. Le meurtre du soldat Winchell constitue, sans aucun doute, un acte brutal, mais il demeure un acte isolé. M. Rehkopf ne mentionne pas si la ou les personnes qui ont commis le meurtre ont été accusées et déclarées coupables, mais je suppose que cela doit être le cas et qu'elles ont dû se voir infliger de longues périodes d'emprisonnement, de même que d'autres peines sévères.

[49] This was clearly a speculative finding that was not open to the Board member in the absence of any evidence to support it. The Federal Court of Appeal held, in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, that findings cannot be based upon evidence that is the “sheerest conjecture or the merest speculation”. The Court delineated the difference between speculation and reasonable inference by stating [at paragraph 34]:

“The dividing line between conjecture and inference is often a very difficult one to draw. A conjecture may be plausible but it is of no legal value, for its essence is that it is a mere guess. An inference in the legal sense, on the other hand, is a deduction from the evidence, and if it is a reasonable deduction, it may have the validity of legal proof. The attribution of an occurrence to a cause is, I take it, always a matter of inference.”

See also: *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 250 (T.D.) (QL), at paragraph 7; *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1144 (T.D.) (QL), at paragraph 12.

[50] There was simply no evidence before the Board member to support his finding that the brutal murder of Private Winchell was an isolated incident, or that those who harass, threaten or physically harm or kill gays and lesbians in the military are severely punished. Quite to the contrary, the applicant submitted evidence that was to the opposite effect: namely, that the harassment and violent attacks on gays and lesbians in the army is systemic and commonplace in the American military, and that immediate supervisors and unit commanders tolerate or are believed to tolerate that behaviour to some extent.

[51] In a report commissioned by the Center for the Study for Sexual Minorities in the Military (*The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution*, Santa Barbara: University of California, 2004 [online: <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>]; Exhibit 5 to the applicant’s affidavit), to which the Board member refers extensively in his reasons, it is indicated that the top of the chain of

[49] Il s’agit clairement d’une conclusion hypothétique qu’il n’était pas loisible au commissaire de tirer en l’absence d’une preuve corroborante. Dans l’arrêt *Ministre de l’Emploi et de l’Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL), la Cour d’appel fédérale a statué qu’on ne peut pas fonder de conclusions sur une preuve « purement conjecturale et théorique ». La Cour d’appel fédérale a fait la distinction suivante entre une inférence raisonnable et une hypothèse [au paragraphe 34] :

[TRADUCTION] Il est souvent très difficile de faire la distinction entre une hypothèse et une déduction. Une hypothèse peut être plausible, mais elle n’a aucune valeur en droit puisqu’il s’agit d’une simple supposition. Par contre, une déduction au sens juridique est une déduction tirée de la preuve et si elle est justifiée, elle pourra avoir une valeur probante. J’estime que le lien établi entre un fait et une cause relève toujours de la déduction.

Voir également : *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 250 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 7; *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 12.

[50] Le commissaire ne disposait tout simplement d’aucune preuve à l’appui de sa conclusion portant que le meurtre brutal du soldat Winchell constituait un incident isolé ou que les personnes qui harcelaient les homosexuels dans l’armée, proféraient des menaces contre eux ou bien les agressaient physiquement ou les tuaient, étaient sévèrement punis. La demanderesse a déposé des éléments de preuve qui, bien au contraire, étayaient la conclusion opposée, à savoir que le harcèlement et les attaques violentes ciblant les soldats homosexuels sont systémiques et monnaie courante dans l’armée américaine, et que les supérieurs immédiats et les commandants d’unité tolèrent ou ont la réputation de tolérer ces comportements dans une certaine mesure.

[51] Dans un rapport auquel le commissaire a souvent renvoyé dans ses motifs et qui a été commandé par le Center for the Study for Sexual Minorities in the Military [le Centre d’études sur les minorités sexuelles dans l’armée] (intitulé *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution* [Interdire le harcèlement dans une institution où la discrimination est autorisée : problèmes pratiques

command at Fort Campbell did not issue a single statement condemning anti-gay conduct following Winchell's murder, and even denied its existence. This senior-ranking officer blamed the increase in gay discharges on gays seeking a means to leave the army, but was nevertheless promoted to Lieutenant General, the second highest position in the army. These specific findings are reported by the Board member at paragraphs 84 and 85 of his reasons.

[52] But it was not sufficient to summarize the evidence presented by the applicant. The Board member should have addressed that evidence and discussed it in his reasons and could not content himself with speculations that Private Winchell's murder was just an isolated incident. This was all the more important since the applicant had pointed out to the Board member that she and Private Winchell not only shared a perceived identity in sexual orientation, but that they were both based at Fort Campbell. She also provided evidence that she received threats that she would be beaten with a baseball bat in her sleep, just like Private Winchell. It was incumbent upon the Board member, in making his finding that Private Winchell's murder was an isolated incident, to indicate why he did not accept evidence to the opposite effect.

[53] This speculative finding of the Board member is not innocuous. First of all, the evidence offered by the applicant goes a long way to establishing her subjective fear of persecution as well as the threat to her life. That evidence was also crucial to substantiate the objectiveness of her fear and the ability and willingness of the state to protect her. One must not lose sight of the fact that the applicant could be returned to her unit and face the same threats that she had faced before pending determination of the measures to be taken against her. Accordingly, I am of the view that the Board's failure to explain why this evidence was rejected was material to its decision. It is true that the Board member summarized at some length the evidence offered by the applicant, but he has by no

et notionnels], Santa Barbara : Université de la Californie, publié en 2004 [en ligne : <<http://escholarship.org/uc/item/6n9649fm.pdf>>]; pièce 5 de l'affidavit de la demanderesse), il est mentionné que le commandant de Fort Campbell n'a fait absolument aucune déclaration condamnant les conduites homophobes après le meurtre du soldat Winchell, et qu'il a même nié le meurtre. Ce haut gradé a imputé l'augmentation du nombre de personnes libérées de l'armée en raison de leur homosexualité aux gais et lesbiennes qui tentent de trouver un moyen de quitter l'armée, mais il a néanmoins été promu lieutenant-général, soit le deuxième grade en importance dans l'armée. Le commissaire fait état de ces conclusions particulières aux paragraphes 84 et 85 de ses motifs.

[52] Cependant, il ne suffisait pas pour le commissaire de résumer la preuve présentée par la demanderesse. Il aurait dû l'examiner et l'évaluer dans ses motifs, et il ne pouvait pas se contenter de conjectures selon lesquelles le meurtre du soldat Winchell était seulement un incident isolé. C'était d'autant plus important parce que la demanderesse avait fait remarquer au commissaire qu'elle et le soldat Winchell avaient en commun l'identité qu'on leur prêtait quant à leur orientation sexuelle et qu'ils avaient été postés au même endroit, à Fort Campbell. Elle a également affirmé dans son témoignage qu'elle avait été menacée d'être battue dans son sommeil avec un bâton de baseball, tout comme le soldat Winchell. Il incombait au commissaire de mentionner, en tirant sa conclusion selon laquelle le meurtre du soldat Winchell était un incident isolé, pourquoi il n'acceptait pas la preuve contraire à sa conclusion.

[53] Cette conclusion conjecturale tirée par le commissaire n'est pas anodine. Tout d'abord, la preuve présentée par la demanderesse établit grandement sa crainte subjective de persécution de même que la menace à sa vie. Cette preuve était également cruciale pour l'établissement du caractère objectif de sa crainte ainsi que du manque de capacité et de volonté de l'État de la protéger. On ne peut perdre de vue que la demanderesse pourrait être renvoyée dans son unité et être exposée aux mêmes risques que dans le passé avant que soient décidées les mesures qui seraient prises contre elle. Par conséquent, je suis d'avis que l'omission du commissaire d'expliquer pourquoi cette preuve a été rejetée a joué un rôle important dans sa décision. Il est vrai que le commissaire a longue-

means considered it, let alone analysed it and provided reasons for dismissing it.

[54] The Board member made a second error when he relied on evidence not before him and failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence. Without even mentioning his sources, the Board member wrote:

While punishment for desertion can include imprisonment, the evidence indicates that the majority of Army deserters in the United States, for whatever reason, have not been prosecuted or court-martialed and that 94 percent of deserters have been dealt with administratively and merely received a less-than honorary discharge from the military.

[55] This evidence was clearly not before the Board member and appears to come directly from the decision of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* (at paragraphs 48 and 58). The respondent submits that the Board could take notice of any generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge. There are, however, a number of problems with such a line of argument.

[56] First of all, I do not think this is the kind of facts the Board could take “judicial notice” of. The test to determine whether a particular fact can be considered by a court without any proof has been well summarized in the doctrine (Paciocco and Stuesser, *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005, at pages 423–424):

Judicial notice is the acceptance by a court, without the requirement of proof, of any fact or matter that is so generally known and accepted in the community that it cannot be reasonably questioned, or any fact or matter that can readily be determined or verified by resort to sources whose accuracy cannot reasonably be questioned.

...

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts

ment résumé la preuve présentée par la demanderesse, mais on est loin d’une prise en considération, et encore plus loin d’une analyse énonçant les motifs pour lesquels il a rejeté cette preuve.

[54] Le commissaire a commis une seconde erreur en se fondant sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée et en ne donnant pas l’occasion à la demanderesse de répondre à cette preuve extrinsèque. Sans même mentionner la source de ses renseignements, le commissaire a écrit ce qui suit :

S’il est vrai que les peines pour désertion incluent l’emprisonnement, il semble, selon les éléments de preuve, que la plupart des déserteurs de l’armée américaine n’ont pas, pour quelque raison que ce soit, été poursuivis ni traduits en cour martiale et que, dans 94 % des cas, la question a été réglée de façon administrative, et que les déserteurs ont tout simplement été libérés de l’armée de façon moins qu’honorable.

[55] La preuve en question n’avait clairement pas été présentée au commissaire et elle semble directement tirée de l’arrêt *Hinzman* (aux paragraphes 48 et 58) rendu par la Cour d’appel fédérale. Le défendeur soutient que le commissaire pouvait prendre connaissance d’office de tout fait, renseignement ou opinion généralement admis qui est du ressort de sa spécialisation. Cependant, ce raisonnement pose un certain nombre de problèmes.

[56] Tout d’abord, je ne pense pas que c’est le genre de faits dont la SPR pouvait prendre « connaissance d’office ». Le critère permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d’un fait particulier qui n’a pas été déposé en preuve est bien résumé dans la doctrine (Paciocco et Stuesser, *The Law of Evidence*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2005, aux pages 423 et 424) :

[TRADUCTION] La connaissance d’office est l’acceptation par un tribunal, sans exiger de preuve à l’appui, de tout fait connu ou admis d’une manière si générale dans la collectivité qu’il ne saurait être raisonnablement mis en doute, ou de tout fait que l’on peut aisément confirmer ou vérifier en recourant à des sources dont l’exactitude ne saurait être raisonnablement mise en doute.

[...]

La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont

judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of the facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy.

[57] While rules of evidence must be relaxed before administrative tribunals, I do not believe that this should be taken as licence to accept in evidence controversial facts that have not been argued at all, especially when these facts can be of material significance for the outcome of a case of such vital importance for an applicant. The assertion that 94 percent of deserters have been dealt with administratively is not “clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute”. Nor is it a fact that “is so generally known and accepted in the community” or can “readily be determined or verified” by indisputable sources.

[58] Assuming that this kind of information could be considered within the specialized knowledge of the Board, the applicant should have been advised that the Board intended to use that knowledge and be given an opportunity to respond. Rule 18 of the *Refugee Protection Division Rules* (SOR/2002-228) provides as follows:

Notice to
the parties

18. Before using any information or opinion that is within its specialized knowledge, the Division must notify the claimant or protected person, and the Minister if the Minister is present at the hearing, and give them a chance to

(a) make representations on the reliability and use of the information or opinion; and

(b) give evidence in support of their representations.

à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : 1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; 2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable.

[57] Même si les règles de preuve doivent être moins strictes devant les tribunaux administratifs, je ne crois pas que cela justifie l’acceptation en preuve de faits contradictoires n’ayant fait l’objet d’aucune attestation, surtout si ces faits peuvent jouer un rôle important dans l’issue d’une affaire si vitale pour la demanderesse. La prétention que 94 p. 100 des désertions ont été réglées de façon administrative ne constitue pas une prétention qui [TRADUCTION] « ne prêt[e] clairement pas à controverse ou qui [est] à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables ». Il ne s’agit pas non plus d’un fait [TRADUCTION] « connu ou admis d’une manière [...] générale dans la collectivité » ou qui peut être [TRADUCTION] « aisément confirmé ou vérifié » par des sources incontestables.

[58] Si l’on suppose qu’il s’agit d’un genre de renseignements qui pourraient être considérés comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR, le commissaire aurait dû aviser la demanderesse de son intention d’utiliser ces renseignements spécialisés et lui donner l’occasion de faire des observations à leur égard. La règle 18 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (DORS/2002-228) est ainsi rédigé :

Avis aux
parties

18. Avant d’utiliser un renseignement ou une opinion qui est du ressort de sa spécialisation, la Section en avise le demandeur d’asile ou la personne protégée et le ministre — si celui-ci est présent à l’audience — et leur donne la possibilité de :

a) faire des observations sur la fiabilité et l’utilisation du renseignement ou de l’opinion;

b) fournir des éléments de preuve à l’appui de leurs observations.

[59] Commenting on this Rule, this Court wrote in *Isakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 149, 322 F.T.R. 276, at paragraph 16:

The purpose of Rule 18 is to enable a claimant to have notice of the specialized knowledge and to give him or her the opportunity to challenge its content and use in reaching a decision. Therefore, in order for Rule 18 to be effective, the RPD member who declares specialized knowledge must place on the record sufficient detail of the knowledge so as to allow it to be tested. That is, the knowledge must be quantifiable and verifiable.

See also: *Habiboglu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1664, 55 Imm. L.R. (3d) 195; *Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Pamuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1187, 238 F.T.R. 318.

[60] In the case at bar, the Board member did not give notice to the applicant that he had specialized knowledge with regard to the fact that 94 percent of deserters are dealt with administratively, and that he intended to rely on that information. He did not provide the source of that information either, and the applicant was not afforded an opportunity to respond thereto.

[61] In any event, I do not think that this particular information can be characterized as falling within the specialized knowledge of the Board. The explanation, it seems to me, is more prosaic: the Board member simply “lifted” a finding made in a previous decision. This is clearly not acceptable, as it is well established that a finding of fact must always be based on the evidence submitted to the decision maker. As this Court has repeatedly stated, each case must be decided on its own facts. Nowhere is this rule clearer than in matters pertaining to state protection. It has been held time and again that it cannot be conclusively determined, on the basis of previous findings of state protection (or lack thereof) pertaining to a particular case, that state protection exists or does not exist in a particular country. The correct approach has been expressed as follows (*Shahzada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1176, at paragraph 6):

[59] La Cour a fait des observations au sujet de la règle 18 dans la décision *Isakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 149, au paragraphe 16 :

L’article 18 vise à permettre au demandeur d’être avisé des connaissances spécialisées et d’avoir la possibilité de contester leur contenu et leur utilisation avant qu’une décision ne soit rendue. Ainsi, pour que l’article 18 s’applique, le commissaire de la SPR qui déclare avoir des connaissances spécialisées doit verser au dossier suffisamment de détails pour en permettre une vérification. Les connaissances doivent donc être quantifiables et vérifiables.

Voir également : *Habiboglu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1664; *Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 282; *Pamuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1187.

[60] En l’espèce, le commissaire n’a pas avisé la demanderesse qu’il possédait des renseignements relevant de ses connaissances spécialisées, à savoir que 94 p. 100 des désertions avaient été réglées de façon administrative, et qu’il avait l’intention de se fonder sur ce renseignement. Il n’a pas non plus fourni la source de ce renseignement ni donné à la demanderesse l’occasion d’y réagir.

[61] Quoi qu’il en soit, je ne pense pas que le renseignement en question puisse être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR. Il me semble que l’explication est plus banale : le commissaire a simplement fait sienne une conclusion tirée dans une décision antérieure, ce qui est clairement inadmissible, car il est bien établi qu’une conclusion de fait doit toujours être fondée sur la preuve présentée au décideur. Comme la Cour l’a souvent rappelé, chaque affaire doit être tranchée selon les faits de l’espèce. L’importance de ce principe n’est jamais aussi évidente que dans les affaires portant sur la protection de l’État. Il a été conclu à maintes reprises qu’on ne peut pas trancher de manière définitive la question de l’existence ou de l’absence de la protection de l’État dans un pays en particulier sur le fondement de conclusions antérieures portant sur la protection de l’État (ou sur l’absence de cette protection) tirées dans une affaire donnée. L’approche qu’il faut appliquer a été établie comme suit (*Shahzada c. Canada (Ministre de la*

Second, it was not sufficient for the Board to simply “refer” to an earlier decision of the Board for its state protection analysis. The RPD may, as a matter of law, adopt another panel’s analysis or conclusion, but as I wrote in *Olah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 623, at paragraph 25, a panel cannot blithely incorporate findings of fact from other cases. In *Badul v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.J. No. 440, at paragraph 25 my colleague Mr. Justice O’Reilly wrote that reliance upon the findings of another panel must be “limited, careful and justified”. In *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] F.C.J. No. 1755, I found that the RPD could adopt the reasoning and findings of another case with respect to similarly situated people in Pakistan where satisfied that the facts and evidence regarding country conditions in the earlier case were sufficiently close to the facts and evidence before the RPD in the second case.

See also: *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 601, at paragraphs 6–7; *Santiago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 247; *Arellano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1265.

[62] It is worth pointing out that in *Hinzman*, counsel for the appellant disputed the statistics relating to punishment for deserters on the basis that they were compiled prior to the commencement of the most recent U.S. military action in Iraq. The Federal Court of Appeal nevertheless accepted the evidence indicating that the vast majority of army deserters had not been prosecuted or court martialled because the appellants could not point to any contrary evidence. The Court was also of the view that there was reason to believe the statistics would not have changed materially following the outbreak of the war, since it is in the best interests of the military to accommodate those who object to combat as they may be ineffective at best and are likely to spread their beliefs among their colleagues.

Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CF 1176, au paragraphe 6) :

Deuxièmement, la Commission ne pouvait pas tout simplement s’« appuyer » sur une décision antérieure de la Commission lorsqu’elle a analysé la question de la protection de l’État. La loi permet à la SPR d’adopter la conclusion ou l’analyse d’un autre tribunal, mais, comme je l’ai dit dans la décision *Olah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 623, au paragraphe 25, la formation ne peut pas carrément incorporer des conclusions de fait tirées d’autres cas. Dans *Badal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 440, au paragraphe 25, mon collègue, le juge O’Reilly, a dit qu’un tribunal ne peut s’appuyer sur les conclusions d’un autre tribunal que d’une manière « restreinte, réfléchie et justifiée ». Dans la décision *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] A.C.F. n° 1755, j’ai conclu que la SPR peut adopter le raisonnement et les conclusions d’un autre tribunal relativement à des personnes qui se trouvent dans une situation semblable au Pakistan si elle est convaincue que les faits et les éléments de preuve concernant les conditions du pays sont suffisamment semblables aux faits et à la preuve dont dispose la SPR dans l’affaire qu’elle doit trancher.

Voir aussi : *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 601, aux paragraphes 6 et 7; *Santiago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 247; *Arellano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1265.

[62] Il convient de noter que dans l’affaire *Hinzman*, l’avocat des appelants avait contesté les statistiques sur les punitions infligées aux déserteurs, parce que ces statistiques avaient été établies avant le commencement de la plus récente action militaire américaine en Irak. La Cour d’appel fédérale avait néanmoins accepté la preuve selon laquelle la vaste majorité des déserteurs n’avaient pas fait l’objet de poursuites ou n’avaient pas été traduits en cour martiale, parce que les appelants n’avaient présenté aucune preuve contradictoire. La Cour d’appel fédérale était également d’avis qu’il y avait des raisons de croire que les statistiques n’avaient pas changé de façon importante après le déclenchement de la guerre, étant donné qu’il était dans l’intérêt supérieur de l’armée d’accéder aux demandes des soldats qui refusaient de combattre, parce que ces soldats seraient, au mieux, inefficaces et qu’ils pourraient communiquer leurs convictions à leurs collègues.

[63] In the present case, the applicant submitted documentary evidence revealing sentencing disparities for those convicted of desertion and going AWOL (Exhibit 18 to the affidavit of the applicant). As well, the applicant offered evidence that the military was not discharging those identifying themselves as gay or lesbian at the same rates as in the past, including a chart showing recent statistics indicating a significant decrease in discharges of gays and lesbians since 2001, as well as documentary evidence explaining that such decrease was due to the need for more personnel for the wars that the United States is engaged in. Not only does this evidence tend to refute the finding in *Hinzman*, but it also addresses a different fact situation than that examined in that case.

[64] In the light of the evidence that was before him and that had not been offered in *Hinzman*, and considering that the applicant was claiming refugee status not on the basis of her conscientious objection to the war but on the ground of her sexual orientation, the Board member could not merely base his decision on a finding made in another context. It was incumbent upon him, at the very least, to provide reasons as to why he nevertheless adopted that finding and discounted the evidence tending to invalidate it submitted by the applicant. I therefore find that the Board member came to an unreasonable conclusion since he followed blindly a finding taken from another decision and grounded on a completely different evidentiary basis.

[65] In view of these two errors (speculating about the isolated nature of Private Winchell's murder and following a finding in *Hinzman* that 94 percent of deserters are dealt with administratively), the argument that speculation is not enough when claiming that state protection could not reasonably have been forthcoming cannot defeat the applicant's claim. In *Hinzman*, it will be remembered, the Court held that no evidence had been offered to establish that the appellants would not be afforded the full protection of the law. In the case at bar, while the applicant had (according to *Hinzman*) a heavy burden of proof with respect to the presumption that the United

[63] En l'espèce, la demanderesse a déposé des éléments de preuve documentaire montrant des écarts dans les peines imposées aux soldats déclarés coupables de désertion et d'absence sans autorisation (pièce 18 de l'affidavit de la demanderesse). Entre outre, la demanderesse a présenté des éléments de preuve selon lesquels l'armée ne libérait pas autant de soldats qui se disent homosexuels que dans le passé, y compris un tableau montrant des statistiques récentes selon lesquelles il y a eu une importante diminution du nombre de personnes libérées en raison de leur homosexualité depuis 2001, ainsi que des éléments de preuve documentaire montrant que cette diminution était due au besoin en personnel créé par les guerres que livrent les États-Unis. Non seulement ces éléments de preuve semblent contraires à la conclusion tirée dans l'arrêt *Hinzman*, mais ils présentent aussi une situation différente de celle examinée dans cet arrêt.

[64] Vu la preuve dont il disposait et qui n'avait pas été déposée dans l'affaire *Hinzman* et vu que la demanderesse ne demandait pas l'asile sur le fondement de son objection de conscience à la guerre, mais en raison de son orientation sexuelle, le commissaire ne pouvait pas simplement fonder sa décision sur une conclusion tirée dans un autre contexte. Il lui incombait à tout le moins de fournir des motifs expliquant pourquoi il adoptait néanmoins cette conclusion et écartait la preuve qui semblait contradictoire présentée par la demanderesse. Je conclus par conséquent que le commissaire a tiré une conclusion déraisonnable, car il a aveuglément suivi une conclusion tirée d'une autre décision et fondée sur des éléments de preuve tout à fait différents.

[65] Vu ces deux erreurs (soit la conjecture relative à la nature isolée du meurtre du soldat Winchell et l'emprunt d'une conclusion tirée dans l'arrêt *Hinzman*, selon laquelle 94 p. 100 des désertions ont été réglées de façon administrative), la conclusion du commissaire, selon laquelle il ne suffit pas d'émettre une hypothèse lorsque l'on avance que la protection de l'État ne pouvait pas raisonnablement être assurée, ne justifie pas le rejet de la demande présentée par la demanderesse. Dans l'arrêt *Hinzman*, je le rappelle, la Cour d'appel fédérale avait conclu qu'aucune preuve n'avait été présentée par les appelants pour établir qu'ils ne seraient pas

States is capable of protecting her, she did provide evidence (both in her own affidavit and testimony and in a plethora of documents) in support of her allegations.

[66] As a result, I am of the view that the Board member erred in two respects in determining whether the applicant had an objective basis for her fear of persecution. First, he did not take fully into account the evidence pertaining to the situation of gays and lesbians in the U.S. Army in order to determine whether the applicant made an adequate attempt to avail herself of the protection afforded in her country. Second, the Board member erred in weighing that evidence, and thus drew two unwarranted conclusions therefrom. These two errors were material in the Board member's decision. Even assuming the applicant could have pursued further her request to be discharged, it was still open to her to demonstrate that she could not be required to seek out state protection since it was unlikely to be forthcoming. In failing to properly assess the evidence before him, the Board member precluded that line of reasoning.

B) Did the Board member err in finding that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution?

[67] Although not required to do so, in view of his ruling as to the adequacy of state protection, the Board member nonetheless did proceed to examine the applicant's claim that the application of the *Uniform Code of Military Justice* upon her return to the United States would result in persecution. To establish this claim, the applicant had to show that the relevant provisions of the UCMJ would be applied to her in a discriminatory fashion or would result in cruel and unusual punishment or treatment.

[68] To support her allegations in this respect, the applicant relied principally on the affidavit of Mr. Rehkopf, an

entièrement protégés par la loi. En l'espèce, bien que la demanderesse (suivant l'arrêt *Hinzman*) ait eu un lourd fardeau de la preuve quant à la présomption que les États-Unis étaient capables de la protéger, elle a bien fourni des éléments de preuve (dans son affidavit et son témoignage ainsi que dans un éventail de documents) à l'appui de ses allégations.

[66] Par conséquent, je suis d'avis que le commissaire a commis deux erreurs lorsqu'il a tranché la question de savoir si la demanderesse avait une crainte objective de persécution. Tout d'abord, le commissaire n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve sur la situation des homosexuels dans l'armée américaine dans son analyse quant à savoir si la demanderesse avait essayé de se prévaloir de la protection offerte dans son pays. Ensuite, le commissaire a commis deux erreurs dans l'appréciation de cette preuve, et il en a donc tiré deux conclusions erronées. Ces deux erreurs ont joué un rôle important dans la décision du commissaire. Même en supposant que la demanderesse aurait pu poursuivre sa demande d'être libérée de l'armée, il lui était encore possible d'établir qu'on ne pouvait pas lui reprocher de ne pas avoir essayé de se prévaloir de la protection de l'État, parce que cette protection n'aurait vraisemblablement pas été assurée. En n'examinant pas de façon appropriée la preuve dont il disposait, le commissaire a exclu ce raisonnement.

B) Le commissaire a-t-il commis une erreur en concluant que la demanderesse ferait l'objet de poursuites et non de persécution?

[67] Bien qu'il ne fût pas tenu de le faire et vu sa conclusion sur le caractère adéquat de la protection de l'État, le commissaire a néanmoins poursuivi son examen et s'est penché sur l'allégation de la demanderesse selon laquelle l'application du Code unifié de justice militaire à son retour aux États-Unis serait pour elle de la persécution. Pour démontrer le bien-fondé de cette allégation, la demanderesse devait prouver que les dispositions pertinentes du Code s'appliqueraient à elle de façon discriminatoire ou entraîneraient une peine ou un traitement cruels et inusités.

[68] Afin d'étayer ses allégations à ce sujet, la demanderesse s'est principalement appuyée sur l'affidavit de

attorney at law who had 32 years of military law experience both as prosecutor, defence counsel and acting staff judge advocate. Yet, after reviewing Mr. Rehkopf's evidence (with which he disagreed on a number of points), the Board member questioned his credibility in the following manner (at paragraphs 173–174):

I find of interest that Mr. Rehkopf states in his affidavit that he entered active duty in the Air Force in 1976 as a Judge Advocate;

“... that he served in active duty from 1976 to 1981 as an Assistant Staff Judge Advocate ... and he has 32 years “military law experience” as a prosecutor, defense counsel and Acting Staff Judge Advocate. He has tried in excess of 225 cases to a verdict. The majority of them being military courts-martial ...”

He does not indicate how many times he acted as the prosecutor in those 225 plus cases. If Mr. Rehkopf was so concerned about the inequities of the military justice system in so far as it relates to homosexuality in the armed forces, one wonders why, if he acted as a prosecutor in such military claims, that he was able to control his emotions or continue on with those prosecutions of deserters (assuming that some of the members included issues of homosexuality) in light of what he now says about the injustices and Draconian sentences handed out by the Court-Martial judges in situations in which the claimant now finds herself in.

[69] This unfavourable finding as to credibility is problematic in a number of ways. The respondent is correct to point out that Mr. Rehkopf was not qualified as an expert by the Board, and had no first-hand knowledge of the applicant or of her exact circumstances. That being said, I am of the view that his affidavit was not just a lay opinion which the board could reject without providing reasons for doing so. Mr. Rehkopf obviously had a long experience as a military lawyer and has acted as defense counsel, prosecutor and judge for many years. It was open to the Board, of course, to prefer other evidence to that provided by Mr. Rehkopf. The problem is that the Board member discounted his experience and expertise without providing reasons or referring to adverse

M. Rehkopf, un avocat ayant 32 ans d'expérience à titre de procureur, d'avocat de la défense et de juge-avocat de l'état-major par intérim. Pourtant, le commissaire, après avoir examiné le témoignage de M. Rehkopf (avec qui il est en désaccord à plusieurs égards), met en doute la crédibilité de celui-ci de la manière suivante (aux paragraphes 173 et 174) :

J'estime qu'il convient de souligner que M. Rehkopf affirme, dans son affidavit, qu'il a effectué son service actif au sein des Forces aériennes en 1976, à titre de juge-avocat :

[TRADUCTION]

[...] sa période de service actif s'étend de 1976 à 1981, à titre de juge-avocat adjoint de l'état-major [...], et il compte 32 ans d'expérience en droit militaire à titre de procureur, d'avocat de la défense et de juge-avocat de l'état-major par intérim. Il a instruit plus de 225 affaires jusqu'à l'étape du verdict. Dans la plupart des cas, il s'agissait d'affaires entendues par une cour martiale militaire [...]

Il ne mentionne pas combien de fois il a joué le rôle de procureur dans ces quelque 225 affaires. Si M. Rehkopf était si préoccupé par les inégalités au sein du système de justice militaire, à tout le moins en ce qui concerne les homosexuels dans les forces armées, il est possible de se demander comment il a fait, quand il a agi à titre de procureur dans ce type d'affaires militaires, pour maîtriser ses émotions ou continuer à poursuivre des déserteurs (en supposant que l'homosexualité était en cause dans certains cas), à la lumière de ses affirmations à propos des injustices et des peines draconiennes infligées par les juges des cours martiales à des accusés qui se trouvent dans la même situation que la demandeur d'asile.

[69] Cette conclusion défavorable quant à la crédibilité de M. Rehkopf pose problème de plus d'une manière. Le défendeur a raison de souligner que M. Rehkopf n'avait pas été reconnu comme expert par la Commission et qu'il ne connaissait pas personnellement la demanderesse ni sa situation exacte. Cela dit, je suis d'avis que son affidavit valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que le commissaire pouvait rejeter sans motif. De toute évidence, M. Rehkopf avait beaucoup d'expérience en tant qu'avocat militaire et avait agi à titre d'avocat de la défense, de procureur et de juge pendant de nombreuses années. Le commissaire était tout à fait libre de se fier à une autre preuve qu'à celle fournie par M. Rehkopf. Le problème est que le commissaire a

evidence. Indeed, there was no evidence whatsoever before the Board refuting the evidence of Mr. Rehkopf.

[70] The Board member aptly noted that Mr. Rehkopf made some assumptions in his affidavit which must be dismissed as speculative. This is a fair comment, although he offered only one single example of such an assumption. It might have been helpful if he had specified those other assumptions which he found unwarranted, as there is obviously a fine line between offering an opinion and making unsubstantiated assumptions. Moreover, the Board member himself engaged in speculation (when he stated that the murder of Private Winchell was an isolated act) to attack Mr. Rehkopf's credibility. Similarly, he seemed to assume that the "Don't Ask, Don't Tell" policy, if challenged, would be declared unconstitutional. Not only is this assumption, at best, highly questionable (the Board member offers no legal analysis to support that view), but it is irrelevant to determine how the applicant would be treated, in the meantime, if returned to the United States. Finally, he quoted from a newspaper article published after the hearing, according to which President Obama was expected to repeal the "Don't Ask, Don't Tell" policy, and inferred that this would "sweep away" most if not all of the ammunition presently used by prosecutors in U.S. court martials in situations similar to those the applicant finds herself in. Once again, this reference was totally inappropriate as it was purely speculative and did not change the law as it stood at the time the Board member rendered his decision.

[71] The only reason provided by the Board member to dismiss Mr. Rehkopf's affidavit is the apparent inconsistency between the position he now takes and the fact that he worked as a prosecutor in cases of desertion. While this may validly raise questions as to the motives underlying Mr. Rehkopf's testimony, it is not sufficient, in and of itself, to undermine his opinions. In fact, one could even argue that it makes his opinion all the more compelling,

décidé de ne pas tenir compte de l'expérience et de l'expertise de M. Rehkopf sans fournir de motif ni faire mention d'une preuve contraire. En fait, le commissaire ne disposait d'absolument aucune preuve contredisant le témoignage de M. Rehkopf.

[70] Le commissaire a fait judicieusement remarquer que M. Rehkopf formule quelques hypothèses dans son affidavit qui doivent être rejetées comme étant des conjectures. Il s'agit d'une remarque pertinente, mais il n'en donne qu'un seul exemple. Il aurait pu être utile que le commissaire mentionne les autres hypothèses qu'il estimait injustifiées, car il n'y a bien sûr qu'un pas entre présenter une opinion et formuler des hypothèses sans fondement. En outre, le commissaire tire une conjecture (celle voulant que le meurtre du soldat Winchell fût un acte isolé) pour affirmer que M. Rehkopf n'était pas crédible. De manière semblable, il semble tenir pour acquis que la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire », si elle était contestée, serait jugée inconstitutionnelle. Non seulement il s'agit d'une hypothèse, au mieux, plus que douteuse (le commissaire ne présente aucune analyse du droit à l'appui de son point de vue), mais elle n'est d'aucune utilité pour déterminer comment la demanderesse serait traitée entre-temps, si elle retournerait aux États-Unis. Enfin, il cite un article de journal publié après l'audience, selon lequel on s'attend à ce que le président Obama abroge la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire », et en déduit que cela [TRADUCTION] « ferait disparaître » la plupart, si ce n'est la totalité, des « munitions » actuellement utilisées par les parties poursuivantes des cours martiales américaines dans des cas comme celui de la demanderesse. Cette considération était elle aussi tout à fait inappropriée, car elle relève purement de la conjecture et ne change rien à l'état du droit tel qu'il était appliqué au moment où le commissaire a rendu sa décision.

[71] La seule raison fournie par le commissaire pour rejeter l'affidavit de M. Rehkopf était la contradiction apparente entre la position que celui-ci défend aujourd'hui et le fait qu'il ait travaillé comme procureur de poursuite dans des affaires de désertion. Bien que cela puisse raisonnablement soulever des questions quant aux motivations du témoignage de M. Rehkopf, cela ne suffit pas en soi à mettre en doute son opinion. D'ailleurs, on

since he had the advantage of seeing first-hand not only what the black-letter law is but how it operates in practice. Mr. Rehkopf was never cross-examined on his affidavit, and so we will never know how he reconciled the views expressed in his affidavit with his past work experiences. It may well be, for example, that he never had to deal personally with prosecutions of deserters involving issues of homosexuality, contrary to the groundless assumption made by the Board member. I am therefore of the view that this attack on his credibility was totally inappropriate, and was based, at least in part, on pure speculation.

[72] Counsel for the respondent suggested that the opinion of Mr. Rehkopf was dismissed because he did not exhibit the degree of impartiality and objectivity necessary to render his testimony reliable, assuming instead the role of an advocate. Using the same example as the Board (i.e. Mr. Rehkopf's assumption that the applicant will not be paid for a considerable time because her pay records will have been "lost" and that she would be treated worse than drug dealers), counsel argues that Mr. Rehkopf's affidavit is that of an advocate as it is replete with speculations and conjectures.

[73] Having read carefully the affidavit of Mr. Rehkopf, I am not prepared to go that far. As previously mentioned, it is the role of an expert to offer an opinion on the basis of inferences drawn from the facts. Of course, the accuracy and reliability of the underlying facts on which the opinion is based will be crucial in determining the weight to be given to expert evidence. In the case at bar, the Board member not only found the applicant's story credible, but failed to refute the facts upon which the opinion of Mr. Rehkopf was based by referring to adverse evidence. While some comments made by Mr. Rehkopf could properly be given little weight as they verged on advocacy, this was clearly not sufficient to justify the outright rejection of his affidavit altogether.

pourrait soutenir que son opinion n'en est que plus convaincante, puisqu'il a eu l'avantage d'apprendre par expérience personnelle non seulement les principes du droit applicable, mais comment ils se traduisent dans les faits. M. Rehkopf n'a jamais été contre-interrogé au sujet de son affidavit, de sorte que nous ne saurons jamais comment il concilie les opinions exprimées dans son affidavit et ses expériences de travail passées. Il se peut fort bien, par exemple, qu'il n'ait jamais eu à s'occuper de poursuites contre des déserteurs dans des cas où l'homosexualité jouait un rôle, contrairement à l'hypothèse sans fondement formulée par le commissaire. Je suis donc d'avis qu'il était tout à fait inapproprié pour le commissaire d'affirmer que M. Rehkopf n'était pas crédible, et que, pour ce faire, il s'est appuyé en partie sur de pures conjectures.

[72] L'avocat du défendeur a avancé que l'opinion de M. Rehkopf avait été rejetée parce que ce dernier n'avait pas fait preuve de l'impartialité et de l'objectivité nécessaires pour rendre son témoignage fiable et qu'il avait plutôt pris position en tant que défenseur d'une cause. En reprenant le même exemple que la Commission (c'est-à-dire la supposition de M. Rehkopf selon laquelle la demanderesse ne recevrait aucun salaire parce que son dossier de paie aurait été « perdu » et qu'elle serait moins bien traitée qu'un revendeur de drogues), il soutient que l'affidavit de M. Rehkopf ressemble à celui d'un militant, car il foisonne de suppositions et de conjectures.

[73] Après avoir lu attentivement l'affidavit de M. Rehkopf, je ne suis pas prêt à aller aussi loin. Comme je l'ai mentionné précédemment, le rôle d'un expert est d'offrir une opinion fondée sur les conclusions qu'il tire à partir de faits. Bien sûr, l'exactitude et la fiabilité des faits servant de fondement à l'opinion sont cruciales lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur qui doit être accordée au témoignage de l'expert. En l'espèce, le commissaire, en plus de juger crédible le récit de la demanderesse, n'a pas, en invoquant une preuve contraire, contesté les faits sur lesquels se fondait l'opinion de M. Rehkopf. Bien que certaines remarques formulées par M. Rehkopf aient pu très bien n'avoir que peu de valeur puisqu'elles tendaient au militantisme, elles ne justifiaient certainement pas le rejet pur et simple de l'affidavit dans son ensemble.

[74] There is another, perhaps more fundamental, problem with this argument. Nowhere in his reasons did the Board member offer such an explanation for rejecting Mr. Rehkopf's evidence. It is trite law that on judicial review, it is the reasons provided by the Board that are to be reviewed; there is no room for *ex post facto* rationalization of the decision offered by the party wishing to have that decision upheld.

[75] The same can be said with respect to the further argument made by the respondent that Mr. Rehkopf's opinion constituted a pronouncement on the questions that were to be ruled on by the Board, such as the availability of state protection and persecution versus prosecution. The Board member quite correctly remarked that it was for him, and not for Mr. Rehkopf, to draw the line between prosecution and persecution in the application of the UCMJ. Similarly, it was open to him to find that, as a law of general application, the UCMJ is applied in a non-discriminatory fashion and to reject Mr. Rehkopf's opinion in that respect. But nowhere did he write that he dismissed the affidavit in its entirety because Mr. Rehkopf expressed an opinion on the mode of application of domestic law. Indeed, that would have been excessive.

[76] Mr. Rehkopf did not offer an opinion as to whether the applicant is a refugee under Canadian law. He did not purport to state categorically that the applicant would be persecuted if she were to return to the United States either. Quite to the contrary, he acknowledged that it is not an easy task to draw the line between prosecution and persecution, and simply described the situation that she would likely face when she returned (see pages 20 and 21 of his affidavit, Exhibit 20 of the applicant's affidavit). He also offered his opinion, based on American, Canadian and European law, that the situation that Ms. Smith would face due to her sexual orientation is of the sort condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct. I fail to see how these views stray from the appropriate purview of expert opinion. Mr. Rehkopf stayed clear of expressing an opinion on the ultimate question to be ruled on by the member.

[74] L'argument du défendeur pose un autre problème, peut-être encore plus important. Nulle part dans ses motifs le commissaire n'avance une telle explication pour justifier le rejet du témoignage de M. Rehkopf. Il est de jurisprudence constante que, en contrôle judiciaire, ce sont les motifs exposés par la Commission qui doivent être examinés; on ne saurait accepter la rationalisation que propose, après coup, la partie voulant voir la décision confirmée.

[75] Il peut être dit la même chose de l'autre argument du défendeur selon lequel l'opinion de M. Rehkopf visait à apporter une réponse aux questions relevant de la Commission, comme l'existence de la protection étatique ou la ligne de démarcation entre poursuites et persécution. Le commissaire a affirmé, à juste titre, que c'est à lui qu'il incombait, et non à M. Rehkopf, de tracer la limite entre poursuites et persécution dans l'application du Code unifié de justice militaire. De manière semblable, il avait clairement le droit de s'en tenir à l'interprétation voulant que le Code, en tant que loi d'application générale, s'appliquait de façon non discriminatoire et de rejeter l'opinion de M. Rehkopf à cet égard. Cependant, le commissaire n'écrit nulle part qu'il rejette l'affidavit en entier parce que M. Rehkopf fait connaître son opinion sur les modalités d'application du droit interne. Certes, cela aurait été excessif.

[76] M. Rehkopf n'a pas donné son avis sur la question de savoir si la demanderesse était une réfugiée en droit canadien. Il n'a pas non plus prétendu affirmer de façon catégorique que la demanderesse serait persécutée si elle était renvoyée aux États-Unis. Bien au contraire, il a reconnu qu'il n'était pas facile d'établir où se terminent les poursuites et où commence la persécution et il s'est contenté de décrire la situation à laquelle la demanderesse devrait vraisemblablement faire face si elle devait retourner aux États-Unis (voir les pages 20 et 21 de son affidavit, pièce 20 de l'affidavit de la demanderesse). Il s'est également dit d'avis que, selon le droit américain, canadien et européen, la situation à laquelle ferait face M^{me} Smith en raison de son orientation sexuelle est du type qui est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles élémentaires du comportement humain. Je ne vois pas en quoi cet avis outrepassé le champ habituel de compétence d'un expert exprimant son opinion. M. Rehkopf s'est gardé de donner son avis

[77] As for the views he expressed with respect to the decisions of this Court and the Federal Court of Appeal in *Hinzman*, they were not inappropriate either. It is true that domestic law is not a subject about which a Canadian court will receive opinion evidence: see *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, at paragraph 27. But that is not what Mr. Rehkopf did in his affidavit. He was well aware of that danger, and he went out of his way to emphasize that he was not attempting to provide legal advice concerning Canadian law (see footnote 11 of his affidavit). In fact, he purported to apply the requirements spelled out in *Hinzman* with respect to state protection, and merely rejected the view that the UCMJ, even though it is in theory a law of general application, is always applied in a non-discriminatory fashion, first because the black-letter law is one thing and the application thereof may be a quite different one, and second because it only applies to persons having actual military status. These are opinions as to facts that do not detract from the legal principles espoused by this Court and the Federal Court of Appeal in *Hinzman* and that he was entitled to make on the basis of his experience and expertise in American military law.

[78] Having dismissed the evidence presented by Mr. Rehkopf, the Board member cited the decision of the Federal Court of Appeal for the proposition that the UCMJ is a law of general application that is applied in a non-discriminatory fashion, and also found that there was no credible evidence that the applicant would not receive a fair hearing upon her return to the United States. Considering the evidence that was before him, I do not think that this was a finding that was reasonably open to him.

[79] The duty of the Board was to determine whether the applicant would face persecution should she be returned to her country. Paragraph 167 of the UNHCR

sur la question principale devant être tranchée par le commissaire.

[77] Pour ce qui est du point de vue que M. Rehkopf a donné sur les décisions de la Cour et sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Hinzman*, il n'était pas inapproprié non plus. Il est vrai qu'un tribunal canadien ne recevra pas de témoignages d'opinion au sujet du droit interne : voir *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454, au paragraphe 27. Mais ce n'est pas ce qu'a fait M. Rehkopf dans son affidavit. Il connaît bien le danger et prend la peine de souligner qu'il ne tente pas de donner un avis juridique sur le droit canadien (voir la note 11 de son affidavit). En fait, il prétend appliquer les exigences énoncées dans l'arrêt *Hinzman* à propos de la protection de l'État et affirme simplement ne pas souscrire à l'opinion voulant que le Code unifié de justice militaire, bien qu'il s'agisse en théorie d'une loi d'application générale, soit toujours appliqué d'une façon non discriminatoire, d'abord parce que les principes du droit sont une chose et que leur application peut se révéler en être une tout autre en pratique, ensuite parce que son application est limitée aux personnes ayant effectivement le statut de militaire. Il s'agit de conclusions de fait qui ne s'éloignent pas des principes juridiques adoptés par la Cour ainsi que par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman* et que M. Rehkopf avait le droit de tirer compte tenu de son expérience et de son expertise en droit militaire américain.

[78] Après avoir rejeté le témoignage de M. Rehkopf, le commissaire a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel fédérale pour étayer l'affirmation selon laquelle le Code unifié de justice militaire est une loi d'application générale qui est appliquée de façon non discriminatoire et il a également conclu qu'aucun élément de preuve crédible ne permettait de croire que la demanderesse n'obtiendrait pas une audience équitable si elle devait retourner aux États-Unis. Compte tenu de la preuve dont il disposait, je ne crois pas que le commissaire pouvait raisonnablement tirer cette conclusion.

[79] Il incombait à la Commission de déterminer si la demanderesse serait persécutée si elle devait retourner dans son pays. Il est énoncé au paragraphe 167 du Guide

Handbook states that “[f]ear of prosecution and punishment for desertion or draft-evasion does not in itself constitute well-founded fear of persecution under the definition.” But paragraph 168 goes on to say:

A person is clearly not a refugee if his only reason for desertion or draft-evasion is his dislike of military service or fear of combat. He may, however, be a refugee if his desertion or evasion of military service is concomitant with other relevant motives for leaving or remaining outside his country, or if he otherwise has reasons within the meaning of the definition, to fear persecution.

[80] One of the exceptions outlined by the Handbook is found at paragraph 169 and refers to an applicant who can establish some form of discriminatory mistreatment before, during or even after military service. The Federal Court of Appeal implicitly referred to that exception in *Hinzman*, at paragraph 31:

Finally, the Board considered whether the punishment the appellants would face upon return to the United States would amount to persecution. To establish this claim, the Board indicated that the appellants would have to show that the relevant provisions of the U.S. Uniform Code of Military Justice (“UCMJ”) would be applied to them in a discriminatory fashion or would amount to cruel or unusual treatment or punishment.

[81] In that case, the Federal Court of Appeal eventually held that the UCMJ is a law of general application applied in a non-discriminatory fashion. But that finding was made in a context where there were many provisions and procedural safeguards designed to ensure that conscientious objectors can claim exemptions from military service or alternatives to combat, as is made clear at paragraph 47 of that decision.

[82] The applicant’s claim is not simply that she is a conscientious objector and that she will be punished if she returns. At the heart of the applicant’s claim is that she is a lesbian member of the U.S. Army, who was harassed and threatened at the same base where a gay

du HCNUR que « [l]a crainte des poursuites et du châtement pour désertion ou insoumission ne constitue pas pour autant une crainte justifiée d’être victime de persécutions au sens de la définition. » Cependant, il est ensuite affirmé au paragraphe 168 :

Il va de soi qu’une personne n’est pas un réfugié si la seule raison pour laquelle elle a déserté ou n’a pas rejoint son corps comme elle en avait reçu l’ordre est son aversion du service militaire ou sa peur du combat. Elle peut, cependant, être un réfugié si sa désertion ou son insoumission s’accompagnent de motifs valables de quitter son pays ou de demeurer hors de son pays ou si elle a de quelque autre manière, au sens de la définition, des raisons de craindre d’être persécutée.

[80] Une des exceptions que prévoit le Guide se trouve au paragraphe 169 et elle vise la situation d’un demandeur pouvant établir qu’il a été victime d’une forme de traitement discriminatoire avant, pendant ou même après son service militaire. La Cour d’appel fédérale a implicitement fait référence à cette exception dans l’arrêt *Hinzman*, au paragraphe 31 :

Finalement, la Commission a examiné si la peine à laquelle les demandeurs devraient faire face à leur retour aux États-Unis constituait en soi de la persécution. Selon la Commission, les appelants auraient à montrer, pour prouver cette prétention, que les dispositions pertinentes de l’Uniform Code of Military Justice (UCMJ) (le code uniforme de justice militaire) des États-Unis seraient appliquées dans leur cas d’une manière discriminatoire ou constituant une peine ou un traitement cruel ou inusité.

[81] Dans cet arrêt, la Cour d’appel fédérale avait en fin de compte conclu que le Code unifié de justice militaire était une loi d’application générale qui était appliquée de façon non discriminatoire. Cependant, cette conclusion avait été tirée compte tenu des nombreuses dispositions et protections d’ordre procédural visant à assurer que les objecteurs de conscience puissent demander à être exemptés du service militaire ou soient affectés à des tâches non reliées au combat, comme l’énonce clairement le paragraphe 47 de cet arrêt.

[82] La demanderesse ne prétend pas simplement être objecteur de conscience ou craindre d’être punie si elle devait retourner dans son pays. Au cœur de la demande d’asile de la demanderesse se trouve le fait qu’elle est une membre lesbienne de l’armée américaine, qui a été

member of the army was beaten to death, and who feels she could not rely on her superiors to secure protection. She fears that she could be punished for leaving an environment where her life is in danger.

[83] The duty of the Board member was to determine whether she would suffer persecution as a result of the relevant substantive law or of the process whereby the law would be applied to her. It was not enough for the Board member to state that he is “not in a position to defend or criticize”. It is part and parcel of the assessment of a refugee claim to determine whether a claimant has a well-founded fear of persecution for reasons, *inter alia*, of her membership in a particular social group, if he/she is returned to his/her home country.

[84] The applicant provided evidence to the Board that the punishment she would be exposed to under the court-martial process relates to a breach of a law that is in conflict with a fundamental human right and therefore adversely differentiates on a Convention ground in its application. In particular, the applicant is at risk of being court-martialled for the following crimes: “absent without leave”, “desertion”, “desertion to avoid hazardous duty” and/or “indecent act” (for engaging in homosexual behaviour) punishable under the UCMJ. Yet, there was evidence before the Board member that the Supreme Court of the United States has declared unconstitutional a state statute making it a crime for two adults of the same sex to engage in consensual “sodomy”. The *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* (Exhibit 35 of the applicant’s affidavit) also provides that acts of physical, sexual and verbal abuse and discrimination against gays and lesbians, when they go unpunished, may form the basis of a refugee claim. Similarly, this Note adds that “[b]eing compelled to forsake or conceal one’s sexual orientation and gender identity, where this is instigated or condoned by the State, may amount to persecution” (at paragraph 12). This evidence could not simply be ignored by the Board member and had to be properly discussed and analysed before he could conclude that the UCMJ was a law of general application and applied in a non-discriminatory fashion.

harcelée et menacée dans la même base où un membre gai de l’armée a été battu à mort et qui ne croit pas pouvoir compter sur ses supérieurs pour la protéger. Elle craint d’être punie pour avoir quitté une situation mettant sa vie en danger.

[83] Le commissaire était tenu de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée. Il ne suffisait pas pour le commissaire d’affirmer qu’il n’était « pas en mesure de défendre ni de critiquer ». Déterminer si un demandeur craint avec raison d’être persécuté en raison, entre autres choses, de son appartenance à un groupe social s’il est renvoyé dans son pays d’origine fait partie intégrante de l’examen d’une demande d’asile.

[84] La demanderesse a présenté à la Commission une preuve montrant que la peine à laquelle elle serait exposée en cour martiale découlerait d’un manquement à une loi qui porte atteinte à un des droits fondamentaux de la personne et, par conséquent, dont l’application crée une discrimination fondée sur un des motifs prévus à la Convention. En particulier, la demanderesse risquerait d’être poursuivie en cour martiale pour les crimes militaires d’absence sans autorisation, de désertion, de désertion pour éviter d’avoir à accomplir des tâches dangereuses et d’indécence (pour s’être livrée à des actes homosexuels) punissables suivant le Code unifié de justice militaire. Pourtant, le commissaire disposait d’une preuve montrant que la Cour suprême des États-Unis avait déclaré inconstitutionnelle une loi d’un État criminalisant le fait pour deux adultes consentants de même sexe de se livrer à la « sodomie ». La *Note d’orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre* (pièce 35 de l’affidavit de la demanderesse) énonce également que la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des gais et lesbiennes, lorsqu’elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d’une demande d’asile. De manière semblable, la Note prévoit de surcroît que « [l]a contrainte d’abandonner ou de cacher son orientation sexuelle et son identité [sexuelle], lorsqu’elle a lieu à l’instigation de l’État ou que l’État ferme les yeux sur cette contrainte, peut constituer de la persécution » (au paragraphe 12). Le commissaire ne pouvait pas faire fi de cet élément de

[85] The Federal Court of Appeal has also recognized that an applicant may qualify as a Convention refugee even if it is ruled that a law is *prima facie* of general application. This might be the case, for example, if the law is selectively applied, or if the punishment or treatment provided for in a law of general application is out of all proportion to the objective of the law: see *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), at pages 322–323. The recent decision of this Court in *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267, provides a useful and vivid illustration of this principle. Accordingly, the Board member could not ignore the evidence suggesting unequal treatment for homosexuals before court martials, both in the exercise of the discretion to prosecute and in the sentencing. Similarly, there was evidence both in the documentation before the Board member and in the affidavit submitted by Mr. Rehkopf to the effect that military judges are not independent as they are part of the chain of command and depend upon superior officers for promotions and subsequent assignments, that convening authorities determine whether a member of the military will be prosecuted and select potential jurors, and that there is no uniform or consistent method by which sentences are imposed on military personnel convicted of AWOL or desertion. While these assertions appear to contradict the findings of the Board and of the Federal Court of Appeal in *Hinzman*, it must be remembered that these findings of fact were made on the basis of the evidence that was submitted by the parties in that case. In fact, the Federal Court of Appeal noted in *Hinzman* (at paragraph 49) that there was no evidence before the Board to the effect that the military judges are not independent or that the procedure by which the law would be applied to the applicant is discriminatory. Furthermore, *Hinzman* was decided in the specific context of a claim based on conscientious objection and not on sexual orientation. It was therefore the duty of the Board member to assess the fairness of the court-martial process in the light of the particular set of facts and of the evidence that was before him.

preuve et il devait l'analyser de manière adéquate avant de conclure que le Code était une loi d'application générale et était appliqué d'une façon non discriminatoire.

[85] La Cour d'appel fédérale a également reconnu qu'un demandeur peut être déclaré réfugié au sens de la Convention même s'il est conclu qu'une loi est, à première vue, d'application générale. Ce peut être le cas, par exemple, si la loi est appliquée de façon sélective ou si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont complètement disproportionnés par rapport à l'objectif de la règle : voir *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), aux pages 322 et 323. La décision rendue récemment par la Cour dans *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814, illustre de façon utile et saisissante ce principe. En conséquence, le commissaire ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales, à la fois dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites et dans l'imposition de la peine. De plus, le commissaire disposait tant dans les documents portés à son attention que dans l'affidavit de M. Rehkopf d'une preuve révélant que les juges militaires ne sont pas indépendants, car ils font partie de la chaîne de commandement et dépendent de leurs officiers supérieurs pour leurs promotions et leurs affectations subséquentes, que les autorités convocatrices déterminent si un membre de l'armée sera poursuivi et sélectionnent les jurés potentiels, et qu'il n'existe pas de méthode appliquée de façon uniforme ou constante dans l'établissement des peines imposées aux militaires déclarés coupables de s'être absentes sans autorisation ou d'avoir déserté. Bien que ces affirmations semblent contredire les conclusions tirées par la Commission, et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman*, il faut se rappeler que ces conclusions de fait avaient été tirées à partir de la preuve soumise par les parties dans cette affaire. En fait, la Cour d'appel fédérale a fait observer dans l'arrêt *Hinzman* (au paragraphe 49) que la Commission ne disposait d'aucune preuve montrant que les juges militaires n'étaient pas indépendants ou que la procédure par laquelle la loi serait appliquée au demandeur était discriminatoire. En outre, l'arrêt *Hinzman* a été rendu dans le contexte particulier d'une demande d'asile fondée sur l'objection de conscience, et non sur l'orientation

[86] Pausing there, it seems to be commonly assumed to be inappropriate for this Court, or for that matter any other Canadian court or administrative tribunal, to rule on the constitutionality of a foreign statute or its compatibility with our own *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]]. However, there is authority for the proposition that a national court can indeed rule on the constitutionality of a foreign statute, when proper evidence has been adduced either supporting or attacking the validity of a statute, and when the issue of constitutionality arises incidentally in the course of the litigation: see *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] Ex. C.R. 435, at page 451; and more recently *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pages 308–310. In the case at bar, the issue of the constitutionality of the relevant provisions of the UCMJ has not been argued by the parties. Moreover, the resolution of that question is not necessary to the disposition of this case in a judicial review context. I shall therefore refrain from making a ruling on that question. That being said, even if restraint is called for when it comes to the constitutionality of foreign legislation, the Board nevertheless had a duty to determine whether the UCMJ was, even though it is *prima facie* a law of general application, enforced in a non-discriminatory fashion in the United States, both substantively and procedurally.

[87] As a result of the foregoing, I come to the conclusion that the Board member erred in finding not only that the applicant had failed to present clear and convincing proof of the inability of the United States to protect her, but also that she had not met her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it is more likely than not that she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States. In view of the cumulative effect of

sexuelle. Par conséquent, il incombait au commissaire d'évaluer l'équité des procédures en cour martiale à la lumière de l'ensemble des faits particuliers et de la preuve qui étaient devant lui.

[86] Considérons ceci un instant : il semble qu'il soit généralement tenu pour acquis qu'il ne revient pas à la Cour, ni à aucun autre tribunal judiciaire ou administratif canadien d'ailleurs, de statuer sur la constitutionnalité d'une loi étrangère ou sur sa compatibilité avec 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]]. Cependant, il y a des précédents établissant qu'un tribunal national peut effectivement statuer sur la constitutionnalité d'une loi étrangère si une preuve pertinente est déposée à l'appui ou en contestation de la validité d'une loi et si la question de la constitutionnalité est accessoire au litige : voir *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] R.C.É. 435, à la page 451; plus récemment : *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, aux pages 308 à 310. En l'espèce, la question de la constitutionnalité des dispositions pertinentes du Code unifié de justice militaire n'a pas été plaidée par les parties. En outre, il n'est pas nécessaire de trancher cette question pour que la Cour statue sur la présente affaire dans le contexte d'un contrôle judiciaire. Je m'abstiendrai donc de me prononcer sur la question. Cela étant dit, même s'il faut faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de la constitutionnalité d'une loi étrangère, le commissaire avait néanmoins l'obligation de déterminer si le Code unifié de justice militaire, malgré qu'il s'agisse à première vue d'une loi d'application générale, était appliqué d'une façon non discriminatoire aux États-Unis, et ce, tant du point de vue du fond que de celui de la forme.

[87] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le commissaire a commis une erreur non seulement en concluant que la demanderesse n'avait pas présenté de preuve claire et convaincante de l'incapacité des États-Unis à la protéger, mais encore en concluant qu'elle n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention ou prouvé qu'elle risquait vraisemblablement d'être soumise à la torture ou d'être exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et

the Board member's errors in the assessment of the evidence that was before him, his conclusions are unreasonable.

[88] The applicant has proposed the following two questions for certification:

i. Where an applicant requests the Board member to evaluate evidence rebutting the presumption that the judicial process or laws the applicant would be subject to in her home country are not laws of general application and therefore persecutory, does the Board member have an obligation to address it when making findings of state protection?

ii. Does the Board member have an obligation to provide an analysis supported by evidence that trained, professional observations brought to the Board by an expert are not credible?

[89] It is to be noted that the applicant proposes these questions only in the event she is unsuccessful in her judicial review. I agree with the respondent that this is a highly unusual and inappropriate way of proceeding; if a question is truly a question of general importance determinative of an appeal, its certification should not hinge upon the success or failure of one of the parties.

[90] That being said, the rationale offered by the applicant in support of the certification of her two proposed questions reads more like a further argument on the application for judicial review than as a true justification for bringing these issues to the Federal Court of Appeal. As I have already canvassed in my reasons all the points raised by the applicant in her submissions relating to these proposed questions, no additional comments are called for. Suffice it to say that they do not meet the criteria set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.). As for the distinction between prosecution and persecution and the issue whether a given law that is *prima facie* of general application is in fact susceptible

inusitées si elle retournerait aux États-Unis. Vu l'effet cumulatif des erreurs commises par le commissaire dans l'évaluation de la preuve dont il disposait, ses conclusions sont déraisonnables.

[88] La demanderesse a proposé la certification des deux questions suivantes :

i. Lorsqu'un demandeur d'asile demande au commissaire d'évaluer une preuve réfutant la présomption selon laquelle le processus judiciaire ou les lois auxquels il serait assujéti dans son pays d'origine sont des règles d'application générale et alléguant donc qu'elles entraînent de la persécution, le commissaire est-il tenu de se pencher sur la question lorsqu'il tire des conclusions quant à la protection de l'État?

ii. Le commissaire est-il tenu de présenter une analyse étayée par la preuve lorsqu'il conclut que les observations issues de l'expérience et de l'expertise d'un expert qui ont été soumises à la Commission ne sont pas crédibles?

[89] Il est à noter que la demanderesse propose la certification de ces questions uniquement au cas où elle n'obtiendrait pas gain de cause en contrôle judiciaire. Je conviens avec le défendeur qu'il s'agit d'une façon de procéder très inhabituelle et inappropriée. Si une question a vraiment une portée générale permettant de trancher un appel, sa certification ne devrait pas dépendre du succès ou de l'échec de l'une des parties.

[90] Cela dit, les explications fournies par la demanderesse à l'appui des deux questions qu'elle propose ressemblent plus à des arguments supplémentaires présentés dans le cadre du contrôle judiciaire qu'à de véritables raisons de soumettre ces questions à la Cour d'appel fédérale. Étant donné que j'ai déjà abordé dans les motifs tous les éléments soulevés par la demanderesse dans ses observations relatives aux deux questions proposées, il n'y a rien à ajouter. Il suffit de dire qu'elles ne satisfont pas aux critères énoncés dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL). Quant au droit se rapportant à la distinction entre poursuites et persécution ainsi qu'à la question de savoir si une loi donnée qui est

of discriminatory enforcement, the law has already been expounded by the Federal Court of Appeal in a number of decisions and need not be revisited in the context of the case at bar. What makes this case somewhat unusual is not so much the legal principles at stake, but the facts on which it turns. As such, the proposed questions are not of the kind that transcends the interests of the immediate parties. For this reason, I decline to certify them.

ORDER

This application for judicial review is allowed. No question of general importance is certified.

à première vue une loi d'application générale est en fait susceptible d'être appliquée de façon discriminatoire, il a déjà été examiné par la Cour d'appel fédérale à de nombreuses reprises et n'a pas à être réexaminé dans le contexte de l'espèce. Ce qui fait quelque peu sortir de l'ordinaire la présente affaire n'a pas tant à voir avec les principes de droit en cause qu'avec les faits sur lesquels elle repose. Par conséquent, les questions proposées ne sont pas de celles qui transcendent les intérêts immédiats des parties. Pour cette raison, je décide de ne pas les certifier.

ORDONNANCE

La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

A-177-09
2009 FCA 378

A-177-09
2009 CAF 378

Attorney General of Canada (*Appellant*)

v.

Celgene Corporation (*Respondent*)

INDEXED AS: CELGENE CORP. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Federal Court of Appeal, Evans, Sharlow and Ryer J.J.A.—Ottawa, December 1 and December 23, 2009.

Patents — Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside Patented Medicine Prices Review Board decision latter having jurisdiction under Patent Act, s. 80(1)(b) to require that respondent provide information about pricing of drug Thalomid since January 1995 — Respondent authorized to sell Thalomid in Canada under Special Access Programme (SAP) in accordance with Food and Drug Regulations, ss. C.08.010(1), C.08.011(1), (2) — Thalomid shipped from U.S. to physician in Canada — Whether Thalomid “sold in any market in Canada” within meaning of Act, s. 80(1)(b) — Federal Court holding that commercial meaning should be given to words “sold in any market in Canada” as found in Act, s. 80(1)(b) — Per Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): Provisions in Act should be interpreted in context of purpose of statutory scheme, not common law principles in commercial law — Act not providing that patented medicine must be sold in Canada before Board may exercise powers under Act, s. 80(1)(b) or 83 — Phrase “in any market in Canada” in s. 80(1)(b) more closely linked to location of market than of sale — Federal Court erring interpretatively by viewing Act through lens of commercial law dispute rather than as protective consumer legislation — Statutory, regulatory contexts supporting Board’s interpretation of Act, s. 80(1)(b) — Appeal allowed — Per Ryer J.A. (dissenting): Federal Court correct in setting aside Board’s decision — Board’s jurisdiction not engaged unless established that medicine in question subject of sale taking place in Canada — Sales transactions not “transacted” in geographical area without presence of buyer, seller in that area — Act should not be viewed as consumer protection legislation since Board itself believing mandate broader than that.

Procureur général du Canada (*appelant*)

c.

Celgene Corporation (*intimée*)

RÉPERTORIÉ : CELGENE CORP. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Cour d’appel fédérale, juges Evans, Sharlow et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 1^{er} et 23 décembre 2009.

Brevets — Pratique — Appel d’une décision de la Cour fédérale annulant la décision par laquelle le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu’il avait compétence en vertu de l’art. 80(1)(b) de la Loi sur les brevets pour exiger que l’intimée fournisse des renseignements sur le prix d’un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995 — L’intimée avait l’autorisation de vendre du Thalomid au Canada selon le Programme d’accès spécial (PAS) en vertu des art. C.08.010(1), C.08.011(1), (2) du Règlement sur les aliments et drogues — Le Thalomid avait été expédié des É.-U. à un médecin au Canada — Il s’agissait de savoir si le Thalomid avait fait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’art. 80(1)(b) de la Loi — La Cour fédérale avait statué qu’il convenait de donner un sens commercial aux mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien », tels qu’ils paraissent à l’art. 80(1)(b) de la Loi — Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ces motifs) : Les dispositions de la Loi doivent être interprétées selon l’objet du texte législatif, pas selon les principes du droit commercial en common law — La Loi n’exige pas qu’un médicament breveté soit vendu au Canada pour que le Conseil puisse exercer ses pouvoirs en vertu des art. 80(1)(b) ou 83 de la Loi — L’expression « sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)(b) a une relation plus étroite avec le lieu du marché qu’avec celui de la vente — La Cour fédérale a commis une erreur d’interprétation en envisageant la Loi à travers le prisme d’un litige en droit commercial plutôt que dans la perspective d’une loi de protection du consommateur — Les contextes législatif et réglementaire appuyaient l’interprétation que le Conseil donnait de l’art. 80(1)(b) de la Loi — Appel accueilli — Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs dissidents) : La Cour fédérale avait raison d’annuler la décision du Conseil — La compétence du Conseil n’est pas établie à moins qu’il soit démontré que le médicament visé a fait l’objet d’une vente qui a eu lieu au Canada — Des opérations de vente ne peuvent s’effectuer dans une zone géographique donnée sans la présence de l’acheteur et du vendeur — La Loi ne devrait pas être considérée comme une

Construction of Statutes — Appeal from Federal Court decision setting aside Patented Medicine Prices Review Board decision latter having jurisdiction under Patent Act, s. 80(1)(b) to require that respondent provide information about pricing of Thalomid drug since January 1995 — Thalomid shipped from U.S. to physician in Canada — Whether Thalomid “sold in any market in Canada” within meaning of Act, s. 80(1)(b) — Per Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): Phrase “in any market in Canada” in s. 80(1)(b) more closely linked to location of market than of sale — Parliament taken to intend legislation it enacts to be effective in achieving objectives — Text of Act, s. 80(1)(b) not so precise, unequivocal as to be accorded more weight than that of statutory purpose, context — Statutory, regulatory contexts supporting Board’s interpretation of Act, s. 80(1)(b) — Per Ryer J.A. (dissenting): Phrase “sold in any market in Canada” in Act, s. 80(1)(b) should not be interpreted by emphasizing location of market more than place of sale of medicine, i.e. should not be interpreted as “sold into any market in Canada” — Absence of extended meaning in Act for phrase “sold in any market in Canada” indicating ordinary meaning to be given thereto.

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside a decision of the Patented Medicine Prices Review Board holding that it had jurisdiction under paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* to require the respondent to provide information about the pricing of the drug Thalomid since January 1995. The respondent never applied for a notice of compliance (NOC), which is usually required for the sale of a new drug in Canada, but since 1995, it has been issued authorizations to sell its drug Thalomid in Canada under the Special Access Programme (SAP) in accordance with subsections C.08.010(1) and C.08.011(1), (2) of the *Food and Drug Regulations*. The authorizations are issued for “medical emergency” when conventional treatments have proved ineffective for a patient facing serious or life-threatening conditions. The standard SAP authorization procedure was followed in the present case. After a physician requested permission from Health Canada to purchase some Thalomid, the authorization was issued on certain conditions. This authorization was sent to the respondent, as the manufacturer, which shipped it from the U.S. to the physician in Canada. The physician paid for it in accordance with the terms of invoice and the medicine was later presumably consumed by the patient on whose behalf it had been requested.

législation de protection du consommateur parce que le Conseil lui-même semblait estimer que son mandat était plus large.

Interprétation des lois — Appel d’une décision de la Cour fédérale annulant la décision par laquelle le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu’il avait compétence en vertu de l’art. 80(1)b) de la Loi sur les brevets pour exiger que l’intimée fournisse des renseignements sur le prix d’un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995 — Le Thalomid avait été expédié des É.-U. à un médecin au Canada — Il s’agissait de savoir si le Thalomid avait fait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’art. 80(1)b) de la Loi — Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ces motifs) : L’expression « sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)b) a une relation plus étroite avec le lieu du marché qu’avec celui de la vente — Le législateur est présumé souhaiter que la législation qu’il adopte atteigne efficacement les objectifs recherchés — Le texte de l’art. 80(1)b) de la Loi n’était pas si précis et non équivoque qu’il faille lui accorder un poids supérieur à celui de l’objet et du contexte législatifs — Les contextes législatif et réglementaire appuyaient l’interprétation que le Conseil donnait de l’art. 80(1)b) de la Loi — Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs dissidents) : Les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien » à l’art. 80(1)b) de la Loi ne doivent pas être interprétés d’une façon qui accorde plus d’importance au lieu du marché qu’au lieu de la vente du médicament, c.-à-d. qu’ils ne doivent pas être interprétés comme étant « vendu dans un marché au Canada » — L’absence dans la Loi d’une extension du sens de l’expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » indique que celle-ci doit recevoir son sens ordinaire.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale annulant la décision par laquelle le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu’il avait compétence en vertu de l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets* pour exiger que l’intimée fournisse des renseignements sur le prix d’un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995. L’intimée n’a jamais présenté de demande d’avis de conformité (AC), qui est habituellement exigé pour vendre un nouveau médicament au Canada. Cependant, l’intimée obtient, depuis 1995, des autorisations pour vendre le Thalomid au Canada en vertu du Programme d’accès spécial (PAS) conformément au paragraphe C.08.010(1) et aux paragraphes C.08.011(1) et (2) du *Règlement sur les aliments et drogues*. Les autorisations sont délivrées dans les cas d’« urgence médicale » dans les cas de pathologies graves menaçant le pronostic vital pour lesquelles les traitements classiques se sont révélés inefficaces. En l’espèce, la procédure normale d’autorisation par le PAS avait été suivie. Après qu’un médecin a demandé à Santé Canada l’autorisation d’acheter du Thalomid, l’autorisation a été consentie sous réserve de certaines conditions. Cette autorisation a été envoyée à l’intimée, en sa qualité de fabricant, et l’intimée a expédié le médicament des É.-U. au médecin au Canada. Le médecin l’a

The present case stemmed from a request by the Board requiring the respondent to provide information concerning the pricing of Thalomid on sales in Canada since 1995. The respondent supplied the recent pricing information but not that dating back to 1995.

The Federal Court held that “a commercial meaning” should be given to the words “sold in any market in Canada” as found in paragraph 80(1)(b) of the Act and that for a market to exist in Canada, there must be a purchase and sale in Canada. In this case, the sale of Thalomid occurred in New Jersey, U.S.A.

The issue was whether the Board had legal authority to require the respondent to produce pricing information about its drug Thalomid on the basis that Thalomid was being “sold in any market in Canada” within the meaning of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*.

Held (Ryer J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): The Act does not provide that a patented medicine must be sold in Canada before the Board may exercise its powers under either paragraph 80(1)(b) or section 83. The French version of the phrase “in any market in Canada” (“le prix de vente ... du médicament sur les marchés canadien et étranger”) supported the contention that “in Canada” is more closely linked to the location of the “market” than of the sale. Parliament is taken to intend the legislation that it enacts to be effective in achieving its objectives. Regulatory legislation administered by administrative agencies is called “enabling” precisely because its function is to enable them to discharge their mandates and should be interpreted from this perspective. Therefore, the Federal Court erred interpretatively by viewing the legislation through the lens of a commercial law dispute rather than through the vision of the price regulation provisions of the *Patent Act* as protective consumer legislation. Accordingly, the text of paragraph 80(1)(b) was not so precise and unequivocal as to be accorded more weight than that of statutory purpose and context.

The purpose of the provisions of the *Patent Act* is to strike a balance between the public interests in encouraging research and the development of new medicines through the award and protection of a patent, and the need to ensure that Canadians have access to patented medicines which are reasonably priced. This purpose is advanced by interpreting paragraph 80(1)(b)

payé conformément aux modalités de la facture et le médicament a vraisemblablement ensuite été utilisé par la patiente pour le compte de laquelle il avait été demandé. La présente affaire découlait d’une requête adressée par le Conseil pour exiger que l’intimée fournisse des renseignements sur le prix du Thalomid vendu au Canada depuis 1995. L’intimée avait fourni les renseignements sur les prix récents, mais pas ceux sur les prix remontant à 1995.

La Cour fédérale avait statué qu’il convenait de donner « un sens commercial » aux mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien », tels qu’ils paraissent à l’alinéa 80(1)b) de la Loi, et que pour qu’un marché puisse exister au Canada, il doit y avoir achat et vente au Canada. En l’espèce, la vente du Thalomid a eu lieu au New Jersey, aux É.-U.

La question à trancher était celle de savoir si le Conseil avait le pouvoir juridique d’exiger que l’intimée produise les renseignements sur les prix du Thalomid au motif que celui-ci faisait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*.

Arrêt (le juge Ryer, J.C.A., motifs dissidents) : l’appel doit être accueilli.

Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ces motifs) : La Loi n’exige pas qu’un médicament breveté soit vendu au Canada pour que le Conseil puisse exercer ses pouvoirs en vertu de l’alinéa 80(1)b) ou de l’article 83. La version française de l’expression « le prix de vente [...] du médicament sur les marchés canadien et étranger » (« *in any market in Canada* ») appuyait la prétention que l’expression « sur le[] marché[] canadien » a une relation plus étroite avec le lieu du « marché » qu’avec celui de la vente. Le législateur est présumé souhaiter que la législation qu’il adopte atteigne efficacement les objectifs recherchés. La législation réglementaire qu’administrent les organismes administratifs est dite « habilitante » précisément parce qu’elle a pour fonction d’habiliter ceux-ci à exercer leur mandat et elle doit être interprétée dans cette perspective. La Cour fédérale a donc commis une erreur d’interprétation en envisageant la législation à travers le prisme d’un litige en droit commercial plutôt que dans la perspective des dispositions de réglementation des prix de la *Loi sur les brevets*, considérée comme une loi de protection du consommateur. Par conséquent, le texte de l’alinéa 80(1)b) n’était pas si précis et non équivoque qu’il faille lui accorder un poids supérieur à celui de l’objet et du contexte législatifs.

L’objet des dispositions de la *Loi sur les brevets* est d’établir un équilibre entre, d’une part, l’intérêt public lié à l’encouragement de la recherche et de la mise au point de nouveaux médicaments par la délivrance et la protection du brevet et, d’autre part, la nécessité de faire en sorte que les Canadiens puissent se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable.

to apply to all patented medicines sold for consumption by patients in Canada for which they or their insurers will have to pay. It was inconsistent with legislative intent to interpret the Act in a manner that deprives patients in Canada of the protection of price regulation when the medicines that they need happen to be neither the subject of an NOC nor available under the SAP from a manufacturer in Canada.

As for the statutory context, the disputed phrase appears in a public law context providing a more reliable guide to the meaning of the phrase than private law principles designed to resolve commercial disputes between seller and buyer or to locate where a patent infringement occurred. Therefore, the statutory and regulatory contexts supported the Board's interpretation of paragraph 80(1)(b).

Per Ryer J.A. (dissenting): The correct interpretation of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* is that the Patented Medicine Prices Review Board has no power to request information of the type contemplated by that provision respecting the price at which a particular medicine is sold unless that medicine is being or has been sold in Canada. The jurisdiction of the Board is not engaged unless it is established that the medicine in question has been the subject of a sale that takes place in Canada. Therefore, the Federal Court was correct in setting aside the Board's decision. The ordinary meaning of the words of a provision under consideration when those words are precise and unequivocal should be relied on. The words "sold in any market in Canada" contained in paragraph 80(1)(b) of the Act contemplate sales of the medicine in question occurring in Canada, and this phrase should not be interpreted by placing more emphasis on the location of the market than on the place of sale of the medicine. Sale transactions cannot be "transacted" in a geographical area without the presence of both the buyer and seller in that area.

The phrase "sold in any market in Canada" should not be interpreted as "sold into any market in Canada". Such an interpretation stretches the meaning of the phrase into something beyond its ordinary meaning. If Parliament had intended the phrase "sold in any market in Canada" in paragraph 80(1)(b) of the Act to have an extended meaning, it could have done so. The absence of an extended meaning in the Act for that phrase indicates that it should be given its ordinary meaning. Finally, the Act should not be viewed as consumer protection legislation since the Board itself appeared to believe that its mandate was broader than that.

Cet objet est atteint par une interprétation de l'alinéa 80(1)(b) qui s'applique à tous les médicaments brevetés vendus en vue de leur consommation par des patients au Canada, qui devront payer ces médicaments ou que leurs assureurs devront payer. Il n'est pas conforme à l'intention du législateur d'interpréter la Loi d'une manière qui prive les patients au Canada de la protection qu'assure la réglementation des prix dans les cas où il se trouve que les médicaments dont ces patients ont besoin ne font pas l'objet d'un AC ou ne sont pas disponibles en vertu du PAS auprès d'un fabricant au Canada.

S'agissant du contexte législatif, l'expression litigieuse figure dans un contexte de droit public, qui fournit une orientation plus fiable sur le sens de l'expression visée que les principes de droit privé qui concernent le règlement de litiges commerciaux entre un vendeur et un acheteur ou qui servent à déterminer le lieu de la contrefaçon d'un brevet. En conséquence, les contextes législatif et réglementaire appuyaient l'interprétation que le Conseil donnait de l'alinéa 80(1)(b).

Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs dissidents) : L'interprétation correcte de l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* est que le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés n'a pas le pouvoir de demander des renseignements du type visé dans la disposition concernant le prix de vente d'un médicament donné, à moins que ce médicament ne soit ou n'ait été vendu au Canada. La compétence du Conseil n'est pas établie à moins qu'il soit démontré que le médicament visé a fait l'objet d'une vente qui a eu lieu au Canada. Par conséquent, la Cour fédérale avait raison d'annuler la décision du Conseil. Il y a lieu de s'appuyer sur le sens ordinaire des mots de la disposition examinée quand ces mots sont précis et non équivoque. Les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien », qui figurent à l'alinéa 80(1)(b) de la Loi, concernent les ventes du médicament visé qui ont lieu au Canada, et cette expression ne devrait pas être interprétée d'une façon qui accorde plus d'importance au lieu du marché qu'au lieu de la vente du médicament. Des opérations de vente ne peuvent s'effectuer dans une zone géographique donnée sans la présence de l'acheteur et du vendeur.

L'expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » ne devrait pas être interprétée comme étant « vendu dans un marché au Canada ». Cette interprétation élargit le sens de l'expression au-delà de son sens ordinaire. Si le législateur avait eu l'intention de donner un sens plus large à l'expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » de l'alinéa 80(1)(b) de la Loi, il aurait pu le faire. L'absence dans la Loi d'une extension du sens de cette expression indique que celle-ci devrait recevoir son sens ordinaire. Enfin, la Loi ne devrait pas être considérée comme une législation de protection du consommateur parce que le Conseil lui-même semblait estimer que son mandat était plus large.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 48(5)(a)(iv).
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002(1) (as am. by SOR/95-411, s. 4), C.08.010(1), C.08.011(1),(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 79 “patentee” (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 80(1) (as enacted *idem*), 83 (as enacted *idem*; S.C. 1994, c. 26, s. 54(F)), 85 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7).

CASES CITED

APPLIED:

ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board), [1997] 1 F.C. 32, (1996), 138 D.L.R. (4th) 71, 68 C.P.R. (3d) 417 (C.A.); *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct Inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, 293 D.L.R. (4th) 578, 70 Admin. L.R. (4th) 157.

CONSIDERED:

Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc., 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, 199 D.L.R. (4th) 598, 29 Admin. L.R. (3d) 56.

REFERRED TO:

Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn., 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 81 C.C.E.L. (3d) 207; *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32; 17 Fox Pat. C. 125 (Ex. Ct.); *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481, 107 N.R. 198 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135, 347 F.T.R. 196.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 271, 81 C.P.R. (4th) 79, 344 F.T.R. 45) setting aside a decision of the Patented Medicine Prices Review Board (*Thalomid (RE)*, PMPRB-07-D1-Thalomid) holding that it had jurisdiction under paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* to require the respondent to provide information

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 79 « breveté » ou « titulaire d'un brevet » (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 80(1) (édicte, *idem*), 83 (édicte, *idem*; L.C. 1994, ch. 26, art. 54(F)), 85 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 48(5)a)(iv).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002(1) (mod. par DORS/95-411, art. 4), C.08.010(1), C.08.011(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés), [1997] 1 C.F. 32 (C.A.); *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195.

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc., 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100.

DÉCISIONS CITÉES :

Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32; 17 Fox Pat. C. 125 (C. de l'É.); *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.*, [1990] A.C.F. n° 269 (C.A.) (QL); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 719.

APPEL à l'encontre d'une décision (2009 CF 271) de la Cour fédérale annulant la décision (CEPMB-07-D1-Thalomid) par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a conclu qu'il avait compétence en vertu de l'alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets* pour exiger que l'intimée fournisse des renseignements sur le

about the pricing of the drug Thalomid since January 1995. Appeal allowed, Ryer J.A. dissenting.

prix d'un médicament, soit le Thalomid, depuis janvier 1995. Appel accueilli, le juge Ryer, J.C.A., dissident.

APPEARANCES

Christopher M. Rupar for appellant.
William L. Vanveen for respondent.

ONT COMPARU

Christopher M. Rupar pour l'appellant.
William L. Vanveen pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Ottawa, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] In law, as in life, meaning depends heavily on context, although selecting the appropriate context is not always easy. The question in the present case is whether consumer protection provisions in the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, should be interpreted in the context of common law principles or the purpose of the statutory scheme. In this case, contemporary approaches to the interpretation of regulatory legislation favour the latter.

[1] En droit, comme dans la vie, le sens dépend largement du contexte, encore qu'il ne soit pas toujours facile de choisir le contexte approprié. La question en l'espèce est de savoir si les dispositions de protection du consommateur de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, doivent être interprétées selon les principes de la common law ou selon l'objet du texte législatif. En l'espèce, les approches contemporaines en matière d'interprétation de la législation réglementaire inclinent en faveur de la seconde voie.

[2] This is an appeal of a decision of the Federal Court (2009 FC 271, 81 C.P.R. (4th) 79) in which Justice Campbell set aside a decision of the Patented Medicine Prices Review Board (Board), dated January 21, 2008 [PMPRB-07-D1-Thalomid]. The Board held that it had jurisdiction under paragraph 80(1)(b) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] of the *Patent Act*, to require Celgene Corporation (Celgene) to provide information about the pricing of the drug Thalomid since January 1995. It rejected Celgene's argument that it had no jurisdiction over the pricing of Thalomid because it was not being sold in Canada.

[2] Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2009 CF 271) dans laquelle le juge Campbell a annulé une décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil), en date du 21 janvier 2008 [CEPMB-07-D1-Thalomid]. Le Conseil a conclu qu'il avait compétence en vertu de l'alinéa 80(1)(b) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la *Loi sur les brevets* pour exiger que Celgene Corporation (Celgene) fournisse des renseignements sur le prix d'un médicament, le Thalomid, depuis janvier 1995. Il a rejeté l'argumentation de Celgene faisant valoir que le Conseil n'avait pas compétence à l'égard du prix du Thalomid parce que le médicament n'était pas vendu au Canada.

[3] The question before the Board was whether a patented medicine, sold by an American company and shipped f.o.b. [free on board] from its factory in New Jersey to a physician in Canada to treat a patient in Canada, was thereby “sold in any market in Canada” within the meaning of paragraph 80(1)(b), even though it is agreed that common law commercial principles would regard the sale of the medicine as having occurred in New Jersey.

[4] The sale and advertisement of a new drug in Canada is generally prohibited without a notice of compliance (NOC) issued by Health Canada when it is satisfied that the medicine is safe and effective: *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, subsection C.08.002(1) [as am. by SOR/95-411, s. 4] (Regulations). Celgene has not applied for an NOC to market Thalomid in Canada. However, despite the absence of an NOC, the Director (Assistant Deputy Minister, Health Products and Food Branch, Health Canada) may authorize the sale of a new drug to a physician under the Special Access Programme (SAP) for the emergency treatment of a patient: Regulations, at subsections C.08.010(1), C.08.011(1), (2).

[5] In my respectful opinion, the applications Judge misinterpreted the words “sold in any market in Canada” by giving insufficient weight to their statutory context and the purpose of the regulatory scheme of which they are an integral part.

[6] The purpose of this scheme, created by sections 79–103 of the *Patent Act* and administered by the Board, is to protect consumers in Canada (or their insurers) from being charged excessive prices for patented medicines. To interpret these consumer protection provisions as not including patients whose treatment requires medicines imported under an SAP authorization is, in my view, contrary to the statutory objectives.

[7] Accordingly, I would allow the appeal and restore the order of the Board. The statutory provisions relevant to this appeal are contained in an appendix to these reasons.

[3] La question dont était saisi le Conseil était de savoir si un médicament breveté, vendu par une société des États-Unis et expédié FAB [franco à bord] de son usine du New Jersey à un médecin au Canada pour le traitement d’un patient au Canada, faisait l’objet de la « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’alinéa 80(1)b), même s’il est admis qu’au regard des principes commerciaux de la common law, le lieu de la vente du médicament était le New Jersey.

[4] La vente et l’annonce d’un nouveau médicament au Canada sont généralement interdites à moins d’un avis de conformité (AC) délivré par Santé Canada lorsque celui-ci est persuadé de l’innocuité et de l’efficacité du médicament : *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, paragraphe C.08.002(1) [mod. par DORS/95-411, art. 4] (le Règlement). Celgene n’a pas présenté de demande d’AC en vue de commercialiser le Thalomid au Canada. Cependant, malgré l’absence d’AC, le directeur général (sous-ministre délégué, Direction générale des produits de santé et des aliments, Santé Canada) peut autoriser la vente d’un nouveau médicament à un médecin en vertu du Programme d’accès spécial (PAS) pour le traitement d’urgence d’un patient : Règlement, aux paragraphes C.08.010(1) et C.08.011(1) et (2).

[5] J’estime que le juge de première instance a mal interprété les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien » en donnant une valeur insuffisante au contexte législatif et à l’objet du régime de réglementation dont ils forment partie intégrante.

[6] L’objet de ce régime de réglementation, créé par les articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets* et administré par le Conseil, est de protéger les consommateurs au Canada (ou leurs assureurs) contre la facturation de prix excessifs pour les médicaments brevetés. Interpréter ces dispositions de protection du consommateur comme si elles excluaient les patients dont le traitement exige des médicaments importés en vertu d’une autorisation du PAS est, à mon avis, contraire aux objectifs législatifs.

[7] Par conséquent, j’accueillerais l’appel et rétablirais l’ordonnance du Conseil. On trouvera les dispositions législatives visées par le présent appel à l’annexe jointe aux présents motifs.

B. FACTUAL BACKGROUND

[8] In the 1960s, thalidomide, the active ingredient of Thalomid, was linked to severe birth defects in babies born to women who had taken thalidomide as an anti-emetic during pregnancy. It is now used to treat other medical conditions, including leprosy and some forms of cancer.

[9] Although Thalomid has been approved by the Food and Drug Administration in the United States for the treatment of these illnesses, Celgene has never made an application for an NOC, a lengthy and expensive process. Instead, Thalomid has been made available in Canada since 1995 under SAP authorizations, especially for the treatment of certain forms of cancer.

(i) Special Access Programme

[10] When requesting Health Canada for an authorization under the SAP, a physician must: (i) describe the patient's medical condition; (ii) explain why the medicine is the best choice for treating the condition; and (iii) provide data on the use, safety and efficacy of the medicine requested. If granted, an SAP authorization authorizes, but does not require, a manufacturer to sell a specified quantity of the medicine to the requesting physician for the emergency treatment of a specified condition of a named patient under the care of the physician. The physician must report to Health Canada on the use of the medicine, including any adverse effects.

[11] It is not altogether clear why the Regulations provide that the sale by the patentee must be to the requesting "practitioner", whether a physician or a veterinarian. However, it may simply be to provide a convenient mechanism for preventing distribution of the medicine to persons other than the patient for whom it has been prescribed, for ensuring that any amount not needed for the patient's treatment is returned and, when requested, for providing accountability with respect to the quantity of medicine received and any adverse outcomes attributable to the use of the medicine. Designating the practitioner as the purchaser may also facilitate payment of the patentee for the medicine. For these reasons,

B. LE CONTEXTE FACTUEL

[8] Dans les années 1960, la thalidomide, ingrédient actif du Thalomid, a été associée à de graves malformations congénitales chez des nourrissons de femmes ayant pris de la thalidomide comme antiémétique au cours de la grossesse. La thalidomide est maintenant employée pour le traitement d'autres pathologies, notamment la lèpre et certaines formes de cancer.

[9] Aux États-Unis, le Thalomid a reçu l'approbation de la Food and Drug Administration pour le traitement de ces maladies. Mais Celgene n'a jamais présenté de demande d'AC, processus long et onéreux. Le Thalomid a été rendu disponible au Canada depuis 1995 par une autre voie, celle des autorisations du PAS, principalement pour le traitement de certaines formes de cancer.

i) Le Programme d'accès spécial

[10] Quand il s'adresse à Santé Canada pour demander une autorisation en vertu du PAS, le médecin doit : i) décrire la pathologie du patient; ii) expliquer les raisons pour lesquelles le médicament visé est la meilleure option thérapeutique; iii) fournir des renseignements sur l'utilisation, l'innocuité et l'efficacité du médicament demandé. Si elle est accordée, l'autorisation du PAS autorise le fabricant, sans l'y obliger, à vendre une quantité spécifiée de médicament au médecin demandeur pour le traitement d'urgence de la pathologie spécifiée d'un patient nommé sous les soins du médecin. Le médecin est tenu de faire rapport à Santé Canada sur l'utilisation du médicament, notamment sur les effets indésirables.

[11] On ne voit pas très bien pour quelle raison le Règlement prévoit que la vente faite par le breveté doive l'être au « praticien » qui le demande, qu'il soit médecin ou vétérinaire. Il peut toutefois s'agir d'un simple mécanisme pratique pour empêcher la distribution du médicament à d'autres personnes que le patient pour lequel le médicament a été prescrit, pour surveiller que toute quantité non utilisée dans le traitement du patient soit retournée et, sur demande, pour assurer l'obligation de faire rapport sur la quantité de médicament reçue et sur toute réaction indésirable liée à l'utilisation du médicament. La désignation du praticien comme acheteur du médicament peut aussi faciliter le paiement du médicament au breveté.

the physician may purchase the medicine from the patentee as agent of the patient on whose behalf the request to purchase it was made. However, this is not an issue that needs to be decided in this appeal.

[12] SAP authorizations have been issued with respect to Thalomid for 14 years for “medical emergency”. They are normally granted for serious or life-threatening conditions when conventional treatments have proved ineffective or are not suitable for the particular patient. Typically, medicines authorized under the SAP are treatments of last resort and are not subject to the same level of scrutiny for safety and efficacy as medicines for which an NOC has been issued. Nonetheless, Health Canada reviews the SAP request and any other available data on the new medicine in order to “manage the risk” of its use.

[13] Medicines sold under an SAP authorization comprise only a small portion of the Canadian pharmaceutical market. Thus, in 2006, 26 000 requests were granted with respect to 43 drugs. Of these requests, 4 500 were for Thalomid, making it the drug most often requested under the SAP and, because of its success in the treatment of multiple myeloma, sales have increased significantly.

[14] The standard SAP authorization procedure was followed in the present case. A physician in Canada requested Health Canada for permission to purchase a specified quantity of Thalomid to treat a particular “medical emergency” of a patient under the care of the physician. Health Canada authorized the sale of a month’s supply of the medicine, on condition that the patient provided a negative pregnancy test, and any amount of the medicine not used by the patient was returned to Celgene.

[15] The authorization was sent to the manufacturer, Celgene, which shipped the medicine f.o.b. from its plant in New Jersey to the physician in Canada. After the arrival of the medicine in Canada, the physician paid for it in

Pour ces raisons, le médecin peut acheter le médicament du breveté à titre d’agent du patient au nom duquel la demande d’achat est faite. Toutefois, ce n’est pas la question à trancher dans le présent appel.

[12] Des autorisations du PAS à l’égard du Thalomid ont été délivrées depuis 14 ans dans les cas d’« urgence médicale ». Elles sont normalement accordées dans les cas de pathologies graves menaçant le pronostic vital pour lesquelles les traitements classiques se sont révélés inefficaces ou ne conviennent pas à un patient particulier. En règle générale, les médicaments autorisés dans le cadre du PAS sont des traitements de dernière intention et la surveillance exercée sur leur innocuité et leur efficacité n’est pas du même niveau que celle des médicaments pour lesquels un AC a été délivré. Néanmoins, Santé Canada examine la demande relative au PAS et tout autre renseignement disponible sur le nouveau médicament afin de « gérer le risque » que présente son utilisation.

[13] Les médicaments vendus dans le cadre d’une autorisation du PAS ne comptent que pour une petite partie du marché pharmaceutique canadien. En 2006, par exemple, 26 000 demandes ont été accueillies à l’égard de 43 médicaments. Sur l’ensemble de ces demandes, 4 500 concernaient le Thalomid. Ce médicament est donc le médicament le plus fréquemment demandé dans le PAS et, en raison de son succès dans le traitement du myélome multiple, ses ventes ont considérablement augmenté.

[14] En l’espèce, la procédure normale d’autorisation par le PAS a été suivie. Un médecin au Canada a demandé à Santé Canada l’autorisation d’acheter une quantité spécifiée de Thalomid pour le traitement d’une « urgence médicale » particulière touchant une patiente sous les soins du médecin. Santé Canada a autorisé la vente d’un approvisionnement d’un mois du médicament, à la condition que la patiente fournisse un test de grossesse négatif et que toute quantité du médicament non utilisée par la patiente soit retournée à Celgene.

[15] L’autorisation a été envoyée au fabricant, Celgene, qui a expédié le médicament FAB de son usine du New Jersey au médecin au Canada. Une fois le médicament arrivé au Canada, le médecin l’a payé en dollars des

U.S. dollars in accordance with the terms of the invoice. Presumably, it was later consumed by the patient on whose behalf it had been requested.

États-Unis conformément aux modalités de la facture. On peut penser que le médicament a ensuite été utilisé par la patiente pour le compte de laquelle il avait été demandé.

(ii) Patented Medicine Prices Review Board

ii) Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés

[16] The mandate of the Board is to ensure that patentees do not abuse the monopoly created by the grant of a patent with respect to a medicine by charging excessive prices to consumers in Canada. The regime administered by the Board replaced the system of compulsory licensing, which was abolished in 1993. Price regulation during the life of the patent, rather than the injection of competition through compulsory licensing, thus became the means of protecting consumers from excessive prices for patented medicines.

[16] Le mandat du Conseil est de veiller à ce que le breveté n'abuse pas du monopole créé par la délivrance d'un brevet visant un médicament en facturant des prix excessifs aux consommateurs au Canada. Le régime qu'administre le Conseil a remplacé un régime de licence obligatoire supprimé en 1993. La réglementation du prix d'un médicament pendant la durée du brevet, plutôt que l'introduction d'une concurrence par la licence obligatoire, est devenue le moyen de protéger les consommateurs contre les prix excessifs des médicaments brevetés.

[17] The present case originated in a motion to the Board by the Board's staff to require Celgene to provide information concerning the pricing of Thalomid since 1995, when it was first made available in Canada through the SAP. Celgene had supplied the recent pricing information requested by the staff, but without prejudice to its position that the Board had no jurisdiction to demand it. However, it did not provide pricing information on sales in Canada going back to 1995.

[17] La présente affaire est née d'une requête que le personnel du Conseil a adressée au Conseil pour exiger que Celgene fournisse des renseignements sur le prix du Thalomid depuis 1995, première année où le médicament est devenu disponible au Canada dans le cadre du PAS. Celgene avait fourni les renseignements demandés par le personnel sur les prix récents, mais l'avait fait sous réserve de sa position portant que le Conseil n'avait pas compétence pour exiger ces renseignements. Elle n'avait toutefois pas fourni de renseignements sur les prix relatifs aux ventes au Canada remontant à 1995.

[18] Hence, the only issue before the Board was whether it had legal authority to require Celgene to produce information about Thalomid specified in paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*. Information gathered by the Board under subsection 80(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] may assist it to determine if a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine "in any market in Canada" at a price that in the Board's opinion is excessive. If the Board so finds, it may make orders designed to offset the patentee's excess revenues. These regulatory powers are conferred on the Board by section 83 [as enacted *idem*; S.C. 1994, c. 26, s. 54(F)].

[18] Par conséquent, la seule question dont était saisi le Conseil était de savoir s'il avait le pouvoir juridique d'exiger que Celgene produise les renseignements sur le Thalomid visés à l'alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*. Les renseignements recueillis par le Conseil en vertu du paragraphe 80(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] peuvent aider à décider si le titulaire d'un brevet d'invention de médicament vend le médicament « sur le[] marché[] canadien » à un prix excessif, de l'avis du Conseil. Si le Conseil conclut par l'affirmative, il peut rendre des ordonnances visant à compenser les recettes excessives du breveté. Ces pouvoirs réglementaires sont conférés au Conseil par l'article 83 [édicte, *idem*; L.C. 1994, ch. 26, art. 54(F)].

C. DECISION OF THE BOARD

[19] The Board (at paragraph 6) states Celgene's argument to be that, since the Board has no jurisdiction over sales of Thalomid outside Canada, it cannot oblige Celgene to provide information about the price charged for the medicine to Canadian purchasers. The bases of Celgene's argument were as follows.

[20] First, the Board's jurisdiction over the pricing of patented medicines only applies to those marketed in Canada under an NOC, not to those sold under an SAP authorization. The Board's rejection of this argument was not challenged on judicial review and need not be considered further.

[21] Second, by virtue of the rules of commercial law, the sale of Thalomid occurred in New Jersey, and it was therefore not sold "in any market in Canada". Although an SAP authorization only permits, but does not require, the patentee to supply a medicine for the treatment in Canada of a medical condition, the Board, for the following reasons, rejected the argument that, when Celgene supplied Thalomid pursuant to an SAP authorization, it was not thereby "sold in any market in Canada".

[22] First, every sale is closely regulated by Health Canada. Second, the function of the words "in any market in Canada" is to enable the Board to oversee the price of medicines in Canada, either generally or in specific markets defined by geography, political boundaries, or classes of customers, including "purchasers receiving medicines through the SAP" (at paragraph 21). Third, the mandate of the Board to protect customers from excessive prices for patented medicines supports this view of its jurisdiction. Thus, the Board (at paragraph 22) could see:

... no reason why Canadians purchasing medicines through the SAP are any less deserving or needful of protection by the Board,

C. LA DÉCISION DU CONSEIL

[19] Selon le Conseil (au paragraphe 6), l'argumentation de Celgene consiste à dire que comme le Conseil n'a pas compétence sur les ventes du Thalomid à l'extérieur du Canada, il ne peut obliger Celgene à fournir des renseignements sur le prix du médicament facturé aux acheteurs canadiens. Les fondements de l'argumentation de Celgene sont les suivants.

[20] Premièrement, la compétence du Conseil sur le prix des médicaments brevetés ne s'applique qu'aux médicaments commercialisés au Canada en vertu d'un AC et ne s'applique pas à ceux qui sont vendus en vertu d'une autorisation du PAS. L'opposition du Conseil à cette argumentation n'a pas été attaquée par la voie du contrôle judiciaire et il n'est pas nécessaire de l'examiner davantage.

[21] Deuxièmement, en raison des règles du droit commercial, la vente du Thalomid a eu lieu au New Jersey; le médicament n'a donc pas été vendu « sur le[] marché[] canadien ». L'autorisation accordée dans le cadre du PAS autorise le breveté, sans l'y contraindre, à fournir un médicament pour le traitement au Canada d'une pathologie. Mais le Conseil, pour les motifs suivants, a rejeté l'argumentation faisant valoir que la fourniture du Thalomid par Celgene en vertu d'une autorisation du PAS ne constituait pas une « vente [...] sur le[] marché[] canadien ».

[22] Premièrement, toute vente est étroitement réglementée par Santé Canada. Deuxièmement, les mots « sur le[] marché[] canadien » visent à permettre au Conseil de surveiller le prix des médicaments au Canada, de manière générale ou dans des marchés spécifiques définis par des frontières géographiques ou politiques ou encore par catégories d'acheteurs, notamment les « acheteurs qui ont accès à un médicament par le truchement du PSA » (au paragraphe 21). Troisièmement, le mandat du Conseil de protéger les consommateurs contre les prix excessifs des médicaments brevetés appuie cette vision de la compétence du Conseil. Par conséquent, le Conseil (au paragraphe 22) ne pouvait voir :

[...] aucune raison pourquoi les Canadiens qui achètent des médicaments par le truchement du PSA ne bénéficieraient pas

than Canadians purchasing medicines for which an NOC has been issued.

Indeed, since the volume of medicines sold under the SAP is relatively small, and competition is generally less than for medicines sold under an NOC, the Board has a particularly important role in protecting consumers from excessive prices.

[23] The Board agreed that the principles of commercial common law located the sale of Thalomid in New Jersey, where it was shipped f.o.b. to the physician in Canada authorized under the SAP to purchase it. However, it did not regard the location of the sale as determinative, because the common law rules are concerned to resolve disputes between seller and buyer by, for example, selecting the law governing the contract. In contrast, the Board is a public law institution regulating in the public interest the price that Canadians pay for patented medicines.

D. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[24] The applications Judge applied the correctness standard to review the Board's interpretation of paragraph 80(1)(b), on the ground that it defined the Board's jurisdiction. Dismissing as of little relevance the authorities relied on by the Attorney General as showing a broad approach to the jurisdiction of the Board, the Judge held (at paragraph 26) that "a commercial meaning" should be given to the words "sold in any market in Canada".

[25] This is because, he reasoned (at paragraph 27), the *Patent Act* "functions within a commercial reality." In support of this position, the Judge cited cases in which the provisions of the Act had been given "a commercial meaning" (at paragraph 28), as well as *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 33 (*Mattel*), where the Court held that the phrase in the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1], "a condition of the sale of the goods for export to Canada"

de la même protection du Conseil que les Canadiens qui achètent des médicaments ayant obtenu leur avis de conformité.

En fait, comme le volume des médicaments vendus en vertu du PAS est relativement faible et que la concurrence est généralement moindre que celle des médicaments vendus sous un AC, le Conseil joue un rôle particulièrement important de protection des consommateurs contre les prix excessifs.

[23] Le Conseil a convenu que, selon les principes commerciaux de la common law, le lieu de la vente du Thalomid était le New Jersey, d'où le médicament a été expédié FAB au Canada au médecin autorisé en vertu du PAS à l'acheter. Toutefois, il n'a pas considéré le lieu de la vente comme déterminant, du fait que les règles de la common law visent le règlement des différends entre un vendeur et un acheteur, par exemple en identifiant le droit qui régit le contrat. En revanche, le Conseil est un organisme de droit public réglementant dans l'intérêt public les prix que paient les Canadiens pour les médicaments brevetés.

D. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[24] Le juge de première instance a appliqué la norme de la décision correcte pour le contrôle de l'interprétation donnée par le Conseil de l'alinéa 80(1)(b), au motif qu'il définissait la compétence du Conseil. Rejetant comme peu pertinente la jurisprudence sur laquelle s'appuyait le procureur général du fait qu'elle établissait une approche large de la compétence du Conseil, le juge a conclu (au paragraphe 26) qu'il convenait de donner « un sens commercial » aux mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien ».

[25] Selon son raisonnement (au paragraphe 27), la *Loi sur les brevets* « fait également partie de la réalité commerciale ». À l'appui de sa position, le juge a cité des décisions où les dispositions de la Loi avaient été interprétées selon leur « sens commercial » (au paragraphe 28). Il a aussi renvoyé à l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 33 (*Mattel*), où la Cour suprême a statué que l'expression figurant dans la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.),

[at subparagraph 48(5)(a)(iv)], should be interpreted as depending on the basis of “concepts which are intrinsic to commercial law.”

[26] Turning to paragraph 80(1)(b), the Judge rejected an interpretation of “market” as a demand for a good or service. He held (at paragraph 31) that for a market to exist in Canada “in the commercial sense”, there must be a purchase and sale in Canada and, on the basis of commercial law principles, the sale of Thalomid occurred in New Jersey. The Judge could not find in the purpose of the relevant provisions of the *Patent Act* any indication that Parliament intended paragraph 80(1)(b) to have a meaning other than “that expressed in the plain meaning of the words used” (at paragraph 36).

E. ISSUES AND ANALYSIS

(i) Standard of review

[27] On the basis of earlier decisions, including the decision of this Court in *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32 (C.A.) (*ICN*), counsel agreed that the issue in dispute in this case involves the jurisdiction of the Board and is therefore reviewable on a standard of correctness.

[28] However, since the issue concerns the interpretation of a provision of the Board’s enabling statute, I doubt whether it is now appropriate to characterize it as “jurisdictional”: see my reasons in *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, at paragraphs 36–52. Nonetheless, because the standard of review is not, in my opinion, material to the disposition of this appeal, I am prepared to review the Board’s determination on the standard of correctness.

(ii) The decision under review

ch. 1], « condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada » [sous-alinéa 48(5)a)(iv)], devait être interprétée sur la base des « concepts inhérents au droit commercial ».

[26] Passant à l’alinéa 80(1)b), le juge a rejeté l’interprétation du terme « marché » comme une demande à l’égard d’un bien ou d’un service. Il a conclu (au paragraphe 31) que pour qu’un marché puisse exister au Canada « au sens commercial », il doit y avoir achat et vente au Canada; or, selon les principes du droit commercial, la vente du Thalomid a eu lieu au New Jersey. Le juge n’a pu trouver dans l’objet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets* aucune indication permettant de penser que l’intention du législateur était autre que « celle exprimée par le sens évident des mots figurants à l’alinéa 80(1)b) » (au paragraphe 36).

E. LES QUESTIONS EN LITIGE ET L’ANALYSE

i) La norme de contrôle

[27] Sur le fondement de décisions antérieures, notamment la décision de la Cour *ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.) (*ICN*), les avocats ont convenu que la question en litige en l’espèce concerne la compétence du Conseil et que la norme applicable au contrôle est celle de la décision correcte.

[28] Toutefois, comme la question concerne l’interprétation d’une disposition de la loi habilitante du Conseil, je doute qu’il soit maintenant approprié de la définir comme une question de « compétence » : voir mes motifs dans l’appel *Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, aux paragraphes 36 à 52. Néanmoins, comme la norme de contrôle n’est pas, à mon avis, un élément important pour trancher le présent appel, je suis disposé à réviser la décision du Conseil selon la norme de la décision correcte.

ii) La décision faisant l’objet du contrôle

[29] This case was argued before the Board on the basis that, if the Board has power under paragraph 80(1)(b) to require the production of pricing information about a patented medicine, it may also regulate the price at which the patentee has sold the medicine “in any market in Canada” under section 83. The Board also seems to have proceeded on this assumption: see, for example, paragraphs 5 and 20 of its reasons.

[30] However, the only question before the Board was whether Thalomid was being “sold in any market in Canada” within the meaning of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*, so as to enable the Board to require the patentee, Celgene, to provide pricing information about it. The Board’s reasons concluded by finding that it had jurisdiction “to make a remedial order concerning the pricing of Thalomid from and after January 12, 1995.”

[31] In the proceedings before both the Board and in the Federal Court, the case was argued on the basis that the only relevant sale of Thalomid was that by Celgene to the physician, and that if the Board could require Celgene to provide the information described in paragraph 80(1)(b), it could also make an excessive price determination, and issue orders against Celgene under section 83, even though that section applies only when the patentee has sold the medicine in Canada.

[32] Unlike section 83, paragraph 80(1)(b) does not expressly require that the medicine in respect of which pricing information was being sought was sold by the patentee. Consequently, it might be arguable that, even if the sale of Thalomid by Celgene to the physician occurred in New Jersey, there was also a sale of it in Canada by the physician to the patient that would engage paragraph 80(1)(b), but not section 83. Counsel for the Attorney General suggested that it was implicit in paragraph 80(1)(b) that the sale must be by the patentee.

[33] However, since the case was argued on the basis of the sale by Celgene to the physician, I shall not explore this point further. Thus, like both the Board and

[29] L’affaire avait été portée devant le Conseil sur le fondement suivant : si le Conseil était habilité en vertu de l’alinéa 80(1)b) à exiger la production de renseignements sur les prix d’un médicament breveté, il pouvait aussi régler le prix auquel le breveté avait vendu le médicament visé « sur un marché canadien » aux termes de l’article 83. Le Conseil semble également avoir adopté ce fondement : voir, par exemple, les paragraphes 5 et 20 de ses motifs.

[30] Cependant, la seule question dont était saisi le Conseil était de savoir si le Thalomid faisait l’objet d’une « vente [...] sur le[] marché[] canadien » au sens de l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*, ce qui autorisait le Conseil à exiger de la brevetée, Celgene, qu’elle fournisse des renseignements sur les prix du médicament. Dans ses motifs, le Conseil a conclu qu’il était habilité à « rendre une ordonnance corrective concernant le prix du médicament Thalomid et ce, à compter du 12 janvier 1995 ».

[31] Dans la procédure devant le Conseil et la Cour fédérale, l’argumentation avancée a été fondée sur le fait que la seule vente pertinente du Thalomid était celle de Celgene au médecin et que si le Conseil pouvait exiger de Celgene qu’elle fournisse les renseignements mentionnés à l’alinéa 80(1)b), il pouvait aussi rendre une décision en matière de prix excessif et prendre des ordonnances à l’encontre de Celgene en vertu de l’article 83, même si l’article visé ne s’applique qu’au cas où un breveté a vendu un médicament au Canada.

[32] À la différence de l’article 83, l’alinéa 80(1)b) n’exige pas expressément que le médicament visé par la demande de renseignements relative au prix ait été vendu par le breveté. Par conséquent, on pourrait soutenir que même si la vente du Thalomid au médecin par Celgene a eu lieu au New Jersey, il y a eu également une vente au Canada faite par le médecin au patient, qui pourrait entraîner l’application de l’alinéa 80(1)b), mais non celle de l’article 83. L’avocat du procureur général a laissé entendre que l’alinéa 80(1)b) impliquait implicitement que la vente ait été faite par le breveté.

[33] Cependant, comme l’argumentation s’est fondée sur la vente faite par Celgene au médecin, je n’examinerai pas plus longuement ce point. Par conséquent, comme le

the Federal Court, my view of the Board's authority to require Celgene to provide pricing information about Thalomid applies also to its authority under section 83 to make excessive price determinations and to issue remedial orders, so as to protect consumers from excessive prices for medicines sold in any market in Canada by the patentee.

(iii) “sold in any market in Canada and elsewhere”; “vendu sur les marchés canadien et étranger”

[34] The appellant argues that “market” is the important word in this phrase in paragraph 80(1)(b). “[M]arket”, counsel argues, connotes the existence in Canada of a demand for a medicine, which is satisfied when it is purchased by a physician for the treatment of a patient in Canada. In other words, the phrase “in Canada” identifies the location of the market, not of the sale. Any other interpretation, counsel says, would create two classes of patients: those whose medicine is sold by a manufacturer outside Canada pursuant to an SAP authorization, and all others. The former are not protected against excessive prices, the others are. This distinction, counsel submits, is so plainly contrary to the purposes of the statutory scheme that it cannot have been intended by Parliament.

[35] The respondent, on the other hand, says that the statutory text is so clear that Parliament's purpose in enacting the disputed phrase, and the regulatory scheme of which it is part, play little role in its interpretation. In counsel's submission, the words “sold in Canada” have an “ordinary meaning”, that is, that the sale occurred in Canada as determined on the basis of private international law principles pertaining to contractual disputes.

[36] In my view, the following quotation from *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10, accurately captures the modern approach to statutory interpretation:

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole.

Conseil et la Cour fédérale, je suis d'avis que le pouvoir du Conseil d'exiger que Celgene fournisse des renseignements au sujet des prix du Thalomid s'applique également au pouvoir que lui confère l'article 83 de rendre des décisions en matière de prix excessifs et de prendre des ordonnances réparatrices, de manière à protéger les consommateurs contre les prix excessifs des médicaments vendus sur les marchés du Canada par la brevetée.

iii) « vendu sur les marchés canadien et étranger »; « *sold in any market in Canada and elsewhere* »

[34] L'appelant soutient que « marchés » est le mot important dans cette formulation de l'alinéa 80(1)(b). « [M]archés », fait valoir l'avocat, connote l'existence au Canada d'une demande à l'égard d'un médicament, demande qui trouve sa réponse dans l'achat du médicament par un médecin pour le traitement d'un patient au Canada. En d'autres termes, le mot « canadien » identifie le lieu du marché, et non la vente. Toute autre interprétation, dit l'avocat, créerait deux catégories de patients : les patients dont le médicament est vendu par un fabricant de l'extérieur du Canada en vertu d'une autorisation du PAS, et les autres. La première catégorie ne serait pas protégée contre les prix excessifs alors que la seconde le serait. Cette distinction, soutient l'avocat, est tellement contraire à l'objet du texte législatif qu'elle ne peut représenter l'intention du législateur.

[35] Pour sa part, l'intimée dit que le texte législatif est d'une telle clarté que l'intention du législateur, qui a adopté l'expression contestée ainsi que le régime de réglementation dont elle fait partie, joue un rôle mineur dans son interprétation. Dans les observations de l'avocat, les mots « vendu au Canada » ont leur « sens ordinaire », c'est-à-dire que la vente a eu lieu au Canada si elle est définie selon les principes du droit international privé en matière de litiges contractuels.

[36] À mon avis, l'extrait suivant de l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, traduit précisément l'approche moderne de l'interprétation législative :

L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son

When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [Emphasis added.]

[37] Thus, the interpretative exercise cannot stop at the text of a statutory provision, but must also include a purposive and contextual analysis of the disputed words, although the relative weight to be afforded to each may vary. The ordinary meaning of “precise and unequivocal” statutory words will be a particularly important, but not necessarily determinative, factor in the analysis.

[38] However, language is malleable and subtle, and, as any dictionary makes clear, the “ordinary meaning” of words normally connotes a range of meanings. Nonetheless, when a legislature uses words that constitute a legal term of art, it is to be presumed that that is their intended meaning.

(a) the text

[39] Despite the argument repeated by counsel for Celgene, the Act does not provide that a patented medicine must be sold in Canada before the Board may exercise its powers under either paragraph 80(1)(b) or section 83. Celgene is, in effect, reading out the words “in any market in Canada”, contrary to the interpretative presumption that meaning should be given to every word of a statutory text. Before the case reached this Court, Celgene had argued that “in any market in Canada” meant that the Board only had jurisdiction over the price charged for medicines marketed in Canada under an NOC.

[40] I doubt whether even “sold in Canada” rises to the level of a legal term of art. When a sale has a connection with more than one jurisdiction it may be necessary to decide which law governs the sale when the relevant law

ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [Non souligné dans l’original.]

[37] Par conséquent, l’exercice d’interprétation ne peut s’arrêter au texte de la disposition législative; il doit aussi comporter une analyse téléologique et contextuelle des termes litigieux, bien que le poids relatif à attribuer à chaque élément puisse varier. Le sens ordinaire du libellé législatif « précis et non équivoque » constituera un facteur particulièrement important, encore que non nécessairement déterminant, de l’analyse.

[38] Toutefois, le langage est malléable et subtil et, comme on le voit à l’évidence dans tout dictionnaire, le « sens ordinaire » des mots évoque normalement une gamme de significations. Néanmoins, lorsque le législateur emploie des mots qui forment un terme technique du domaine juridique, il faut présumer qu’il a l’intention de leur donner ce sens.

a) Le texte

[39] Malgré l’argumentation répétée par l’avocat de Celgene, la Loi n’exige pas qu’un médicament breveté soit vendu au Canada pour que le Conseil puisse exercer ses pouvoirs en vertu de l’alinéa 80(1)b) ou de l’article 83. Celgene exclut en effet les mots « sur le[] marché[] canadien » ou « sur un marché canadien », ce qui est contraire à la présomption en matière d’interprétation qu’il faut donner un sens à chacun des mots d’un texte législatif. Avant que l’affaire se rende à la Cour d’appel fédérale, Celgene avait soutenu que ces expressions signifiaient que le Conseil n’avait compétence que sur le prix facturé des médicaments commercialisés au Canada sous le régime de l’AC.

[40] Je ne suis pas certain que « vendu au Canada » soit vraiment une expression technique du domaine juridique. Lorsqu’une vente a un rattachement à plus d’un territoire, il peut être nécessaire de décider quelle

of these jurisdictions is not the same, or in which jurisdiction should the parties litigate any contractual dispute. Identifying the jurisdiction with which a contract is more closely connected for conflict of laws purposes typically involves a multi-factor analysis, including the place where the contract was performed.

[41] In addition, whether a sale of goods occurred in Canada or elsewhere may be relevant for determining if the vendor can be liable in Canada for infringing a patent: *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32 (Ex. Ct.) (*Dole Refrigerating*); *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (F.C.A.) (*Domco Industries*). Whether goods were “sold in Canada” may also be relevant in some statutory contexts, such as determining liability for customs duty.

[42] On the other hand, like “condition of the sale” considered in *Mattel*, “sold” is a term of legal art and, when used in legislation, presumptively connotes the existence of a contract of sale as understood in private law: *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135. It is undisputed in the present case that Celgene sold Thalomid to a physician in Canada for the treatment of a patient under his or her care.

[43] In any event, the phrase in paragraph 80(1)(b) is “sold in any market in Canada”, not “sold in Canada”. The French version supports the appellant’s contention that “in Canada” is more closely linked to the location of the “market” than of the sale. It reads: “le prix de vente ... du médicament sur les marchés canadien et étranger”.

[44] Counsel submits that it would have been easy for Parliament to have said “sold for the treatment of a patient in Canada” if this is what it had meant. True enough, except that it would have been equally easy for it to have said “sold in Canada” if it had meant this. In fact, since the situation being considered here was

loi régit la vente dans le cas où la loi pertinente de ces territoires n’est pas la même ou dans quel territoire les parties doivent intenter une action en cas de litige contractuel. L’identification du territoire auquel un contrat se rattache le plus étroitement, pour les questions de conflit de lois, comprend normalement une analyse multifactorielle, notamment le lieu où le contrat a été passé.

[41] En outre, le fait qu’une vente de marchandises ait eu lieu au Canada ou ailleurs peut être pertinent pour établir si le vendeur est responsable au Canada de contrefaçon de brevet : *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32 (C. de l’É.) (*Dole Refrigerating*); *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills Inc.*, [1990] A.C.F. n° 269 (C.A.) (QL) (*Domco Industries*). Le fait de savoir si des marchandises ont été « vendues au Canada » peut aussi avoir une pertinence dans certains contextes législatifs, par exemple quand il s’agit d’établir l’obligation de payer des droits de douane.

[42] Par ailleurs, comme l’expression « condition de la vente » examinée dans l’arrêt *Mattel*, « vendu » est un terme juridique et son emploi législatif, peut-on présumer, connote l’existence d’un contrat de vente au sens du droit privé : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 719. En l’espèce, il n’est pas contesté que Celgene a vendu du Thalomid à un médecin au Canada pour le traitement d’une patiente sous ses soins.

[43] Quoi qu’il en soit, l’expression de l’alinéa 80(1)(b) est « vente [...] sur le[] marché[] canadien » et non pas « vendu au Canada ». La version française appuie la prétention de l’appelant que l’expression « sur le[] marché[] canadien » a une relation plus étroite avec le lieu du « marché » qu’avec celui de la vente. On lit en français : « le prix de vente [...] du médicament sur les marchés canadien et étranger ».

[44] L’avocat fait valoir que le législateur aurait pu facilement dire « vendu pour le traitement d’un patient au Canada » si telle était son intention. Cela est parfaitement vrai, mais il lui aurait été tout aussi facile de dire « vendu au Canada » si c’est ce qu’il voulait dire. En réalité, comme la situation envisagée en l’espèce n’a

probably not foreseen by the drafters, Parliament has provided no clear answer.

[45] In these circumstances, the Court must resolve the ambiguity by selecting from the possible meanings that the text may reasonably bear that which best implements the objectives of the legislation. Parliament is taken to intend the legislation that it enacts to be effective in achieving its objectives: compare *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12. Regulatory legislation administered by administrative agencies is called “enabling” precisely because its function is to enable them to discharge their mandates and should be interpreted from this perspective.

[46] In concluding that the words “sold in any market in Canada” should not be interpreted by reference to common law commercial legal principles for determining the location of a sale, I have also taken into account the recent admonition by the Supreme Court of Canada in *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct Inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at paragraph 34, where, writing for the majority of the Court, Justice Abella said:

The Court of Appeal’s interpretive error, with respect, was to view the legislation through the lens of freedom of contract and competition, rather than through the vision of [the statute in question] as protective consumer legislation.

As applied to the facts of the present case, this sentiment can be rephrased as follows. The interpretive error of the applications Judge was, with respect, to view the legislation through the lens of a commercial law dispute, rather than through the vision of the price regulation provisions of the *Patent Act* as protective consumer legislation.

[47] Accordingly, I am unable to conclude that the text of paragraph 80(1)(b) is so “precise and unequivocal” as to be accorded more weight than that of statutory purpose and context.

vraisemblablement pas été prévue par les rédacteurs législatifs, le législateur n’a donné aucune réponse claire.

[45] Dans les circonstances, la Cour doit lever l’ambiguïté en choisissant parmi les sens possibles que le texte peut raisonnablement avoir ceux qui correspondent le mieux aux objectifs législatifs. Le législateur est présumé souhaiter que la législation qu’il adopte atteigne efficacement les objectifs recherchés : voir la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 12. La législation réglementaire qu’administrent les organismes administratifs est dite « habilitante » précisément parce qu’elle a pour fonction d’habiliter ceux-ci à exercer leur mandat et elle doit être interprétée dans cette perspective.

[46] En concluant que les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien » ne doivent pas être interprétés suivant les principes juridiques commerciaux de la common law pour établir le lieu de la vente, j’ai également pris en considération l’avertissement récent de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, au paragraphe 34. La juge Abella, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a écrit :

J’estime, en toute déférence, que la Cour d’appel a commis une erreur d’interprétation en examinant la législation à travers le prisme des principes de la liberté contractuelle et de la libre concurrence, plutôt que dans la perspective de la *LCI*, considérée comme une loi de protection du consommateur.

Appliquée aux faits de l’espèce, cette opinion peut être reformulée de la manière suivante. L’erreur d’interprétation du juge de première instance, si je puis me permettre, a été d’envisager la législation à travers le prisme d’un litige en droit commercial plutôt que dans la perspective des dispositions de réglementation des prix de la *Loi sur les brevets*, considérée comme une loi de protection du consommateur.

[47] Par conséquent, je ne puis conclure que le texte de l’alinéa 80(1)(b) est si « précis et non équivoque » qu’il faille lui accorder un poids supérieur à celui de l’objet et du contexte législatifs.

(b) statutory purpose

[48] The purpose of the provisions of the *Patent Act* creating the system for regulating the price of patented medicines is to strike a balance between the public interests in encouraging research and the development of new medicines through the award and protection of a patent, and “the need to ensure that Canadians have access to patented medicines which are reasonably priced”: *ICN*, at paragraph 3.

[49] This purpose is advanced by interpreting paragraph 80(1)(b) to apply to all patented medicines sold for consumption by patients in Canada for which they or their insurers (public or private) will have to pay. It is inconsistent with legislative intent to interpret the Act in a manner that deprives patients in Canada of the protection of price regulation when the medicines that they need happen to be neither the subject of an NOC, nor available under the SAP from a manufacturer in Canada.

[50] Counsel for the Attorney General also argued that, in addition to falling short of implementing the statutory purpose in the manner described above, Celgene’s interpretation over extends the Board’s reach. This is because, if the location of the sale, rather than that of the market, determines whether the price of a medicine is subject to regulation by the Board, it would follow that the price of a patented medicine sold by a Canadian patentee for export from Canada and shipped f.o.b. to, say, Germany, would be subject to regulation by the Board.

[51] Such a result would be incongruous, because Canadian consumer protection legislation is not aimed at regulating the price at which Canadian patented medicines are sold into foreign markets. However, paragraph 80(1)(b) expressly authorizes the Board to require a patentee to provide pricing information relating to a medicine that is being sold in any Canadian market and elsewhere.

b) L’objet de la loi

[48] L’objet des dispositions de la *Loi sur les brevets* créant le régime de réglementation des prix des médicaments brevetés est d’établir un équilibre entre, d’une part, l’intérêt public lié à l’encouragement de la recherche et de la mise au point de nouveaux médicaments par la délivrance et la protection du brevet et, d’autre part, « la nécessité de faire en sorte que les Canadiens puissent se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable » : *ICN*, au paragraphe 3.

[49] Cet objet est atteint par une interprétation de l’alinéa 80(1)b qui s’applique à tous les médicaments brevetés vendus en vue de leur consommation par des patients au Canada, qui devront payer ces médicaments ou que leurs assureurs (publics ou privés) devront payer. Il n’est pas conforme à l’intention du législateur d’interpréter la Loi d’une manière qui prive les patients au Canada de la protection qu’assure la réglementation des prix dans les cas où il se trouve que les médicaments dont ces patients ont besoin ne font pas l’objet d’un AC ou ne sont pas disponibles en vertu du PAS auprès d’un fabricant au Canada.

[50] L’avocat du procureur général a également soutenu qu’en plus de négliger de mettre en œuvre l’objet législatif de la manière évoquée ci-dessus, l’interprétation de Celgene élargit excessivement la compétence du Conseil. Si le lieu de la vente, plutôt que celui du marché, est déterminant pour établir si le prix d’un médicament tombe sous la réglementation du Conseil, il s’ensuivrait que le prix d’un médicament breveté vendu par un breveté canadien à l’exportation et expédié FAB, par exemple, en Allemagne, serait assujéti à la réglementation du Conseil.

[51] Pareil résultat serait bizarre, parce que la législation canadienne sur la protection du consommateur ne vise pas la réglementation des prix des médicaments brevetés canadiens vendus sur les marchés étrangers. Toutefois, l’alinéa 80(1)b autorise expressément le Conseil à exiger du breveté qu’il fournisse des renseignements sur les prix d’un médicament vendu sur les marchés canadien et étranger.

[52] Counsel for Celgene argued that, to the limited extent that legislative purpose is relevant to interpreting the phrase “sold in any market in Canada”, the purpose of the scheme is to regulate the price of medicine sold in Canada. I do not agree. This is, in my view, an unrealistically narrow formulation of the statutory purpose underlying the regulatory scheme and is inconsistent with the broader view expressed in *ICN*.

(c) statutory context

[53] Two points may be made here. First, the disputed phrase appears in a public law context: a regulatory scheme, administered by a specialized tribunal, to prevent the abuse of the monopolistic market power, created by a patent, through the charging of excessive prices for medicines used to treat patients in Canada. In my view, this context provides a more reliable guide to the meaning of the phrase than private law principles designed to resolve commercial disputes between seller and buyer or, as in *Dole Refrigerating* and *Domco Industries*, to locate where a patent infringement occurred.

[54] Second, it was argued that the Board’s interpretation gives an extra-territorial effect to the legislation by enabling the Board to issue orders respecting the price of medicines sold outside Canada, which it could not enforce. Parliament, counsel said, should not be held to have legislated to no practical effect. I do not agree that this necessarily follows from the Board’s interpretation.

[55] The Board has a legitimate interest in the price paid for medicine purchased under the SAP by a physician (perhaps as agent of the patient for whose treatment it has been prescribed) from a patentee outside Canada, because this is the price that will be paid for the medicine by the ultimate consumer in Canada. For the Board in these circumstances to find that the price charged by the patentee, and ultimately paid by a patient, an insurer or an institution in Canada, is excessive, and to order the

[52] L’avocat de Celgene a fait valoir que, dans la mesure limitée où l’objet législatif est pertinent à l’égard de l’interprétation de l’expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien », l’objet du texte législatif est la réglementation des prix des médicaments vendus au Canada. Je ne suis pas de cet avis. J’estime qu’il s’agit là d’une formulation terriblement étroite de l’objet législatif qui sous-tend la réglementation et qu’elle n’est pas conforme à la portée plus large exprimée dans l’arrêt *ICN*.

c) Le contexte législatif

[53] J’insisterai ici sur deux points. Premièrement, l’expression litigieuse figure dans un contexte de droit public : il s’agit d’un régime de réglementation, administré par un tribunal spécialisé, en vue d’empêcher l’abus d’un pouvoir de monopole commercial, créé par le brevet, par la facturation de prix excessifs pour des médicaments employés pour le traitement de patients au Canada. À mon avis, ce contexte fournit une orientation plus fiable sur le sens de l’expression visée que les principes de droit privé qui concernent le règlement de litiges commerciaux entre un vendeur et un acheteur ou, comme c’est le cas dans la décision *Dole Refrigerating* et dans l’arrêt *Domco Industries*, servent à déterminer le lieu de la contrefaçon d’un brevet.

[54] Deuxièmement, on a soutenu que l’interprétation du Conseil donne un effet extraterritorial à la loi, car elle permet au Conseil de rendre des ordonnances sur le prix de médicaments vendus à l’extérieur du Canada qu’il ne pourrait faire respecter. Le législateur, a dit l’avocat, ne doit pas être réputé légiférer sans effet pratique. Je ne pense pas que l’interprétation du Conseil engendre nécessairement cette conséquence.

[55] Le Conseil a un intérêt légitime à l’égard du prix payé pour un médicament acheté dans le cadre du PAS par un médecin (peut-être à titre d’agent du patient auquel le traitement a été prescrit) d’un breveté à l’extérieur du Canada, du fait que ce sera le prix payé pour le médicament par le consommateur final au Canada. Dans ces circonstances, la décision du Conseil que le prix facturé par le breveté, et payé en fin de compte par le patient, l’assureur ou un établissement au Canada, est excessif

patentee to reduce the price of sale, is not, in my view, to give the legislation extra-territorial effect.

[56] For one thing, the patentee may decide that it will no longer sell the medicine in Canada below the price found by the Board to be excessive. However, this is a course of action open to the patentees of all medicines in response to an order of the Board. Alternatively, if it decides to flout the Board's order by continuing to sell the medicine at a price that the Board has found excessive, the Board may not be able to enforce its order if the patentee has no presence in Canada. However, these hypothetical responses by a patentee to a Board order are speculative.

[57] In my view, it is at least as likely that the patentee would be prepared to comply and to sell the drug at a permitted price. The Board has no interest in finding a price to be excessive, on the basis of the criteria contained in section 85 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] and the guidelines developed after consultation with industry, consumers and Health Canada, when it has reason to believe that the patentee would not be willing to sell the medicine for less.

[58] Hence, in my opinion, the statutory and regulatory contexts support the Board's interpretation of paragraph 80(1)(b).

F. CONCLUSIONS

[59] For these reasons, I agree with the Board's interpretation of the phrase "sold in any market in Canada" in subsection 80(1), sections 83 and 85 of the *Patent Act*. I would therefore allow the appeal with costs here and below, set aside the order of the applications Judge, and dismiss Celgene's application for judicial review.

SHARLOW J.A.: I agree.

et l'ordonnance enjoignant au breveté de baisser le prix de vente du médicament ne donnent pas, à mon avis, un effet extraterritorial à la loi.

[56] D'une part, le breveté peut décider de ne plus vendre le médicament au Canada à un prix inférieur à celui que le Conseil a jugé excessif. Cependant, il s'agit là d'une option à la disposition des brevetés à l'égard de tous les médicaments, en réponse à une ordonnance du Conseil. D'autre part, si le breveté décide de passer outre à l'ordonnance du Conseil et de continuer à vendre le médicament au prix que le Conseil a jugé excessif, il se peut que le Conseil ne soit pas en mesure de faire respecter son ordonnance si le breveté n'est pas présent au Canada. Mais ces réponses hypothétiques d'un breveté à une ordonnance du Conseil sont de nature conjecturale.

[57] À mon avis, il est tout aussi vraisemblable que le breveté soit disposé à respecter l'ordonnance et à vendre le médicament au prix permis. Le Conseil n'a pas intérêt à décider qu'un prix est excessif, sur le fondement des critères prévus à l'article 85 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] et des lignes directrices élaborées en consultation avec le secteur pharmaceutique, les consommateurs et Santé Canada, lorsqu'il est justifié de croire que le breveté n'accepterait pas de vendre son médicament à un prix inférieur.

[58] J'estime donc que les contextes législatif et réglementaire appuient l'interprétation que le Conseil donne de l'alinéa 80(1)b).

F. CONCLUSIONS

[59] Pour ces motifs, je suis d'accord avec l'interprétation que donne le Conseil des expressions « vente [...] sur le[] marché[] canadien » et « vendu sur un marché canadien » au paragraphe 80(1), articles 83 et 85 de la *Loi sur les brevets*. J'accueillerais donc l'appel avec dépens en appel et en première instance, j'annulerais l'ordonnance du juge de première instance et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de Celgene.

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

APPENDIX

ANNEXE

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4

Pricing information, etc., required by regulations

80. (1) A patentee of an invention pertaining to a medicine shall, as required by and in accordance with the regulations, provide the Board with such information and documents as the regulations may specify respecting

...

(b) the price at which the medicine is being or has been sold in any market in Canada and elsewhere;

...

Order re excessive prices

83. (1) Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the Board considers not to be excessive and as is specified in the order.

Idem

(2) Subject to subsection (4), where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine has, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the patentee sells the medicine in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order;

(b) reduce the price at which the patentee sells one other medicine to which a patented invention of the patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(c) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

80. (1) Le breveté est tenu de fournir au Conseil, conformément aux règlements, les renseignements et documents sur les points suivants :

[...]

b) le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger;

[...]

Renseignements réglementaires à fournir sur les prix

83. (1) Lorsqu'il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu'il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l'ordonnance et de façon qu'il ne puisse pas être excessif.

Ordonnance relative aux prix excessifs

(2) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que le breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament sur un marché canadien à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif :

Idem

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente du médicament dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention brevetée du titulaire dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

c) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

...

[...]

Factors to be considered

85. (1) In determining under section 83 whether a medicine is being or has been sold at an excessive price in any market in Canada, the Board shall take into consideration the following factors, to the extent that information on the factors is available to the Board:

(a) the prices at which the medicine has been sold in the relevant market;

(b) the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market;

(c) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada;

(d) changes in the Consumer Price Index; and

(e) such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection. [Emphasis added.]

85. (1) Pour décider si le prix d'un médicament vendu sur un marché canadien est excessif, le Conseil tient compte des facteurs suivants, dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles :

a) le prix de vente du médicament sur un tel marché;

b) le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché;

c) le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger;

d) les variations de l'indice des prix à la consommation;

e) tous les autres facteurs précisés par les règlements d'application du présent paragraphe. [Non souligné dans l'original.]

Facteurs de fixation du prix

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870

C.08.002. (1) No person shall sell or advertise a new drug unless

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission relating to the new drug that is satisfactory to the Minister;

(b) the Minister has issued, pursuant to section C.08.004, a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the new drug submission or abbreviated new drug submission;

...

Sale of New Drug for Emergency Treatment

C.08.010. (1) The Director may issue a letter of authorization authorizing the sale of a quantity of a new drug for human or veterinary use to a practitioner named in the letter of authorization for use in the emergency treatment of a patient under the care of that practitioner, if

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870

C.08.002. (1) Il est interdit de vendre ou d'annoncer une drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :

a) le fabricant de la drogue nouvelle a, relativement à celle-ci, déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle que celui-ci juge acceptable;

b) le ministre a, aux termes de l'article C.08.004, délivré au fabricant de la drogue nouvelle un avis de conformité relativement à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

[...]

Vente d'une drogue nouvelle pour un traitement d'urgence

C.08.010. (1) Le Directeur général peut fournir une lettre d'autorisation permettant la vente d'une certaine quantité d'une drogue nouvelle d'usage humaine ou vétérinaire à un praticien nommé dans la lettre d'autorisation pour le traitement d'urgence d'un malade traité par ledit praticien, si

- | | |
|---|--|
| <p>(a) the practitioner has supplied to the Director information concerning</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) the medical emergency for which the drug is required, (ii) the data in the possession of the practitioner with respect to the use, safety and efficacy of that drug, (iii) the names of all institutions in which the drug is to be used, and (iv) such other data as the Director may require; and <p>(b) the practitioner has agreed to</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) report to the manufacturer of the new drug and to the Director on the results of the use of the drug in the medical emergency, including information respecting any adverse reactions encountered, and (ii) account to the Director on request for all quantities of the drug received by him. <p>(2) The Director shall, in any letter of authorization issued pursuant to subsection (1), state</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) the name of the practitioner to whom the new drug may be sold; (b) the medical emergency in respect of which the new drug may be sold; and (c) the quantity of the new drug that may be sold to that practitioner for that emergency. <p>C.08.011. (1) Notwithstanding section C.08.002, a manufacturer may sell to a practitioner named in a letter of authorization issued pursuant to section C.08.010, a quantity of the new drug named in that letter that does not exceed the quantity specified in the letter.</p> <p>(2) A sale of a new drug made in accordance with subsection (1) is exempt from the provisions of the Act and these Regulations.</p> | <p>a) le praticien a fourni au Directeur général des renseignements concernant</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) l'état pathologique urgent pour lequel la drogue est requise, (ii) les données que possède le praticien à propos de l'usage, de l'innocuité et de l'efficacité de ladite drogue, (iii) le nom de tous les établissements où la drogue doit être utilisée, et (iv) les autres renseignements que le Directeur général pourrait lui demander; et <p>b) le praticien a consenti à</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) faire part au fabricant de la drogue nouvelle et au Directeur général des résultats de l'usage de la drogue au cours de l'urgence, y compris les renseignements se rapportant à toute réaction défavorable qu'il aura observée, et (ii) rendre compte au Directeur général, sur demande, de toutes les quantités de la drogue qu'il aura reçues. <p>(2) Le Directeur général doit, dans toute lettre d'autorisation fournie conformément au paragraphe (1), spécifier</p> <ul style="list-style-type: none"> a) le nom du praticien auquel la drogue nouvelle peut être vendue; b) l'état pathologique urgent pour lequel la drogue nouvelle peut être vendue; et c) la quantité de la drogue nouvelle qui peut être vendue audit praticien pour ledit cas urgent. <p>C.08.011. (1) Nonobstant l'article C.08.002, un fabricant peut vendre à un praticien mentionné dans une lettre d'autorisation fournie conformément à l'article C.08.010, une quantité de la drogue nouvelle nommée dans ladite lettre qui n'excède pas la quantité spécifiée dans la lettre.</p> <p>(2) La vente d'une drogue nouvelle faite en conformité du paragraphe (1) n'est pas soumise aux dispositions de la Loi et du présent règlement.</p> |
|---|--|

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[60] RYER J.A. (dissenting reasons): With respect, I am unable to agree with the conclusion of my colleague, Justice Evans. In my view, the correct interpretation of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act) is that the Patented Medicines Prices Review Board (the Board) has no power to request information of the type contemplated by that provision respecting the price at which a particular medicine is sold unless that medicine is being or has been sold in Canada. In other words, the jurisdiction of the Board is not engaged unless it is established that the medicine in question has been the subject of a sale that takes place in Canada. Accordingly, I agree with the decision of Justice Campbell that the decision of the Board, dated January 21, 2008, should be set aside.

[61] In support of this conclusion and to address certain of the reasons of my colleague, I wish to make the following observations.

[62] First, in my view, the textual, contextual and purposive approach espoused by the Supreme Court of Canada in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, mandates reliance on the ordinary meaning of the words of the provision under consideration when those words are precise and unequivocal. To me, the words “sold in any market in Canada”, as contained in paragraph 80(1)(b) of the Act, contemplate sales of the medicine in question occurring in Canada, whether or not that phrase, or any portion of it, can be said to be a “legal term of art”.

[63] Secondly, my colleague appears to favour an interpretation of the phrase “sold in any market in Canada” that places more emphasis on the location of the market than on the place of sale of the medicine. Thus, under this approach, the Board would have the power to request information in relation to a sale of the medicine by Celgene that occurs in a market in Canada. But how is it that a sale of the medicine that admittedly occurred in the United States could also occur in a market in Canada? In my view, this conundrum illustrates the insurmountable

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

[60] LE JUGE RYER, J.C.A. (motifs dissidents) : En toute déférence, je ne puis me ranger à la conclusion de mon collègue, le juge Evans. À mon avis, l'interprétation correcte de l'alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi) est que le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) n'a pas le pouvoir de demander des renseignements du type visé dans la disposition concernant le prix de vente d'un médicament donné, à moins que ce médicament ne soit ou n'ait été vendu au Canada. En d'autres termes, la compétence du Conseil n'est pas établie à moins qu'il soit démontré que le médicament visé a fait l'objet d'une vente qui a eu lieu au Canada. Par conséquent, je suis d'accord avec la décision du juge Campbell qui conclut que la décision du Conseil, datée du 21 janvier 2008, devrait être annulée.

[61] À l'appui de cette conclusion et pour répondre à certains motifs avancés par mon collègue, je souhaite faire les observations suivantes.

[62] Premièrement, à mon avis, l'approche textuelle, contextuelle et téléologique de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, commande de s'appuyer sur le sens ordinaire des mots de la disposition examinée quand ces mots sont précis et non équivoques. À mes yeux, les mots « vente [...] sur le[] marché[] canadien », qui figurent à l'alinéa 80(1)b) de la Loi, concernent les ventes du médicament visé qui ont lieu au Canada, sans égard au fait que tout ou partie de l'expression soit considéré comme un « terme technique du domaine juridique ».

[63] Deuxièmement, mon collègue semble privilégier une interprétation de l'expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » qui accorde plus d'importance au lieu du marché qu'au lieu de la vente du médicament. Par conséquent, selon cette approche, le Conseil aurait le pouvoir de demander des renseignements ayant trait à la vente d'un médicament par Celgene qui a lieu sur un marché au Canada. Mais comment la vente d'un médicament dont il est admis qu'elle a eu lieu aux États-Unis pourrait-elle également avoir lieu sur un marché au

difficulty with respect to an interpretation that focuses on the requirement for a market in Canada. Clearly, any sale that occurs in Canada will also occur in a market in Canada.

[64] Without engaging in a debate with respect to the meaning of the French word “marché”, I note that counsel for the appellant states, at paragraph 45 of his factum:

The corresponding definition of the word marché specifically refers to the geographical area where commodities and services are transacted... [Emphasis added.]

In my view, sale transactions cannot be “transacted” in a geographical area without the presence of both the buyer and the seller in that area. Moreover, a mere demand for a commodity is insufficient to bring about a transaction with respect to that commodity.

[65] Thirdly, the interpretation of my colleague seems to rewrite the particular phrase so that it would become “sold into any market in Canada”. This interpretation stretches the meaning of the phrase into something beyond its ordinary meaning. If Parliament had intended the phrase “sold in any market in Canada”, in paragraph 80(1)(b) of the Act, to have an extended meaning, it could have done so as it did when it inserted an extended meaning of “patentee” in section 79 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] of the Act. That extended meaning operates for the purposes of sections 79 to 103 of the Act. In my view, the absence of an extended meaning in the Act for the phrase “sold in any market in Canada” indicates that the phrase should be given its ordinary meaning. Since Parliament did not stipulate that the words in issue were to be given a meaning outside their ordinary meaning, with respect, I am not persuaded that it is this Court’s mandate to do so.

[66] Fourthly, the issue before the Board, the Federal Court and this Court is the jurisdiction of the Board to make information requests under paragraph 80(1)(b) of the Act. With respect, the jurisdiction of the Board to make an order against Celgene under section 83 of the Act was not in issue, and was not fully argued, before this Court. As such, I would leave the scope of the Board’s

Canada? À mon avis, cette énigme illustre la difficulté insurmontable que présente l’interprétation axée sur la nécessité d’un marché au Canada. À l’évidence, toute vente qui a lieu au Canada se réalisera également sur un marché au Canada.

[64] Sans m’engager dans un débat sur le sens du terme français « marché », je note que l’avocat de l’appellant affirme, au paragraphe 45 de son mémoire :

[TRADUCTION] La définition correspondante du mot marché renvoie expressément à la zone géographique où s’effectuent les opérations commerciales sur les marchandises et les services [...] [Non souligné dans l’original.]

À mes yeux, des opérations de vente ne peuvent s’effectuer dans une zone géographique donnée sans la présence de l’acheteur et du vendeur. De plus, la simple demande d’une marchandise ne suffit pas à créer une opération commerciale à l’égard de cette marchandise.

[65] Troisièmement, l’interprétation de mon collègue semble une reformulation de l’expression visée, convertie en « vendu dans un marché au Canada ». Cette interprétation élargit le sens de l’expression au-delà de son sens ordinaire. Si le législateur avait eu l’intention de donner un sens plus large à l’expression « vente [...] sur le[] marché[] canadien » de l’alinéa 80(1)(b) de la Loi, il aurait pu le faire, comme il l’a d’ailleurs fait en élargissant le sens de « breveté » ou « titulaire d’un brevet » à l’article 79 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la Loi. Ce sens large s’applique aux articles 79 à 103 de la Loi. J’estime que l’absence dans la Loi d’une extension du sens de « vente [...] sur le[] marché[] canadien » indique que l’expression doit recevoir son sens ordinaire. Comme le législateur n’a pas stipulé que les mots visés devaient recevoir un sens différent de leur sens ordinaire, je ne suis pas convaincu qu’il incombe à la Cour de le faire.

[66] Quatrièmement, la question dont ont été saisis le Conseil, la Cour fédérale et la présente Cour concerne la compétence du Conseil de demander des renseignements en vertu de l’alinéa 80(1)(b) de la Loi. Je me permets de dire que la question de la compétence du Conseil de prendre une ordonnance à l’encontre de Celgene en vertu de l’article 83 de la Loi n’était pas soulevée et qu’elle

jurisdiction over Celgene under that provision to be argued in a proceeding in which that issue actually arises.

[67] Finally, I am not inclined to view the Act as consumer protection legislation. Indeed, the Board itself appears to believe that its mandate was broader than that. At paragraph 5 of its reasons, the Board states:

The mandate of the Board includes balancing the monopoly power held by the patentee of a medicine, with the interests of purchasers of those medicines. The patentee of a medicine sold in Canada is subject to the jurisdiction of the Board, and this jurisdiction requires the patentee to report information to the Board concerning the price at which it has been selling the patented medicine in any market in Canada. The Board compares this price to the price of comparable medicines, and to the price at which the medicine is sold in other countries, to determine whether or not its price in Canada is excessive. In consultation with industry, government and consumer stakeholders, the Board has developed detailed guidelines that patentees and Board Staff use to ensure that the prices of patented medicines in Canada are not excessive (the “Guidelines”). [Emphasis added.]

[68] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

n’a pas fait l’objet d’une argumentation complète devant la présente Cour. Je reporterais donc le débat sur l’étendue de la compétence du Conseil sur Celgene en vertu de la disposition visée à une procédure où la question est effectivement soulevée.

[67] Enfin, je ne suis pas porté à considérer la Loi comme une législation de protection du consommateur. Le Conseil lui-même, d’ailleurs, semble estimer que son mandat est plus large. Au paragraphe 5 de ses motifs, le Conseil déclare :

Le Conseil est investi du mandat de protéger les intérêts des acheteurs dans une situation où le titulaire d’un brevet lié à un médicament pourrait exercer un monopole. Le titulaire d’un brevet canadien lié à un médicament vendu au Canada est assujéti à la compétence du Conseil, en vertu de laquelle il doit faire rapport au Conseil de l’information concernant le prix auquel il a vendu son médicament breveté sur un marché au Canada. Le Conseil compare ce prix aux prix des médicaments de comparaison ainsi qu’aux prix auxquels le médicament est vendu dans les pays de comparaison afin de déterminer si le prix du médicament sous examen est ou non excessif. En consultation avec ses intervenants, à savoir l’industrie, les gouvernements et les consommateurs, le Conseil a formulé des lignes directrices que suivent les brevetés et les membres du personnel du Conseil afin que les prix au Canada des médicaments brevetés ne soient pas excessifs. [Non souligné dans l’original.]

[68] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

DES-4-06
2009 FC 1317

DES-4-06
2009 CF 1317

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar and Maher Arar (*Respondents*)

Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar et Maher Arar (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, April 25, 30, May 1, 2, 3, 14, 23 and July 24, 2007.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 25 et 30 avril, 1, 2, 3, 14 et 23 mai et 24 juillet 2007.

Evidence — Application under Canada Evidence Act, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public Report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar — Whether redacted passages contained in Report relevant for purposes of disclosure, whether disclosure thereof would be injurious to international relations, national security or national defence — Relevancy first criterion to be met in disclosing protected information to public; threshold to establish relevancy low — Commissioner's opinion redacted information relevant carrying some weight — Redacted passages referring to country with poor human rights record (Syria), confession made by individual to Syrian Military Intelligence determined not to be injurious to international relations, national security or national defence — Even if found injurious, public interest in disclosure prevailing over public interest in non-disclosure — Disclosure of such information not breaching third-party rule — Commissioner's recommendation protected information be disclosed not constituting justification for disclosure but should be taken into consideration — Disclosure of some information resulting from American intelligence agencies considered to breach third-party rule, would be injurious to relations with Americans — While disclosure of certain redacted passages (for ex. passages referring to Syrians' assessment of Mr. Arar) considered injurious to Canada's international relations or national security, public interest in disclosure clearly outweighing public interest in non-disclosure — Application allowed in part.

Preuve — Demande en vertu de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar — Il s'agissait de savoir si les passages expurgés du rapport étaient pertinents à des fins de divulgation et si leur divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la sécurité et à la défense nationales — Le premier critère à établir dans le cadre de la divulgation de renseignements protégés est leur pertinence; le seuil pour établir la pertinence est faible — L'avis du commissaire selon lequel les renseignements expurgés étaient pertinents n'était pas anodin — Il a été établi que des passages expurgés faisant référence à un pays ayant de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne (la Syrie) et à une confession faite par un particulier au Renseignement militaire syrien ne seraient pas préjudiciables aux relations internationales, à la sécurité et à la défense nationales — Même si la divulgation était déclarée préjudiciable, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportaient sur les raisons d'intérêt public s'y opposant — La divulgation de ces renseignements ne violerait pas la règle des tiers — La recommandation du commissaire en vue de la divulgation de renseignements protégés ne constitue pas une justification de la divulgation, elle doit être prise en compte — La divulgation de certains renseignements provenant d'agences américaines du renseignement de sécurité est considérée violer la règle des tiers et serait préjudiciable aux relations avec les Américains — Bien que la divulgation de certains passages expurgés (p. ex. les passages faisant référence à l'évaluation des Syriens concernant M. Arar) soit considérée préjudiciable aux relations internationales ou à la sécurité nationale du Canada, les raisons

Security Intelligence — Application under Canada Evidence Act, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar — Information given under protection of third-party rule held sacred by intelligence, police agencies — Exchange of information based on confidence, reliability, trust — Breach of such rule possibly affecting trust — Third-party rule understanding among law enforcement, intelligence agencies that party providing information controlling subsequent disclosure, use of information beyond receiving party — Security intelligence agency different from law enforcement agency since former collecting past, present information to prevent threats to Canada's national security while latter investigating criminal activities — Disclosure of some information resulting from American intelligence agencies considered to breach third-party rule, would be injurious to relations with Americans.

This was an application under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public Report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar is a Canadian citizen who was detained in New York and sent by the Americans to Syria, where he was tortured and imprisoned for a year. The Commissioner's public Report consisted of three volumes and its confidential report contained two volumes. The Commissioner's three volumes shows that the inquiry dealt with a good number of public interest issues such as human rights when dealing with other countries, the Canadian treatment of information obtained through questionable means, and the use thereof, etc. The Terms of Reference of the Commission of Inquiry gave the Commissioner a mandate to ensure non-disclosure of sensitive information and the procedure to follow in considering disclosure of such information, all in accordance with section 38 of the Act. The Commission's role was to make recommendations based on facts gathered during the investigation. The applicant submitted that the contents of the redacted parts were not relevant to the Terms of Reference of the Commission of Inquiry and that the Commissioner never explained the relevancy of the information. The applicant also submitted that some of the protected passages were not related to the actions of Canadian officials, which were the subject of the terms of reference.

d'intérêt public justifiant la divulgation public l'emportent largement sur les raisons d'intérêt public s'y opposant — Demande accueillie en partie.

Renseignement de sécurité — Demande en vertu de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar — Les services de renseignement et de police considèrent sacrés les renseignements donnés sous la protection de la règle des tiers — L'échange de renseignements est fondé sur la confiance et la fiabilité — La violation de cette règle peut porter atteinte à la confiance — La règle des tiers est une entente entre les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements — Un service du renseignement de sécurité diffère d'un organisme d'application des lois, le premier recueille des renseignements passés et présents pour prévenir ou prédire les menaces pour la sécurité nationale du Canada alors que le deuxième enquête sur des activités criminelles — La divulgation de certains renseignements provenant d'agences américaines du renseignement de sécurité est considérée violer la règle des tiers et serait préjudiciable aux relations avec les Américains.

Il s'agissait d'une demande présentée en application de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. M. Arar est un citoyen canadien qui a été détenu à New York, puis envoyé par les Américains en Syrie, où il a été torturé et emprisonné pendant un an. Le rapport public du commissaire comportait trois volumes et son rapport confidentiel comptait deux volumes. Il appert des trois volumes du commissaire que l'enquête a porté sur un bon nombre de questions d'intérêt public, notamment des questions touchant les droits de la personne dans les relations avec d'autres pays ainsi que le traitement et l'utilisation par le Canada de renseignements obtenus au moyen de méthodes discutables, etc. Le mandat de la Commission d'enquête a investi le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués et a établi la procédure qu'il doit suivre pour savoir si des renseignements peuvent être divulgués, le tout dans le respect de l'article 38 de la Loi. La Commission avait pour rôle de faire des recommandations fondées sur des faits recueillis au cours de l'enquête. Le demandeur soutenait que le contenu des passages expurgés était étranger aux attributions de la Commission d'enquête et que le commissaire n'a jamais expliqué la pertinence de ces renseignements. De même,

The issues were whether some of the redacted passages contained in the Commissioner's Report were relevant for the purposes of disclosure and whether disclosing that information would be injurious to international relations, national security or national defence.

Held, the application should be allowed in part.

The first criterion to be met in disclosing protected information to the public is the relevancy of that information. Based on a review of the redacted portions and given that the threshold to establish relevancy is low, relevancy was found in some of the redacted passages for reference purposes. The Commissioner clearly identified redacted information as being relevant for the purposes of his Report and such an opinion carried some weight.

The first category of redacted passages referred to a country with a poor human rights record (Syria), a "confession" by an individual (to the Syrian Military Intelligence (SMI)) where the information was used in applications by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) for search and telephone warrants, and recommendations made by the Commission. These redacted portions were all considered relevant. It was determined that some of this information would not be injurious to international relations, national security or national defence. Even if it were found to be injurious, the public interest in disclosure prevailed over the public interest in non-disclosure. A caveat not to disclose was never issued by the head of the SMI when it gave the individual's confession to the RCMP. Regardless, the presence or absence of a caveat had little meaning since the redacted information was already in the public domain. Therefore, the disclosure of this passage would not breach the third-party rule.

Finally, the Commissioner recommended that when Canada obtains information from a country with a poor human rights record, this fact be made known and taken into account. Although a recommendation in itself is not a justification to disclose protected information, it can be taken into consideration. Without facts, there can be no meaningful recommendations. Unless strong considerations of international relations or national security indicate otherwise, the Commissioner must be able to associate facts with the pertinent recommendations. The public interest in non-disclosure regarding these passages was not supported by the facts of this case.

le demandeur affirmait que certains passages protégés ne concernaient pas les actions des responsables canadiens, qui faisaient l'objet du mandat.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si certains des passages expurgés du rapport du commissaire étaient pertinents à des fins de divulgation et si la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la sécurité et à la défense nationales.

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Le premier critère à établir dans le cadre de la divulgation de renseignements protégés au public est leur pertinence. Selon un examen des passages expurgés et comme le seuil à observer pour établir la pertinence de renseignements est faible, la Cour a conclu à la pertinence de certains passages à des fins de renvoi. Le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport et son avis n'était pas anodin.

La première catégorie de passages expurgés faisait référence à un pays qui a de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne (la Syrie), à une « confession » par un particulier (au Renseignement militaire syrien (le RMS)) dont les renseignements ont été utilisés dans des demandes présentées par la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) en vue d'obtenir des mandats de perquisition et des mandats pour la collecte de relevés téléphoniques et aux recommandations de la Commission. Ces passages expurgés ont tous été considérés pertinents. Il a été établi que certains de ces renseignements ne seraient pas préjudiciables aux relations internationales, à la sécurité ou à la défense nationales du Canada. Même si la divulgation était déclarée préjudiciable, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportaient sur les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation. Le responsable du RMS n'a jamais formulé de réserve de non-divulgation lorsqu'il a communiqué la confession du particulier à la GRC. Quoi qu'il en soit, la présence ou l'absence de réserve était peu importante en ce que les renseignements expurgés étaient déjà du domaine public. Par conséquent, la divulgation de ce passage ne violerait pas la règle des tiers.

Enfin, le commissaire a recommandé que si le Canada obtient de l'information d'un pays ayant un piètre dossier en matière de respect des droits de la personne, ce fait doit être connu et pris en compte. Bien qu'une recommandation ne constitue pas en soi une justification de la divulgation de renseignements protégés, elle peut être prise en compte. En l'absence de faits, il ne peut y avoir de recommandations valables. À moins que d'importantes considérations en matière de relations internationales ou de sécurité nationale n'indiquent le contraire, le commissaire doit être en mesure de lier les faits aux recommandations applicables. Les faits de la présente affaire n'appuyaient

Passages in the Report referring to the CIA's and FBI's interest in the Arar investigation and the interaction with the RCMP and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) were also examined. The CIA's and FBI's interest in the Arar investigation and other individuals was already officially in the public domain in such a way as to indicate a certain relationship of both American agencies with their Canadian counterparts. It could not be concluded that the disclosure of such interaction showing the interest of American agencies in the investigation would be injurious to Canada's international relations or national security. Even if it were injurious, the public interest in disclosure of this information would clearly outweigh the public interest in non-disclosure.

Also considered were passages referring to contents of exchanges and assessments made by identified U.S. agencies. Information given under the protection of the third-party rule is held sacred by intelligence and police agencies. It is based on confidence, reliability and trust. Breaching such a rule can affect the underlying trust. For an agency to communicate its assessments and conclusions on situations or individuals to another agency indicates that such confidence, reliability and trust exist. The third-party rule is an understanding among law enforcement and intelligence agencies that the party providing the information controls the subsequent disclosure and use of the information beyond the receiving party. For Canada to benefit from a steady flow of information, it must be seen to respect the third-party rule. While the CIA's interaction and interest in this particular investigation is not injurious, associating the CIA with an opinion on an individual, disclosing the CIA's needs communicated in confidence and doing so publicly go to the heart of what the third-party rule is all about. Associating the CIA publicly with their opinion is clearly a breach of the third-party rule. Divulging the information for purposes other than law enforcement and without an agreement breaches the third-party rule, both in principle and in fact. Therefore, such disclosure would be injurious to Canada's relations with the Americans. Moreover, there was no justification for the public interest in disclosure of the CIA's opinion so the public interest in non-disclosure prevailed.

As for another redacted passage referring to the FBI's assessment of Mr. Arar during an interview, it too was a matter

pas les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgence de ces passages.

En outre, les passages du rapport faisant référence à l'intérêt de la CIA et du FBI à l'égard de l'enquête concernant M. Arar et à l'interaction avec la GRC et avec le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ont été examinés. L'intérêt de la CIA et du FBI à l'égard de l'enquête concernant M. Arar et d'autres personnes était déjà officiellement du domaine public de manière à indiquer une certaine relation entre les deux organismes américains et leurs homologues canadiens. La Cour ne pouvait pas conclure que la divulgation de cette interaction indiquant que les organismes américains s'intéressaient à cette enquête serait préjudiciable aux relations internationales ou à la sécurité nationale du Canada. Même en présence d'un préjudice, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation de cette information l'emporteraient largement sur les raisons d'intérêt public s'y opposant.

Des passages faisant référence au contenu d'échanges et aux évaluations faites par des organismes américains nommés ont aussi été pris en compte. Les services de renseignement et de police considèrent sacrée la protection de la règle des tiers. Celle-ci se fonde sur la confiance et la fiabilité. La violation d'une telle règle peut porter atteinte à la confiance sous-jacente. Lorsqu'un organisme communique son évaluation et ses conclusions concernant des situations ou des personnes à un autre organisme, cela témoigne de l'existence d'une telle confiance et fiabilité. La règle des tiers est une entente conclue entre des organismes d'application de la loi et des agences de renseignement selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements. Pour que le Canada puisse compter sur un flux constant de renseignements, il doit être perçu comme respectant la règle des tiers. Bien que l'interaction de la CIA dans cette enquête particulière et son intérêt à l'égard de celle-ci ne soit pas préjudiciable, le fait d'associer la CIA à une opinion au sujet d'une personne, de divulguer les besoins de la CIA communiqués à titre confidentiel et de le faire publiquement touchent l'essentiel de ce qui constitue la règle des tiers. Associer la CIA publiquement à son opinion est clairement une violation de la règle des tiers. Divulguer des renseignements à d'autres fins que l'application de la loi et en l'absence d'une entente à cet égard viole la règle des tiers, tant du point de vue du principe que dans les faits. En conséquence, une telle divulgation serait préjudiciable aux relations du Canada avec les Américains. Qui plus est, il n'y avait aucune justification pour les raisons d'intérêt public en faveur de la divulgation de l'opinion de la CIA; les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgence l'emportaient donc.

Pour ce qui est d'un autre passage expurgé faisant référence à l'évaluation de M. Arar par le FBI à la suite d'une entrevue,

clearly falling within the third-party rule, the disclosure of which would be injurious to Canada's interests.

Regarding redacted passages referring to CSIS' knowledge and assessment of Mr. Arar, they reveal what CSIS knew about the respondent and its "intelligence" conclusion about him. A security intelligence agency is different from a law enforcement agency. The former collects past and present information to prevent or predict threats to Canada's national security while the latter investigates criminal activities to lay criminal charges. In both cases, secrecy must prevail throughout the investigations but with some adjustments. The information contained in the redacted passages originating from CSIS was not in the public domain. The RCMP's assessment of Mr. Arar did not in itself justify releasing CSIS' assessment of him given the very different nature of these two agencies. Disclosing the information in question would be injurious to Canada's national interests. Given the thoroughness of the Commissioner's Report regarding what happened to Mr. Arar from the point of view of official Canadian sources, the public interest in disclosure did not outweigh that in non-disclosure.

The disclosure of redacted passages referring to the Syrians' assessment of Mr. Arar would in principle be injurious based on international relations and the third-party rule. The assessments were obtained from the Syrians and such transfer of information is covered by the non-disclosure caveat. The information at stake related to the torture of detainees, which is a highly reprehensible and inhuman practice. The fact that the Canadian agencies knew about these assessments and were seeking more information from a country with a poor human rights record was noteworthy. It was surely in the public interest to disclose such information. While disclosure might embarrass the Canadian agencies, Canada's national security laws were not intended to protect them from embarrassment. Therefore, the strong public interest in disclosure had to prevail.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 19 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(d); 2003, c. 22, s. 224(z.12)(E)).

il s'agissait aussi d'une question qui relevait clairement de la règle des tiers et la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable à l'intérêt du Canada.

Les passages expurgés faisant référence au fait que le SCRS connaissait M. Arar et à son évaluation de celui-ci révèlent ce que le SCRS connaissait au sujet du défendeur ainsi que sa conclusion en matière de « renseignement » à son sujet. Un service du renseignement de sécurité diffère d'un organisme d'application des lois. Le premier recueille des renseignements passés et présents afin de prévenir ou de prédire les menaces pour la sécurité nationale du Canada. L'organisme d'application de la loi enquête sur des activités criminelles dans le but de porter des accusations criminelles. Dans les deux cas, le secret doit être gardé tout au long des enquêtes, mais avec certaines adaptations. Les renseignements dans les passages expurgés provenant du SCRS n'étaient pas du domaine public. L'évaluation de M. Arar faite par la GRC ne justifiait pas en soi la communication de l'évaluation du SCRS à l'égard de celui-ci compte tenu de la nature manifestement différente de ces deux organismes. La divulgation de l'information en cause serait préjudiciable à l'intérêt national du Canada. Compte tenu de la rigueur du rapport du commissaire quant à ce qui est arrivé à M. Arar d'après les sources canadiennes officielles, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation ne l'emportaient pas sur les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation.

La divulgation de passages expurgés faisant référence à l'évaluation des Syriens concernant M. Arar serait, en principe, préjudiciable, compte tenu des relations internationales et de la règle des tiers. Les évaluations ont été obtenues auprès des Syriens et un tel transfert de renseignements est visé par la réserve relative à la non-divulgation. Les renseignements en cause concernaient la torture de détenus, une pratique hautement répréhensible et inhumaine. Il était utile de souligner le fait que les organismes canadiens avaient connaissance de ces évaluations et qu'ils cherchaient à obtenir plus de renseignements auprès d'un pays possédant un mauvais bilan en matière de respect des droits de la personne. Il était assurément dans l'intérêt public de divulguer ces renseignements. Bien que la divulgation puisse mettre les organismes canadiens dans l'embarras, les lois canadiennes sur la sécurité nationale ne sont pas destinées à les protéger de l'embarras. En conséquence, les solides raisons d'intérêt public justifiant la divulgation devaient l'emporter.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 19 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)d; 2003, ch. 22, art. 224z.12(A)).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ribic, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 85 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 124 D.L.R. (4th) 129, 31 Admin. L.R. (2d) 261; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1, revg in part [2000] 3 F.C. 589, (2000), 184 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278 (C.A.), affg [1996] 3 F.C. 134, (1996), 136 D.L.R. (4th) 74, 113 F.T.R. 13 (T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar), 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248, 72 Admin. L.R. (4th) 68, 316 F.T.R. 279.

AUTHORS CITED

Canada Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of Professor Stephen J. Toope – Fact Finder*, 14 October 2005, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/ToopeReport_final.pdf>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/AR_English.pdf>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. I, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/Vol_I_English.pdf>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. II, online <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/Vol_II_English.pdf>.

APPLICATION under section 38.04 of the *Canada Evidence Act*, for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Ribic, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3.; inf. en partie [2000] 3 C.F. 589, conf. [1996] 3 C.F. 134 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE :

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport du P^r Stephen J. Toope – Enquêteur*, 14 octobre 2005, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/ToopeReport_final_fr.pdf>.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/AR_French.pdf>.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, volume I, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/Vol_I_French.pdf>.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, volume II, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/Vo_II_French.pdf>.

DEMANDE présentée en application de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certains passages expurgés du rapport public établi par la Commission

Officials in Relation to Maher Arar. Application allowed in part.

APPEARANCES

A. Préfontaine for applicant.
Paul J.J. Cavalluzzo, Veena Verma and Ronald G. Atkey, Q.C. for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.
Lorne Waldman and Marlys A. Edwardh for respondent Maher Arar.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, Ottawa, for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.
Waldman & Associates and Ruby & Edwardh, Toronto, for respondent Maher Arar.

* Editor's note: Portions deleted by order of the Court are indicated by [***].

The following are the public reasons for order rendered in English by

NOËL J.:

1. Initial comments

[1] These are my *ex parte* (*in camera*) reasons and order pursuant to the obligations imposed on a designated judge sitting on matters involving international relations, national defence and national security, as contained in section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] and following of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., c. C-5 (the Act or CEA). They are to be read as a complement to the public judgment issued with this decision [2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248]. As the order provides, some of the information contained in the redaction will remain subject to the prohibition of disclosure, while other information can be disclosed. In coming to this conclusion, I applied the recipe as described by the Federal

d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU

A. Préfontaine pour le demandeur.
Paul J.J. Cavalluzzo, Veena Verma et Ronald G. Atkey, c.r. pour la défenderesse la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.
Lorne Waldman et Marlys A. Edwardh pour le défendeur Maher Arar.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, Ottawa, pour la défenderesse la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.
Waldman & Associates et Ruby & Edwardh, Toronto, pour le défendeur Maher Arar.

* Note de l'arrêtiiste : Les parties expurgées par ordonnance de la Cour sont indiquées par [***].

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

LE JUGE NOËL :

1. Remarques initiales

[1] Voici mes motifs *ex parte* (à huis clos) et mon ordonnance conformément aux obligations imposées à un juge désigné pour présider des affaires concernant les relations internationales, la défense et la sécurité nationales, telles que prévues aux articles 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi ou la LPC). Ces motifs doivent être interprétés comme un complément au jugement public rendu avec la présente décision [2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248]. Comme l'ordonnance le prévoit, certains renseignements contenus dans la version expurgée demeureront assujettis à l'interdiction de divulgation, alors que d'autres renseignements

Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C. 33. For this purpose, I have read the Report of the Commissioner (3 volumes) [*Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/AR_English.pdf>; *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. I, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/Vol_I_English.pdf>; *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. II, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/Vol_II_English.pdf>] (and reviewed his confidential report (2 volumes)), the records of the applicant and the respondents, including the examinations and cross-examinations of witnesses (of the Commission) and affiants, the documentary evidence and the written submissions. I also interviewed *in camera* the affiants of each party (except for one, which mainly filed exhibits) and heard the oral submissions of each party (including Mr. Arar) in public and *ex parte*. These *ex parte* (*in camera*) reasons cover the sensitive evidence as filed by the parties. Initially, I had hope that these reasons for order would be kept to a minimum in favour of the public judgment. However, in the course of drafting, it soon became apparent that keeping these reasons for order to a minimum would prove arduous as I wanted to expand by providing sufficient background context which is more difficult to do when writing a public judgment as one has to be mindful not to prejudice sensitive information. Having said this, at some time, I hope that parts of these reasons will be made public. In due course, this objective can be achieved in collaboration with all parties concerned and with the consent of the Court. Finally, as this order shows, I have summarized my reasons (analysis) in the form of a table (using the tables prepared by some of the affiants of the Attorney General), for ease of reference in understanding a complex determination. This table [not included with these reasons] contains page references to redacted or unredacted passages in the Report and a brief explanation of the conclusions for each protected passage. I have also added an annex [not included with these reasons] (which provides the matching pages of the redacted version of the public Report (on the left side) and the

peuvent être divulgués. Pour en arriver à cette conclusion, j'ai appliqué le principe que la Cour d'appel fédérale a décrit dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 C.F. 33. À cette fin, j'ai lu le rapport du commissaire (3 volumes) [*Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/AR_French.pdf>; *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, volume I, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/Vol_I_French.pdf>; *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, volume II, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/Vol_II_French.pdf>] (et examiné son rapport confidentiel (2 volumes)), le dossier du demandeur et des défendeurs, y compris les interrogatoires et les contre-interrogatoires des témoins (de la Commission) et des souscripteurs d'affidavit, la preuve documentaire et les observations écrites. J'ai également interviewé à huis clos les souscripteurs d'affidavit de chaque partie (à l'exception d'une partie, qui a principalement déposé des pièces) et entendu les observations orales de chaque partie (y compris M. Arar) en public et à huis clos. Les présents motifs *ex parte* (à huis clos) visent les éléments de preuve sensibles que les parties ont déposés. Au départ, j'avais espéré que les présents motifs de l'ordonnance pourraient être réduits au minimum en faveur du jugement public. Cependant, en cours de rédaction, il est rapidement devenu évident que réduire les présents motifs de l'ordonnance au minimum se révélerait une tâche ardue. En effet, je voulais les étendre en fournissant un contexte suffisant, ce qui est plus difficile à faire lors de la rédaction d'un jugement public puisqu'il faut prendre garde de ne pas porter atteinte à des renseignements sensibles. Cela dit, à un certain moment, j'espère que des parties des présents motifs seront rendues publiques. En temps opportun, cet objectif peut être réalisé grâce à la collaboration de toutes les parties intéressées et avec le consentement de la Cour. En fait, comme le montre la présente ordonnance, j'ai résumé mes motifs (l'analyse) en un tableau (utilisant les tableaux dressés par certains souscripteurs d'affidavit du procureur général) par souci de commodité pour comprendre une décision complexe.

unredacted version of the public Report (on the right-hand side). [***].

[2] My analysis of the redacted passages will proceed as follows. First, I will deal with a preliminary issue, [***] as it was presented by the applicant, and then proceed with the analysis of the redacted passages, keeping in mind the steps suggested by the Court of Appeal in *Ribic*, above. The relevancy criterion has already been dealt with in the public judgment but I will deal with it in the present judgment for the sake of consistency. I will refer to it in some instances when dealing with the public interest in disclosure versus non-disclosure. I propose to proceed with the analysis in the following order and review and analyse some of the redacted passages:

(a) passages referring to a country with a poor human rights record, Syria, a “confession” by Mr. El Maati referred to in the search and in telephone warrants, which triggered recommendations by the Commissioner (paragraphs 16 to 39 [of these reasons]);

(b) passages referring to the CIA’s and the FBI’s interest in Project A-O Canada and the interaction with the RCMP [Royal Canadian Mounted Police] and to a lesser degree CSIS [Canadian Security Intelligence Service] (paragraphs 40 to 51 [of these reasons]);

(c) passages referring to the contents of exchanges or parts thereof and assessments made by identified U.S. agencies (paragraphs 52 to 101 [of these reasons]);

(d) passages referring to CSIS’ interest in and knowledge and assessment of Mr. Arar (paragraphs 102 to 133 [of these reasons]);

Ce tableau [non inclus avec les présents motifs] contient la référence aux pages des passages expurgés ou non expurgés du rapport et une brève explication de la conclusion concernant chaque passage protégé. J’ai également ajouté une annexe [non incluse avec les présents motifs] qui indique les pages correspondantes de la version expurgée du rapport public (à gauche) et la version non expurgée du rapport public (à droite). [***].

[2] Mon analyse des passages expurgés se déroulera comme suit. Premièrement, j’examinerai une question préliminaire, [***] telle que présentée par le demandeur, et j’analyserai ensuite les passages expurgés, gardant à l’esprit les étapes proposées par la Cour d’appel dans l’arrêt *Ribic*, précité. Le critère de la pertinence a déjà été examiné dans le jugement public, mais je l’aborderai dans le présent jugement par souci d’uniformité. Je m’y reporterai dans certains cas lorsque j’examinerai les raisons d’intérêt public qui militent en faveur de la divulgation par opposition à celles qui s’y opposent. Je me propose d’effectuer une analyse selon l’ordre suivant et d’examiner et d’analyser certains passages expurgés :

a) les passages faisant référence à un pays qui a de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne, la Syrie, à une « confession » de M. El Maati mentionnée dans les mandats de perquisition et mandats pour la collecte de relevés téléphoniques, qui ont donné lieu aux recommandations du commissaire (paragraphes 16 à 39 [des présents motifs]);

b) les passages faisant référence à l’intérêt de la CIA et du FBI à l’égard du Projet A-O Canada et à l’interaction avec la GRC [Gendarmerie royale du Canada] et dans une moindre mesure avec le SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] (paragraphes 40 à 51 [des présents motifs]);

c) les passages faisant référence au contenu d’échanges ou parties de ceux-ci et aux évaluations faites par des organismes américains nommés (paragraphes 52 à 101 [des présents motifs]);

d) les passages faisant référence à l’intérêt du SCRS à l’égard de M. Arar et à sa connaissance et à son évaluation de celui-ci (paragraphes 102 à 133 [des présents motifs]);

(e) passages referring to CSIS' interest in Mr. Almalki and Mr. El Maati (paragraphs 134 to 151 [of these reasons]);

(f) passages referring to the RCMP's use of information obtained from Syrian Military Intelligence (SMI) (paragraphs 152 to 160 [of these reasons]);

(g) passages referring to Syria's assessment of Mr. Arar (paragraphs 161 to 166 [of these reasons]);

(h) passages referring to CSIS' and Mr. Hooper's comments on U.S. rendition of prisoners (paragraphs 167 to 177 [of these reasons]).

I have included each of the redacted passages in one of these categories. They were selected as they were used in good part by the Commissioner in his *ex parte (in camera)* decisions dated December 2, 2004, April 4, 2006 and July 6, 2006. I have to say that this exercise does not involve black-and-white decisions. Rather, it is mostly a grey area where principles are at stake and refined good judgment has to be exercised. This is what I have tried to do, keeping in mind the high interests at stake.

2. [***]

[3] [***].

[4] [***].

[5] [***] only persons cleared through established security clearance procedures would receive the information on a need-to-know basis and that there would be no disclosure other than to the Commission, all subject to Canadian laws such as the *Canada Evidence Act* and also the Commission's Terms of Reference [Order in Council P.C. 2004-48].

[6] [***].

e) les passages faisant référence à l'intérêt du SCRS à l'égard de M. Almalki et de M. El Maati (paragraphes 134 à 151 [des présents motifs]);

f) les passages faisant référence à l'utilisation par la GRC de renseignements obtenus du Renseignement militaire syrien (le RMS) (paragraphes 152 à 160 [des présents motifs]);

g) les passages faisant référence à l'évaluation de la Syrie concernant M. Arar (paragraphes 161 à 166 [des présents motifs]);

h) les passages faisant référence aux commentaires du SCRS et de M. Hooper concernant la restitution de détenus par les États-Unis (paragraphes 167 à 177 [des présents motifs]).

J'ai inclus chacun des passages expurgés dans l'une de ces catégories. Ils ont été choisis parce qu'ils ont été utilisés en grande partie par le commissaire dans ses décisions *ex parte* (à huis clos) datées du 2 décembre 2004, du 4 avril 2006 et du 6 juillet 2006. Je dois dire que cet exercice ne vise pas des décisions tranchées de façon nette. Il s'agit plutôt d'une zone presque entièrement grise où des principes sont en jeu et où il faut faire preuve d'un bon jugement nuancé. Voilà ce que j'ai tenté de faire, tout en gardant à l'esprit l'importance des intérêts en jeu.

2. [***]

[3] [***].

[4] [***].

[5] [***] seules les personnes habilitées en vertu des procédures établies en matière de cote de sécurité recevaient les renseignements selon le principe de la nécessité d'accès et ces renseignements étaient divulgués exclusivement à la Commission, le tout régi par les lois canadiennes telles que la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que le mandat de la Commission [décret C.P. 2004-48].

[6] [***].

[7] [***].

[7] [***].

[8] [***].

[8] [***].

[9] The evidence has shown that neither the Commissioner nor the staff of the Commission were involved in these discussions. The evidence informs that it is only on June 26, 2006, hence two years after the Inquiry was established and after the Report was drafted, that knowledge of such meetings was ever communicated to the Commission.

[9] La preuve a montré que ni le commissaire ni les membres du personnel de la Commission n'ont participé à ces discussions. La preuve indique que ce n'est que le 26 juin 2006, donc deux ans après la mise sur pied de l'enquête et après la rédaction du rapport, que la connaissance de ces rencontres a été communiquée à la Commission.

[10] Having dealt with this preliminary matter, I now turn to the analysis of the redacted passages.

[10] Maintenant que j'ai réglé cette question préliminaire, j'analyserai les passages expurgés.

3. The relevancy of the redacted parts

3. La pertinence des passages expurgés

[11] As in *Ribic*, above, the first criterion to be met is the relevancy of the protected information. As we have seen, unlike the *Ribic* case, which was a criminal case, the present application involves a commission of inquiry, a fact-finding body, not a proceeding having to deal with questions of criminal law and facts, and the possibility of compelling potentially injurious information. The Commission of Inquiry is in a different position. The terms of reference provide a detailed procedure on how to deal with such information and the Commission can receive sensitive information under paragraph 38.01(6)(d) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and subsection 38.01(8) [as enacted *idem*] of the *Canada Evidence Act*. Therefore, the relevancy factor is to be applied to a commission of inquiry by considering its uniqueness and utility to the Canadian government and public in providing remedies, often in situations of crisis, and acting in the public interest.

[11] À l'instar de l'arrêt *Ribic*, précité, le premier critère à établir est la pertinence des renseignements protégés. Comme nous l'avons vu, contrairement à l'affaire *Ribic*, qui était un procès criminel, la présente demande concerne une commission d'enquête, un organe chargé de l'appréciation des faits, non une instance visant des questions de droit criminel et des faits, et la possibilité d'obliger la fourniture de renseignements potentiellement préjudiciables. La commission d'enquête se trouve dans une position différente. Le mandat prévoit une procédure détaillée sur la façon de traiter ces renseignements et la Commission peut recevoir des renseignements sensibles en vertu de l'alinéa 38.01(6)d) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et du paragraphe 38.01(8) [édicte, *idem*] de la *Loi sur la preuve au Canada*. Par conséquent, le facteur de la pertinence doit être appliqué à une commission d'enquête en tenant compte de son caractère exceptionnel et de son utilité pour le gouvernement du Canada et le public en fournissant des mesures de redressement, souvent à l'occasion de situations de crise, et en agissant dans l'intérêt du public.

[12] The Terms of Reference of the Commission of Inquiry at paragraph (k) and the subparagraphs thereunder give the Commissioner a mandate to ensure non-disclosure of sensitive information and the procedure to follow in considering disclosure of such information, all in accordance with section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the CEA.

[12] L'alinéa k) du mandat de la Commission d'enquête, ainsi que ses sous-alinéas, investissent le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués et ils établissent la procédure qu'il doit suivre pour savoir si des renseignements peuvent être divulgués, tout cela dans le respect de l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édicte

To that end, the Commissioner may consider releasing a summary of the evidence heard *in camera* and if such a summary is not sufficient in the Commissioner's opinion, he may inform the applicant and such opinion constitutes notice under section 38.01 of the CEA. That was the route whereby the applicant filed the present proceeding with this Court.

[13] The Attorney General submits that the contents of the redacted parts are not relevant to the Terms of Reference of the Commission of Inquiry and that the Commissioner has never explained the relevancy of the information.

[14] The Attorney General adds that some of the protected passages are not related to the actions of Canadian officials, which are the subject of the terms of reference. It categorizes the sensitive information as being about other countries, their activities or the fact that they share information in confidence with Canada on subjects that CSIS investigates, which information is not pertinent to the terms of reference.

[15] The Commissioner in his *ex parte* (*in camera*) decisions addressed the relevancy factor when discussing the public interest in disclosure in general and when he commented that some of the information subject to disclosure would help understand the recommendations, and furthermore, that some of the information concerned torture and was already in the public domain. A reading of the Commissioner's three volumes shows that the inquiry dealt with a good number of public interest issues such as human rights when dealing with other countries, the Canadian treatment of information obtained through questionable means such as torture, the use of it, international sharing practices post-9/11, etc. Having reviewed each of the redacted portions and knowing that the threshold to establish relevancy is low and having in mind the words of Cory J. of the Supreme Court on the importance of commissions of inquiry in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, I do find relevancy in the redacted passages for reference purposes. I cite the

par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la LPC. À cette fin, le commissaire peut envisager la diffusion d'un résumé des témoignages entendus à huis clos et, si le commissaire estime qu'un tel résumé est insuffisant, il peut en aviser le demandeur. Un tel avertissement constitue un avis aux termes de l'article 38.01 de la LPC. C'est à la suite de cette procédure que le procureur général du Canada a déposé la présente demande auprès de la Cour.

[13] Selon le procureur général, le contenu des passages expurgés du rapport public est étranger aux attributions de la Commission et le commissaire n'a jamais expliqué la pertinence de tels renseignements.

[14] Le procureur général ajoute que certains passages protégés ne concernent pas les actions des responsables canadiens, qui font l'objet du mandat. Selon sa classification des renseignements sensibles, il s'agit de renseignements à propos d'autres pays, de leurs activités ou du fait qu'ils partagent des renseignements avec le Canada à titre confidentiel sur des sujets à l'égard desquels le SCRS enquête, lesquels renseignements ne sont pas pertinents pour le mandat.

[15] Le commissaire, dans ses décisions *ex parte* (à huis clos), a considéré le facteur de la pertinence au moment d'examiner les raisons d'intérêt public qui justifiaient la divulgation en général. Il a fait de même lorsqu'il a fait des observations selon lesquelles certains des renseignements visés par la divulgation aideraient à comprendre les recommandations et, de plus, que certains renseignements concernaient la torture et étaient déjà du domaine public. La lecture des trois volumes du rapport du commissaire montre que l'enquête a porté sur un bon nombre de questions d'intérêt public soulevées par la présente demande, dont les suivantes : les questions touchant les droits de la personne dans les relations avec d'autres pays; l'utilisation par le Canada de renseignements obtenus au moyen de méthodes discutables telles que la torture; et les pratiques internationales en matière de partage des renseignements suite aux événements du 11 septembre 2001. Ayant examiné chacun des passages expurgés et sachant que le seuil à observer pour établir la pertinence de renseignements est faible et enfin gardant

following paragraph of the Supreme Court decision [at paragraph 62]:

In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are excellent means of informing and educating concerned members of the public.

After all, the Commissioner clearly identified redacted information as being relevant for the purposes of his Report. Surely such an opinion carries some weight. When dealing with the analysis for each redacted part, the relevance thereof in relation to the particulars in question might be commented on and it may be of some significance when considering the public interest in disclosure versus the public interest in non-disclosure, if the disclosure of the information were found to be injurious.

(A) Passages referring to a country with a poor human rights record, Syria, a “confession” by Mr. El Maati where the information was used in applications for search and telephone warrants and recommendations made by the Commissioner (Analysis and Recommendations) [***]

[16] In the following analysis, I shall deal with three redacted passages, two of which are of a substantial nature, dealing with a search warrant application (January 2002) and a telephone warrant application (September 2002). The third passage only refers to a title in the table of contents of the Analysis and Recommendations

à l'esprit les propos tenus par le juge Cory de la Cour suprême sur l'importance des commissions d'enquête qu'il a prononcés dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, je conclus à la pertinence des passages expurgés à des fins de renvoi. Je cite le paragraphe suivant de l'arrêt de la Cour suprême [au paragraphe 62] :

Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

Après tout, le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport. Son avis en la matière n'est certainement pas anodin. Dans l'analyse de chaque passage expurgé, la pertinence en relation avec les détails en question peut faire l'objet de commentaires et elle peut avoir une certaine importance lors de l'examen des raisons d'intérêt public justifiant la divulgation par opposition aux raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation, si la divulgation des renseignements était déclarée préjudiciable.

A) Passages faisant référence à un pays qui a de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne, la Syrie, à une « confession » de M. El Maati dont les renseignements ont été utilisés dans des demandes de mandats de perquisition et de mandats pour la collecte de relevés téléphoniques et aux recommandations du commissaire (Analyse et recommandations) [***]

[16] Dans l'analyse qui suit, j'examine trois passages expurgés, dont deux sont importants, visant une demande de mandat de perquisition (janvier 2002) et une demande de mandat pour la collecte de relevés téléphoniques (septembre 2002). Le troisième passage ne renvoie qu'à un titre de la table des matières du volume intitulé

volume, and shall be included by reference to the conclusions of the two main passages.

[17] In summary, the first passage refers to search warrant applications (January 2002) sought and obtained by the RCMP, which referred to an unnamed country with a poor human rights record and contained damaging information collected from a confession of Mr. El Maati while in Syrian custody. In the Commissioner's comment, the warrant application did not mention Syria's human rights record or the fact that the information might have been obtained from torture and no reliability evaluation of such information was done.

[18] First, the question at issue is whether disclosing this information would be injurious to international relations, national security or national defence. As noted, the information in question refers to a confession made by Mr. El Maati to Syrian Military Intelligence (SMI). The Attorney General objects to disclosure of this information on the following grounds:

- The information relied on to obtain search warrants originated with SMI. Therefore, such information could affect our international relations and is protected by the third-party rule.

- [***].

[19] As an aside, the evidence shows that the confession was obtained by the RCMP directly from the head of the SMI in July 2002 without a caveat not to disclose. [***].

[20] The Attorney General also submits that disclosing such limited factual information would not give the big picture of the actions of Canadian officials, since other factual information which cannot be disclosed for national security reasons would give the public a more realistic picture. The protected factual information is the following:

Analyse et recommandations, et est incorporé par renvoi aux conclusions relatives aux deux principaux passages.

[17] En résumé, le premier passage vise des demandes de mandats de perquisition (janvier 2002) présentées et obtenues par la GRC, qui se rapportaient à un pays non désigné ayant de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne et qui contenaient des renseignements qui pouvaient causer du tort, recueillis dans une confession de M. El Maati alors qu'il était détenu en Syrie. Dans le commentaire du commissaire, la demande de mandats ne mentionnait pas les antécédents de la Syrie en matière de respect des droits de la personne ou le fait que les renseignements pouvaient avoir été obtenus sous la torture et aucune évaluation de fiabilité de ces renseignements n'a été effectuée.

[18] Premièrement, la question en litige est celle de savoir si la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la sécurité ou à la défense nationales. Tel qu'il a été souligné, les renseignements en cause font référence à une confession faite par M. El Maati au Renseignement militaire syrien (le RMS). Le procureur général s'oppose à la divulgation de ces renseignements pour les motifs suivants :

- Les renseignements sur lesquels se fondaient les demandes de mandats de perquisition provenaient du RMS. En conséquence, ces renseignements pourraient porter atteinte à nos relations internationales et sont protégés par la règle des tiers.

- [***].

[19] Par ailleurs, la preuve montre que la GRC a obtenu la confession directement du responsable du RMS en juillet 2002, sans réserve de non-divulgation. [***].

[20] Le procureur général soutient également que la divulgation de ces renseignements factuels limités ne peindrait pas l'ensemble des actions des responsables canadiens, puisque d'autres renseignements factuels qui ne peuvent être divulgués pour des raisons de sécurité nationale donneraient au public un tableau plus réaliste. Les renseignements factuels protégés sont les suivants :

- Mr. El Maati was independently identified by CSIS as a potential threat to Canada's national security.
- [***].
- [***].
- The RCMP was able to confirm that Mr. El Maati took flying lessons at the Buttonville Airport.
- Mr. El Maati's last will and testament was subsequently seized from his residence and made reference to seeking a certificate of martyrdom.
- The time frame in which Mr. El Maati prepared his last will and testament was consistent with the events described in his alleged confession, such as the receipt of instructions from his brother Amar to start training for the mission.
- [***].
- Intelligence received in confidence from US authorities regarding the circumstances of Mr. El Maati's attempt to enter the United States in August 2001 (beyond what was already in the public domain), when he was found in possession of a map of Tunney's Pasture, [***].
- [***].
- Le SCRS a identifié de manière indépendante M. El Maati comme menace éventuelle pour la sécurité nationale du Canada.
- [***].
- [***].
- La GRC a été en mesure de confirmer que M. El Maati a suivi des leçons de pilotage à l'aéroport de Buttonville.
- Le testament de M. El Maati a été par la suite saisi à sa résidence et mentionnait la sollicitation d'un certificat de martyr.
- La période au cours de laquelle M. El Maati a rédigé son testament correspondait aux événements décrits dans sa confession alléguée, tels que la réception de directives de la part de son frère Amar de commencer à s'entraîner pour la mission.
- [***].
- Les informations reçues à titre confidentiel des autorités américaines concernant les circonstances de la tentative de M. El Maati d'entrer aux États-Unis en août 2001 (au-delà de ce qui était déjà du domaine public), lorsqu'il a été trouvé en possession d'une carte de Tunney's Pasture, [***].
- [***].

[21] There is evidence on the public record that the SMI used torture to obtain confessions and that in August 2002, Mr. El Maati told a Canadian consular officer in Egypt that he was tortured and forced to give a false confession while detained in Syria. The record also shows that the Commission appointed a fact finder, Professor Stephen J. Toope, who concluded in 2005 in a report for the Commissioner (the Toope Report [Canada. Commission of Inquiry into the Action of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of Professor Stephen J. Toope – Fact Finder*, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/ToopeReport_final.pdf>]) that Mr. Arar and Mr. El Maati had been tortured while detained by the SMI. It found that Mr. El

[21] Le dossier public contient des éléments de preuve selon lesquels le RMS recourait à la torture pour obtenir des confessions et qu'en août 2002, M. El Maati a déclaré à un agent consulaire canadien en Égypte qu'il avait été torturé et forcé de faire une fausse confession alors qu'il était détenu en Syrie. Le dossier indique également que la Commission a nommé un enquêteur, le professeur Stephen J. Toope, qui a conclu en 2005, dans un rapport à l'intention du commissaire (le rapport Toope [Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport du P^r Stephen J. Toope – Enquêteur*, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/ToopeReport_final_fr.pdf>]), que M. Arar et M. El Maati avaient été

Maati's description of torture while detained by the SMI was "convincing". [***]. Furthermore, after this report was published, the Minister of Foreign Affairs, who was then Mr. Pierre Pettigrew, publicly called the Syrian Ambassador to express concerns about the mistreatment of Canadians, pressed Syria to prosecute the ones responsible for "torturing Arar" and said that "all those people should be convicted".

[22] In his decision dated April 4, 2006, the Commissioner explains his reasons for concluding that the release of such a carefully worded passage would not be injurious. Among his reasons, he considers this information important for a recommendation in his report. In Chapter IX of the Analysis and Recommendations volume, the Commissioner recommends that when information is obtained from a country with a poor human rights record, the information should be identified as such and steps should be taken to assess its reliability. Furthermore, he recommends that reliability assessments should be updated from time to time and the most current assessments should be used by all Canadian agencies that handle such information or share it with other agencies.

[23] On this redaction, I come to the same conclusion as the Commissioner. I do not think that disclosing such information would be injurious to Canada's international relations, national security or national defence. Even if it were found to be injurious, I think that the public interest in disclosure prevails over the public interest in non-disclosure. My reasons are to be found in the following paragraphs.

[24] I do not think that the third-party rule can help to justify an objection to disclosure. In July 2002, the head of the SMI gave the information (the confession) to the RCMP without mentioning verbally or in writing that non-disclosure should apply. [***]. On the other hand,

torturés pendant leur détention par le RMS. Le rapport concluait que la description de la torture faite par M. El Maati alors qu'il était détenu par le RMS était « convaincante ». [***]. De plus, après la publication de ce rapport, le ministre des Affaires étrangères d'alors, M. Pierre Pettigrew, a publiquement appelé l'ambassadeur de Syrie pour exprimer ses préoccupations à propos des mauvais traitements infligés à des Canadiens, a insisté que la Syrie poursuive les responsables de la [TRADUCTION] « torture de M. Arar » et a déclaré que [TRADUCTION] « toutes ces personnes devraient être déclarées coupables ».

[22] Dans sa décision datée du 4 avril 2006, le commissaire explique les motifs pour lesquels il a conclu que la divulgation d'un passage libellé avec autant de soin ne serait pas préjudiciable. Parmi ses motifs, il estime que ces renseignements sont importants pour une recommandation de son rapport. Au chapitre IX du volume Analyse et recommandations, le commissaire recommande que l'information reçue de pays qui ont des antécédents douteux en matière de respect des droits de la personne soit identifiée en conséquence et que des mesures soient prises pour en évaluer la fiabilité. Il recommande en outre que les évaluations de la fiabilité devraient être actualisées de temps à autre, et les évaluations les plus récentes devraient être mises à la disposition de tous les organismes canadiens qui utilisent une telle information ou la communiquent à d'autres organismes.

[23] En ce qui a trait à ce passage expurgé, j'arrive à la même conclusion que le commissaire. Je ne crois pas que la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la sécurité ou à la défense nationales du Canada. Même si la divulgation était déclarée préjudiciable, j'estime que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation. Les paragraphes suivants contiennent mes motifs à ce sujet.

[24] Je ne crois pas que la règle des tiers puisse aider à justifier une opposition à la divulgation. En juillet 2002, le responsable du RMS a donné l'information (la confession) à la GRC sans mentionner verbalement ou par écrit que la non-divulgation devrait s'appliquer dans ce cas.

they might have taken the position that a caveat was no longer necessary.

[25] In any event, the presence or absence of a caveat has little meaning now because the redacted information is already in the public domain. The declaration of Mr. El Maati about his detention and torture, the conclusions of the Toope Report, and the statement of the then-Minister of Foreign Affairs and International Trade commenting on the torture of Canadians, including Mr. Arar and Mr. El Maati, all show that the redacted passage, as written, does not disclose any sensitive new information that is potentially injurious.

[26] In response to the argument of the Attorney General that releasing such limited information would not report this matter fully in that it would not give a complete depiction of the actions of the Canadian officials involved, and that it could mislead the public, my reading of the contents of the redaction is that the Commissioner, for the purposes of making recommendations, wants to show that a search warrant application did not contain pertinent information on the human rights record of a country and the reliability of the information collected by that country. The objective of the redaction is not to give information on Mr. El Maati's factual situation but on the process followed to obtain the search warrant. If the purpose of the disclosure was of a different nature, it might be that a larger factual picture would be required, but this is not what is objectively being sought by the Commissioner. Having read the redaction as written, I conclude that it does not mislead the public but that it only informs sufficiently to meet the objective of the Commissioner's recommendations. Careful readers will note the utility of the protected passage to a full understanding of the recommendations.

[27] Note as well that the wording of the redaction contains the opinion of the Commission, not the opinion of the Government of Canada, when it says that the country has a poor human rights record and that the information was possibly obtained from torture. On this, Mr. Daniel Livermore, an affiant for the applicant, who was Director General, Bureau of Security and Intelligence

[***]. Par ailleurs, le RMS pouvait avoir adopté la position selon laquelle une réserve n'était plus nécessaire.

[25] Quoi qu'il en soit, la présence ou l'absence de réserve est maintenant peu importante en ce que les renseignements expurgés sont déjà du domaine public. La déclaration de M. El Maati à propos de sa détention et de la torture, les conclusions du rapport Toope et la déclaration du ministre des Affaires étrangères et du Commerce international d'alors sur la torture de Canadiens, notamment M. Arar et M. El Maati, indiquent tous que le passage expurgé, tel que rédigé, ne divulgue pas de nouveaux renseignements sensibles qui sont potentiellement préjudiciables.

[26] En réponse à l'argument du procureur général selon lequel la communication de tels renseignements limités ne présenterait pas un tableau complet de la situation en ce qu'elle ne décrirait pas entièrement les actions des responsables canadiens concernés et qu'elle pourrait tromper le public, selon mon interprétation du contenu du passage expurgé, le commissaire, aux fins de formuler des recommandations, souhaite montrer qu'une demande de mandat de perquisition ne contenait pas des informations pertinentes sur les antécédents d'un pays en matière de respect des droits de la personne et la fiabilité de l'information recueillie par ce pays. Le passage expurgé ne vise pas à donner des renseignements sur la situation factuelle de M. El Maati, mais sur le processus suivi pour obtenir le mandat de perquisition. Si l'objectif de la divulgation était différent, il se peut qu'un tableau factuel plus complet soit nécessaire, mais cela n'est pas ce que recherche le commissaire objectivement. Ayant lu le passage expurgé tel que rédigé, je conclus qu'il ne trompe pas le public mais qu'il donne simplement suffisamment d'informations pour atteindre l'objectif des recommandations du commissaire. Le lecteur attentif notera l'utilité du passage protégé pour comprendre pleinement les recommandations.

[27] Il convient également de noter que le libellé du passage expurgé contient l'opinion de la Commission, non l'opinion du gouvernement du Canada, lorsqu'il indique que le pays a des antécédents douteux en matière de respect des droits de la personne et que les renseignements ont possiblement été obtenus sous la torture. À ce sujet, M. Daniel Livermore, le souscripteur d'un

in Foreign Affairs and International Trade Canada from 2002 to 2006, saw no problem if the Commission expressed such an opinion:

Question: And if the Commission, in general terms, would say “a” country has a poor human rights record, without being specific about the name of the country, would that be a problem?

Answer: I don’t think that would be a problem, and I could make it more specific too. We would certainly not have a problem if the Commission were to say that Syria and Jordan had poor human rights records either.

[28] This is just what the redacted passage in question does. Therefore, the evidence as presented by the Attorney General does not permit a conclusion that the disclosure of this passage would be injurious to our international relations or national security or would breach the third-party rule. The burden has not been met.

[29] Having said that, even if the disclosure of the redaction caused some injury to our international relations or our national security, the interest in public disclosure prevails over the public interest in non-disclosure.

[30] The facts surrounding the contents of the redaction indicate that Syria may well not have seen the information as requiring a protection not to disclose. [***].

[31] The record also shows that Mr. El Maati’s account of torture while detained in Syria was “convincing”, in the opinion of Professor Toope, and that it is public knowledge that Syria tortures detainees.

[32] Finally, as noted above, the Commission recommends that if Canada obtains information from a country with a poor human rights record, this fact must be made known and taken into account, and that the country’s

affidavit pour le demandeur, qui occupait le poste de directeur général de la Direction générale de la sécurité et du renseignement à Affaires étrangères et Commerce international Canada, de 2002 à 2006, ne voyait aucun inconvénient à ce que la Commission exprime une telle opinion :

[TRANSLATION]

Question : Et si la Commission, en termes généraux, devait dire qu’« un » pays a de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne, sans être précis quant au nom du pays, cela constituerait-il un problème?

Réponse : Je ne crois pas que cela serait un problème. Et je pourrais être également plus précis. Nous n’aurions certainement pas de problème non plus si la Commission devait dire que la Syrie ou la Jordanie avaient de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne.

[28] Voilà exactement ce que le passage expurgé en question fait. En conséquence, la preuve présentée par le procureur général ne permet pas de conclure que la divulgation de ce passage serait préjudiciable à nos relations internationales ou à la sécurité nationale ou qu’elle violerait la règle des tiers. La preuve produite est insuffisante.

[29] Cela dit, même si la divulgation du passage expurgé portait un certain préjudice à nos relations internationales ou à notre sécurité nationale, les raisons d’intérêt public qui militent pour la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui s’y opposent.

[30] Les faits entourant le contenu du passage expurgé étaient que la Syrie peut très bien ne pas avoir jugé que les renseignements nécessitent la protection de la non-divulgation. [***].

[31] Le dossier indique également que le récit de M. El Maati concernant la torture subie alors qu’il était détenu en Syrie était « convaincant », de l’avis du professeur Toope, et qu’il est de notoriété publique que la Syrie torture les détenus.

[32] Enfin, tel qu’il a été mentionné ci-dessus, la Commission recommande que si le Canada obtient de l’information d’un pays ayant un piètre dossier en matière de respect des droits de la personne, ce fait doit être

condition and record must be assessed periodically. Although a recommendation in itself is not a justification to disclose protected information, it can certainly be taken into consideration.

[33] On the other hand, the public interest in non-disclosure is not supported by the facts of this case. The Syrians did not seek protection under the third-party rule when they gave the information to the Canadian agency. [***]. There is ample evidence of Syria's poor human rights record. The Minister of Foreign Affairs criticized Syria for torturing two individuals in detention there. When weighing all these factors in favour of one interest over another, it is natural to conclude that there is a higher public interest in disclosure.

7.6.3.7

Application for telephone warrant ... in September 2002, the RCMP filed an application for telephone warrant

Analysis and Recommendations, p. 87 (page 127)

[34] As can be seen from this second redacted passage, it is more informative than the previous one. It refers to Syria, a country with a poor human rights record, to Mr. El Maati's confession which included some damaging facts and to the telephone warrant application presented in September 2002. The RCMP stated that the information on Mr. El Maati was accurate and true, without any further comment; the fact that he stated that he was tortured was not documented and that important information was not given to the judge. In particular, the warrant application of September 2002 does not comment on:

- the human rights record of Syria;
- the public record of torture by the SMI;

connu et pris en compte et la situation et le dossier du pays doivent être évalués régulièrement. Bien qu'une recommandation ne constitue pas en soi une justification de la divulgation de renseignements protégés, elle peut certainement être prise en compte.

[33] Par ailleurs, les faits de la présente affaire n'appuient pas les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation. Les Syriens n'ont pas demandé la protection des renseignements en vertu de la règle des tiers lorsqu'ils ont donné l'information à l'organisme canadien. [***]. De nombreux éléments de preuve font état du mauvais dossier de la Syrie en matière de respect des droits de la personne. Le ministre des Affaires étrangères a critiqué la Syrie pour avoir torturé deux personnes qui y étaient détenues. Lors de la pondération de tous ces facteurs en faveur d'un intérêt par opposition à un autre, il est naturel de conclure qu'il existe des raisons d'intérêt public plus importantes qui justifient la divulgation.

7.6.3.7

Demande de mandat pour la collecte de relevés téléphoniques ... En septembre 2002, la GRC a présenté une demande de mandat pour la collecte de relevés téléphoniques [...]

Analyse et recommandations, p. 87 (page 137)

[34] Tel qu'il appert de ce deuxième passage expurgé, celui-ci contient plus d'informations que le précédent. Il fait référence à la Syrie, un pays ayant de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne, à la confession de M. El Maati qui contenait certains faits préjudiciables et à la demande de mandat pour la collecte de relevés téléphoniques présentée en septembre 2002. La GRC a déclaré que l'information concernant M. El Maati était exacte et continuait de se vérifier, sans autre commentaire; le fait qu'il a déclaré avoir été torturé n'était appuyé par aucun document et cette information importante n'a pas été fournie au juge. Plus particulièrement, la demande de mandat de septembre 2002 ne contient pas d'observations sur les éléments suivants :

- le bilan de la Syrie en matière de respect des droits de la personne;
- le dossier public de la torture infligée par le RMS;

- Mr. El Maati being in good physical condition in August 2002, not November 2001, the time the confession was given to the SMI.

[35] On this redaction, I come to the same conclusion as the previous one for the same reasons as before and the following reasons as well.

[36] This warrant application is for telephone intercepts, not searches. The application was made in September 2002 and the RCMP had obtained Mr. El Maati's confession from the head of the SMI in July 2002. As indicated before, the information was communicated without a non-disclosure caveat. [***]. This redaction is more detailed than the previous one. It refers to Mr. El Maati and some of his confession, but his declaration that he was tortured while detained in Syria is not mentioned and there is a statement by the RCMP that it had corroborating information to support the confession. It remains that the application did not state whether or not Mr. El Maati was tortured when he made his confession, but that when he was interviewed by Foreign Affairs in August 2002, he appeared to be in good condition.

[37] For the reasons given before, the claim for the third-party non-disclosure rule with respect to Syria cannot stand since Mr. El Maati's confession document was given by the head of the SMI without a non-disclosure caveat (explicit or otherwise).

[38] No doubt, such a comment by the Commissioner can affect the RCMP's reputation, but such a situation should not be seen as protection from disclosure on the grounds of international relations, the third-party rule or national security. Embarrassment may result from disclosing such information, but national security may not be invoked to protect one from such embarrassment.

[39] Finally, as the Commissioner explained, the Commission's role under its terms of reference is to make

- le bon état de santé de M. El Maati en août 2002, non en novembre 2002, moment où la confession a été faite au RMS.

[35] Quant à ce passage expurgé, j'en arrive à la même conclusion que la conclusion précédente pour les mêmes motifs mentionnés ci-dessus, de même que pour les motifs suivants.

[36] Cette demande de mandat vise l'interception de transmissions téléphoniques, non des perquisitions. La demande a été présentée en septembre 2002 et la GRC a obtenu la confession de M. El Maati de la part du responsable du RMS en juillet 2002. Tel qu'il a été indiqué auparavant, l'information a été communiquée sans réserve de non divulgation. [***]. Ce passage expurgé est plus détaillé que le précédent. Il fait référence à M. El Maati et à une partie de sa confession, mais la déclaration selon laquelle il a été torturé pendant sa détention en Syrie n'est pas mentionnée. De plus, le passage contient une déclaration de la GRC indiquant qu'elle possédait de l'information permettant de corroborer la confession. Il n'en demeure pas moins que la demande n'a pas indiqué si M. El Maati a été torturé ou non lorsqu'il a fait sa confession, mais que lorsqu'il a été interviewé par les Affaires étrangères en août 2002, il semblait en bonne santé.

[37] Pour les motifs prononcés ci-dessus, l'argument concernant la non-divulgation en vertu de la règle des tiers à l'égard de la Syrie ne peut être retenu puisque le document de la confession de M. El Maati a été remis par le responsable du RMS sans réserve de non-divulgation (explicite ou autrement).

[38] Il ne fait pas de doute qu'un tel commentaire de la part du commissaire peut avoir une incidence sur la réputation de la GRC, mais une telle situation ne devrait pas être considérée comme une protection contre la divulgation en raison des relations internationales, de la règle des tiers ou de la sécurité nationale. La divulgation de ces renseignements peut causer de l'embarras, mais la sécurité nationale ne peut pas être invoquée pour se protéger d'un tel embarras.

[39] Enfin, comme l'a expliqué le commissaire, en vertu de son mandat, la Commission a pour rôle de faire

recommendations based on facts gathered during the investigation. Without facts, there can be no meaningful recommendations. Unless strong considerations of international relations or national security indicate otherwise, the Commissioner must be able to associate facts with the pertinent recommendations. This is what he has done and this is what the contents of the redaction show. For the reasons given above for the previous and present redactions, no injury can be identified, and even if there were injury, the public interest in disclosure must prevail for the reasons already mentioned in the analysis of the previous redacted passage.

(B) Passages referring to CIA and FBI interest in Project A-O Canada and the interaction with the RCMP and to a lesser degree CSIS

Volume I [Factual Background]: [***]

Volume II [Factual Background]: [***]

[Analysis and Recommendations]: [***]

[40] For the purpose of the following analysis and as an opening comment, this application is to be treated separately from other section 38 files. The establishment of the Commission by the Government has created an unusual situation which does not necessarily and automatically apply to other applications under section 38. Each case must be looked at individually, in light of the particular circumstances. A commission of inquiry, because of its fact-finding duties, does disclose facts that would not normally be revealed. The present application has to be assessed in that light, keeping in mind that in conventional circumstances certain principles sometimes have to be protected, such as the collaboration of intelligence and law enforcement agencies.

[41] It is the position of the Attorney General that there should be no mention of the CIA's interaction with CSIS' investigation or Project A-O Canada, the RCMP and the

des recommandations fondées sur des faits recueillis au cours de l'enquête. En l'absence de faits, il ne peut y avoir de recommandations valables. À moins que d'importantes considérations en matière de relations internationales ou de sécurité nationale n'indiquent le contraire, le commissaire doit être en mesure de lier les faits aux recommandations applicables. Voilà ce qu'il a fait et c'est ce que le contenu du passage expurgé indique. Pour les motifs prononcés ci-dessus à l'égard du passage expurgé précédent et du récent passage expurgé, aucun préjudice ne peut être déterminé, et même en présence de préjudice, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation doivent l'emporter pour les motifs déjà prononcés dans l'analyse du passage expurgé précédent.

B) Passages faisant référence à l'intérêt de la CIA et du FBI à l'égard du Projet A-O Canada et à l'interaction avec la GRC et dans une moindre mesure avec le SCRS

Volume I [Les faits] : [***]

Volume II [Les faits] : [***]

[Analyse et recommandations] : [***]

[40] Aux fins de l'analyse qui suit et en guise d'observation préliminaire, la présente demande doit être traitée séparément des autres dossiers relatifs à l'article 38. La mise sur pied de la Commission par le gouvernement a créé une situation inhabituelle qui ne s'applique pas nécessairement et automatiquement aux autres demandes présentées en vertu de l'article 38. Chaque cas doit être examiné individuellement, à la lumière des circonstances qui lui sont propres. Une commission d'enquête, en raison de ses fonctions d'appréciation des faits, divulgue en effet des faits qui ne seraient pas habituellement communiqués. La présente demande doit être appréciée dans ce contexte, tout en gardant à l'esprit que dans des situations ordinaires certains principes doivent être parfois protégés, tels que la collaboration entre les services de renseignement et les organismes d'application de la loi.

[41] Selon la position du procureur général, il ne devrait y avoir aucune mention de l'interaction de la CIA avec l'enquête du SCRS ou le Projet A-O Canada, de

FBI's interest in such an investigation or the interaction with the two Canadian agencies.

[42] The Canadian public knows that there is some interaction between Canadian and American agencies. This is in the public domain, especially since 9/11. It is expected that they have some ongoing relations. It would not be in the interest of either country if they did not interact.

[43] A reading of the public Report of the Commission shows numerous references to the CIA and the FBI, for many considerations and reasons. In fact, the CIA is mentioned 10 times in [Factual Background] Volume I, 9 times in [Factual Background] Volume II and 5 times in [the Analysis and Recommendations] volume of the Report, while the FBI is mentioned 257 times in Vol. I, 20 times in Volume II and 77 times in [the Analysis and Recommendations] volume.

[44] As noted in the Commissioner's decision of July 6, 2006, the interest of the CIA and the FBI in the Arar investigation and others is already officially in the public domain in such a way as to indicate a certain relationship of both American agencies with their Canadian counterparts. Through an access to information request, the Government released an expurgated briefing note to the Solicitor General dated June 27, 2003, approved by Assistant Commissioner R. Proulx of the RCMP. This briefing note deals with the circumstances of Mr. Arar's deportation to Syria. Among other things, this document reveals that:

- Mr. Arar was one of the persons in the RCMP's sights as part of a large national security investigation in partnership with other Canadian agencies following the September 11 incidents. He was a peripheral subject of investigation.

- The information developed by the Canadian investigation concerning U.S. linkages was shared with American authorities.

l'intérêt de la GRC et du FBI à l'égard de cette enquête ou de l'interaction avec les deux organismes canadiens.

[42] Les Canadiens savent qu'il y a une certaine interaction entre les organismes canadiens et américains. Cela est du domaine public, plus particulièrement depuis les événements du 11 septembre 2001. On s'attend à ce qu'il y ait des relations continues. Si les deux pays n'avaient pas d'interaction, cela ne serait pas dans leur intérêt.

[43] La lecture du rapport public de la Commission contient de nombreuses mentions de la CIA et du FBI, pour plusieurs considérations et raisons. En effet, la CIA est mentionnée à 10 reprises dans [Les faits] volume I, à 9 reprises dans [Les faits] volume II et à 5 reprises dans le volume [intitulé Analyse et recommandations], tandis que le FBI est mentionné 257 fois dans [Les faits] volume I, 20 fois dans [Les faits] volume II et 77 fois dans le volume [intitulé Analyse et recommandations].

[44] Comme l'a souligné le commissaire dans sa décision du 6 juillet 2006, l'intérêt de la CIA et du FBI à l'égard de l'enquête concernant M. Arar et d'autres personnes est déjà officiellement du domaine public de manière à indiquer une certaine relation entre les deux organismes américains et leurs homologues canadiens. En raison d'une demande d'accès à l'information, le gouvernement a communiqué une note d'information destinée au procureur général et datée du 27 juin 2003, approuvée par le commissaire adjoint R. Proulx de la GRC. Cette note d'information vise les circonstances de l'expulsion de M. Arar vers la Syrie. Entre autres choses, ce document révèle les éléments suivants :

- M. Arar était l'une des personnes dans la ligne de mire de la GRC dans le cadre d'une importante enquête de sécurité nationale en partenariat avec d'autres organismes canadiens à la suite des événements du 11 septembre 2001. Il était un sujet périphérique d'enquête.

- L'information découlant de l'enquête canadienne concernant les liens avec les États-Unis a été partagée avec les autorités américaines.

- On October 3, 2002, both the CIA and the FBI requested the RCMP's assistance in acquiring any information to support criminal charges against Mr. Arar in the United States.

- Mr. Arar was currently the subject of a national security investigation in Canada and a subject of interest.

[45] This information clearly indicates that the CIA and the FBI had an interest in Mr. Arar and that they were seeking information from the RCMP. Therefore, this indicates interest and interaction between intelligence and law enforcement agencies. This information is known publicly and the evidence indicates that at no time did the FBI or the CIA complain about such disclosure. During the cross-examinations of some of the affiants for the Attorney General, it was mentioned that such information should not have been made public and that it was an error to do so. The Government did not officially indicate that this disclosure was an error and that the privilege should remain. It is significant that this briefing note was filed as a public exhibit with the inquiry and that *viva voce* evidence was heard on this exhibit in a public hearing. It was disclosed through legal means and is now part of the public record.

[46] Deputy Commissioner Loeppky (now retired) of the RCMP also dealt with the relationship between the CIA, CSIS and the RCMP when he publicly testified for the Commission on July 6, 2004. He recognized that when information of criminal activity was at issue, the CIA had dealings with the RCMP, but that CSIS had the prime responsibility for liaising with the CIA. This information confirms the general perception of Canadians insofar as the CIA's relationship to the RCMP and CSIS is concerned.

[47] [***].

[48] How can the disclosure of this particular singular interaction between the agencies be injurious when it is already known that they have such a relationship? How can there be injurious consequences, considering that the known interaction is already public and that the evidence

- Le 3 octobre 2002, la CIA et le FBI ont tous deux demandé l'aide de la GRC pour obtenir des renseignements visant à étayer des accusations criminelles contre M. Arar aux États-Unis.

- M. Arar faisait à ce moment-là l'objet d'une enquête de sécurité nationale au Canada et était un sujet d'intérêt.

[45] Ces renseignements indiquent clairement que la CIA et le FBI s'intéressaient à M. Arar et qu'ils cherchaient de l'information auprès de la GRC. Cela indique donc un intérêt et une interaction entre services du renseignement et organismes d'application de la loi. Cette information est de notoriété publique et la preuve indique qu'à aucun moment le FBI ou la CIA ne s'est plaint de cette divulgation. Au cours du contre-interrogatoire de certains souscripteurs d'affidavit pour le compte du procureur général, il a été mentionné que cette information n'aurait pas dû être rendue publique et qu'il avait été une erreur de le faire. Le gouvernement n'a pas officiellement indiqué que cette divulgation était une erreur et que la confidentialité devrait être maintenue. Il est significatif que cette note d'information ait été déposée comme pièce publique lors de l'enquête et qu'un témoignage ait été entendu au sujet de cette pièce à l'occasion d'une audience publique. Elle a été communiquée selon des moyens légaux et fait maintenant partie du dossier public.

[46] Le sous-commissaire Loeppky (maintenant à la retraite) de la GRC a également traité de la relation entre la CIA, le SCRS et la GRC lors de son témoignage public à la Commission le 6 juillet 2004. Il a reconnu que lorsque des renseignements d'activité criminelle sont en cause, la CIA a des rapports avec la GRC, mais que le SCRS est le principal responsable de la liaison avec la CIA. Cette information confirme la perception générale des Canadiens dans la mesure où la relation de la CIA avec la GRC et le SCRS est concernée.

[47] [***].

[48] Comment la divulgation d'une seule interaction particulière entre les organismes peut-elle être préjudiciable lorsqu'il est déjà connu qu'ils ont une telle relation? Comment peut-il y avoir des conséquences préjudiciables, compte tenu que l'interaction connue est déjà publique et

shows that there was no reaction to such disclosure? Therefore, I cannot conclude that the disclosure of such interaction showing the interest of American agencies in this investigation would be injurious to our international relations or national security.

[49] Having said that, even if it were injurious, I think that the public interest in disclosure of this information would clearly outweigh the public interest in non-disclosure. It is on the public record that both the CIA and the FBI had an interest in the investigation of Mr. Arar. It is also known that at least since September 2001, the American agencies collaborate at least occasionally with CSIS and the RCMP. Why keep this precise interaction with the American agencies secret when it is already common knowledge? From the Solicitor General's briefing note and the testimony of Deputy Commissioner Loeppky, it is officially known that this was the reality. It is also worth noting that one redacted passage among others ([Analysis and Recommendations] volume, page 50 (75)) discloses a factual situation (the RCMP's lack of experience in dealing with the CIA), which is clearly in line with some of the Commissioner's recommendations (see public Report, Analysis and Recommendations, summary of recommendations, page 364 and following).

[50] A last minute oral argument was made by the Attorney General to the effect that disclosing all of these redacted passages at the same time would be injurious to our interests, relations and/or national security. First, this potential consequence is a result of the Attorney General's objections to disclosure. In itself, total disclosure does not result in injury. When, taken individually, they do not, then taken together, they should not. It is true that total disclosure will have a greater impact than partial disclosure. I suggest that this is due to the amount of information released, not the contents themselves. I have already mentioned that the interactions of the agencies are already known, that the public record already contains ample references to the American agencies, that a briefing note which is part of the Commission's evidence is legally on record and recognizes the interactions

que la preuve montre qu'il n'y a eu aucune réaction à cette divulgation? En conséquence, je ne peux pas conclure que la divulgation de cette interaction indiquant que les organismes américains s'intéressaient à cette enquête serait préjudiciable à nos relations internationales ou à la sécurité nationale.

[49] Cela dit, même en présence d'un préjudice, je crois que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation de cette information l'emporteraient largement sur les raisons d'intérêt public s'y opposant. Le dossier public indique que la CIA et le FBI s'intéressaient tous deux à l'enquête concernant M. Arar. Il est également connu qu'au moins depuis septembre 2001, les organismes américains collaborent à tout le moins à l'occasion avec le SCRS et la GRC. Pourquoi garder secrète cette interaction précise avec les organismes américains alors qu'elle est déjà de notoriété publique? Il ressort de la note d'information du procureur général et du témoignage du sous-commissaire Loeppky qu'il est officiellement tenu que cela est la réalité. Il est également utile de souligner qu'un passage expurgé parmi d'autres (volume [intitulé Analyse et recommandations], page 50 (81)) divulgue une situation factuelle (le peu d'expérience de la GRC à avoir des rapports avec la CIA), ce qui correspond clairement à certaines recommandations du commissaire (voir le rapport public, Analyse et recommandations, liste sommaire des recommandations, aux pages 397 et suivantes).

[50] Le procureur général a présenté un argument oral de dernière minute selon lequel la divulgation de tous ces passages expurgés au même moment serait préjudiciable à nos intérêts, à nos relations et (ou) à la sécurité nationale. Premièrement, cette conséquence éventuelle découle des objections du procureur général à la divulgation. En elle-même, la divulgation complète n'entraîne pas de préjudice. Lorsque les passages expurgés sont pris individuellement, ils ne causent pas de préjudice. Donc, pris ensemble, ils ne le devraient pas. Il est vrai que la divulgation de tous les passages expurgés aura une incidence plus grande qu'une divulgation partielle. À mon avis, cela est en raison de la quantité des informations communiquées et non en raison de leur contenu même. J'ai déjà mentionné que les interactions entre les agences étaient déjà connues, que le dossier public contient déjà

of the respective agencies, and one of the most senior RCMP officers described these interactions. [***].

[51] I have reviewed each redaction subject to the present determination and I am satisfied that releasing this information to the public is not injurious and that even if it were injurious, the public interest in disclosure must prevail. They do not disclose the names of human sources or staff or embassy personnel. The passages refer to interaction on Project A-O Canada investigations between U.S. and Canadian agencies. The concept of injury has to have real meaning. In this particular situation, I fail to see that real injury would result from the disclosure of such passages.

(C) Passages referring to contents of exchanges or parts thereof and assessments made by identified U.S. agencies

[***]

[52] [***].

[53] The Commissioner also considers that the assessment of Mr. Arar based on his questioning by the FBI should be disclosed since the public knows about these interviews and some of the questions used in the interviews came from the RCMP (see [***]).

[54] [***]. The Commissioner did not specifically comment on this redacted passage. I shall deal with it separately at the end of my reasons on this issue.

[55] The Commissioner in his ruling of July 6, 2006 (pages 5, 6 and 7) does not specifically state whether or not such disclosure (the two first passages) would be injurious, but he seems to rely more on “the strong public interest in disclosing” by asserting that the nature of the information is such that it is difficult to understand how the FBI could be justifiably concerned. He goes on to

de nombreux renvois aux organismes américains, qu’une note d’information qui fait partie de la preuve de la Commission a été légalement versée au dossier et qu’un des plus hauts responsables de la GRC a décrit ces interactions. [***].

[51] J’ai examiné chaque passage expurgé visé par la présente décision et je suis convaincu que la communication de ces renseignements au public n’est pas préjudiciable et que même si elle était préjudiciable, les raisons d’intérêt public justifiant la divulgation doivent l’emporter. Les renseignements ne divulguaient pas le nom de sources humaines ou de membres du personnel ou d’ambassade. Les passages font référence aux rapports entre les organismes américains et canadiens dans le cadre des enquêtes du Projet A-O Canada. La notion de préjudice se doit d’avoir une signification réelle. Dans la situation qui nous occupe précisément, je ne vois pas comment la divulgation de ces passages causerait un préjudice réel.

C) Passages faisant référence au contenu d’échanges ou parties de ceux-ci et aux évaluations faites par des organismes américains nommés

[***]

[52] [***].

[53] Le commissaire estime également que l’évaluation de M. Arar fondée sur cet interrogatoire par le FBI devrait être divulguée puisque le public est au courant de ces entrevues et que certaines des questions utilisées dans les entrevues provenaient de la GRC (voir [***]).

[54] [***]. Le commissaire n’a pas fait d’observation particulière à propos de ce passage expurgé. Je le traiterai séparément à la fin de mes motifs sur la présente question.

[55] Dans sa décision du 6 juillet 2006 (aux pages 5, 6 et 7), le commissaire n’indique pas précisément si cette divulgation (les deux premiers passages) serait préjudiciable, mais il semble se fonder plus sur [TRADUCTION] « les solides raisons d’intérêt public justifiant la divulgation » en affirmant que la nature des renseignements est telle qu’il est difficile de comprendre comment le FBI

say that the Americans themselves were not co-operative during Mr. Arar's detention in New York, breached some sacrosanct undertakings and sent Mr. Arar, a Canadian citizen, to Syria, where he was tortured and imprisoned for a year. Furthermore, he notes that the Americans declined to participate or assist in the work of the Commission and that under these circumstances they should understand the importance of such disclosure.

[56] It is the Attorney General's submission that these redacted passages disclose the CIA's involvement, their opinion of Mr. Arar and the FBI's assessment of him during his interview. These passages are protected by the third-party rule.

[57] In reference to these two specific redactions, the question at issue is whether or not disclosing such information is injurious to Canada's interests.

[58] First, it is important to note that information given under the protection of the third-party rule is held sacred by intelligence and police agencies. It is based on confidence, reliability and trust. Breaching such a rule can affect the underlying trust. For an agency to communicate its assessments and conclusions on situations or individuals to another agency indicates that such confidence, reliability and trust exist.

[59] It is important to remember that organized criminal activities are not necessarily limited to one country. Illicit operations can have implications in more than one country. History has shown that terrorist activities are not always planned in the country where the event is to take place. As a matter of fact, it is known that in order to prevent or avoid detection, the planners of terrorist activities are intentionally located in countries other than the one where the act will occur. Therefore, ongoing relationships, co-operation and exchange of information are essential to the operations of the agencies involved and to the public that needs protection.

pouvait être légitimement préoccupé. Il poursuit en déclarant que les Américains eux-mêmes n'ont pas fait preuve de collaboration pendant la détention de M. Arar à New York, ont violé des engagements sacro-saints et ont envoyé M. Arar, un citoyen canadien, en Syrie, où il a été torturé et emprisonné pendant un an. Il indique de plus que les Américains ont refusé de participer ou d'offrir leur assistance aux travaux de la Commission et que dans de telles circonstances, ils devraient comprendre l'importance d'une telle divulgation.

[56] Selon les observations du procureur général, ces passages expurgés divulguent la participation de la CIA, son opinion à propos de M. Arar et l'évaluation de M. Arar par le FBI pendant son entrevue. Ces passages sont protégés par la règle des tiers.

[57] En ce qui a trait à ces deux passages expurgés, la question en litige est celle de savoir si la divulgation de ces renseignements est préjudiciable ou non à l'intérêt du Canada.

[58] Premièrement, il est important de souligner que les services de renseignement et de police considèrent sacrée la protection de la règle des tiers. Celle-ci se fonde sur la confiance et la fiabilité. La violation d'une telle règle peut porter atteinte à la confiance sous-jacente. Lorsqu'un organisme communique son évaluation et ses conclusions concernant des situations ou des personnes à un autre organisme, cela témoigne de l'existence d'une telle confiance et fiabilité.

[59] Il est important de se rappeler que les activités criminelles organisées ne se limitent pas à un seul pays. Les activités illicites peuvent avoir des répercussions dans plus d'un pays. L'histoire a révélé que les activités terroristes ne sont pas toujours planifiées dans le pays où l'événement doit avoir lieu. En effet, il est connu que pour empêcher ou éviter d'être détectés, ceux qui planifient des activités terroristes se trouvent intentionnellement dans d'autres pays que celui où l'action aura lieu. Par conséquent, des relations soutenues, la collaboration et l'échange de renseignements sont essentiels pour les activités des organismes intéressés et pour le public qui a besoin d'être protégé.

[60] Canadian agencies require the participation of foreign law enforcement and intelligence agencies to support their investigations. As a matter of fact, Canadian agencies rely on such sources of information when investigating national security activities. It is a recognized fact that Canada imports far more information from agencies based in other countries than it gives them in return. In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, Madam Justice Arbour writing for the Court clearly recognized at paragraph 44, that situation of dependency when she referred in her analysis to the evidence filed on behalf of the Solicitor General and commented on by the Trial Judge [[1996] 3 F.C. 134 (T.D.)]:

The mandatory *ex parte in camera* provision is designed to avoid the perception by Canada's allies and intelligence sources that an inadvertent disclosure of information might occur, which would in turn jeopardize the level of access to information that foreign sources would be willing to provide. In her reasons, Simpson J. reviewed five affidavits filed by the respondent from CSIS, the RCMP, the Department of National Defence ("DND"), and two from the Department of External Affairs ("DEA"). These affidavits emphasize that Canada is a net importer of information and the information received is necessary for the security and defence of Canada and its allies. The affidavits further emphasize that the information providers are aware of Canada's access to information legislation. If the mandatory provisions were relaxed, all predict that this would negatively affect the flow and quality of such information. This extract from one of the affidavits from the DEA is typical:

Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for instance, the United States, the United Kingdom or France. Canada does not have the same quantity or quality of information to offer in exchange for the information received from the countries which are our most important sources. If the confidence of these partners in our ability to protect information is diminished, the fact that we are a relatively less important source of information increases our vulnerability to having our access to sensitive information cut off.

... Without these extra procedural protections [the mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provided for in s. 51] the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in

[60] Les organismes canadiens ont besoin de la participation d'agences étrangères de renseignement et d'application de la loi pour appuyer leurs enquêtes. En effet, les organismes canadiens s'appuient sur ces sources d'information lorsqu'ils enquêtent sur des activités de sécurité nationale. Il est reconnu que le Canada importe beaucoup plus de renseignements d'organismes situés dans d'autres pays qu'il leur en fournit en retour. Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, la juge Arbour, se prononçant pour la Cour suprême, a clairement reconnu cette situation de dépendance au paragraphe 44, lorsqu'elle a mentionné dans son analyse la preuve déposée pour le compte du solliciteur général et à l'égard de laquelle le juge du procès a fait des commentaires [[1996] 3 C.F. 134 (1^{re} inst.)]:

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays. Dans ses motifs, madame le juge Simpson a examiné cinq affidavits déposés par l'intimé, trois ayant été établis par le SCRS, la GRC et le ministère de la Défense nationale (« MDN ») respectivement, et deux par le ministère des Affaires étrangères (« MAE »). Les auteurs de ces affidavits insistent sur le fait que le Canada est un importateur net d'information et que l'information recueillie est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. Ils ajoutent que les sources de renseignements connaissent les dispositions législatives canadiennes en matière d'accès à l'information. Tous affirment que l'assouplissement des dispositions impératives aurait un effet néfaste sur la circulation des renseignements et la qualité de ceux-ci. L'extrait suivant de l'un des affidavits du MAE est représentatif :

[TRADUCTION] Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'évaluer l'information que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées.

[...] À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d'ordre procédural [la tenue obligatoire d'une audience à huis clos et le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie, prévus à l'art. 51], les protections [substantielles

value. The confidence in foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

[61] To maintain the steady flow of information among them, law enforcement and intelligence agencies have historically relied on the third-party rule. This rule is an understanding among them that the party providing the information controls the subsequent disclosure and use of the information beyond the receiving party. [***]. The recipient of the information cannot disclose the information, or if there is a need to disclose it to a third party, the recipient of the information must obtain permission from the originator thereof. For the RCMP, it is recognized that such permission will be sought only for law enforcement purposes.

[62] From the Canadian point of view, it is also known that certain foreign agencies are more important than others and that trust is more naturally present in certain relationships than in others. For Canada to benefit from a steady flow of information, it must be seen to respect the third-party rule. Only in limited cases will Canada circumvent the third-party rule with our most important allies.

[63] For the first redacted passages, three parts are at issue. The first one is [***]. Second, there is a reference to the U.S. Immigration and Naturalization Service (INS) in that same memorandum. This second part (which reads as follows: “it stated that the US Immigration and Naturalization Service was currently processing Mr. Arar for removal”) can easily be disposed of. It is known by the American and Canadian public that Mr. Arar was processed for removal by the U.S. INS. As a matter of fact, a public exhibit (20) from the U.S. INS filed with the Commission includes the decision dated October 7, 2002 of the regional director which concludes “that the evidence establishes that Arar is inadmissible and I hereby order that he be removed from the United States”. I fail to see how this second part can be justified. It is

qui font l’objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l’assurance qu’une demande visant à obtenir ce genre d’information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l’information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d’une audition.

[61] Pour garantir un flux constant de renseignements, les organismes d’application de la loi et les agences de renseignement s’en sont de tout temps rapportés à la règle des tiers. Cette règle est une entente conclue entre parties qui échangent des renseignements, selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l’utilisation ultérieures des renseignements. [***]. La partie qui reçoit les renseignements ne peut les divulguer, ou s’ils doivent être divulgués à un tiers, la partie qui reçoit les renseignements doit obtenir l’autorisation de la source des renseignements. Pour la GRC, il est reconnu qu’une telle autorisation ne sera sollicitée qu’à des fins d’application de la loi.

[62] Du point de vue canadien, il est également connu que certains organismes étrangers sont plus importants que d’autres et qu’il existe plus naturellement une confiance dans certaines relations que dans d’autres. Pour que le Canada puisse compter sur un flux constant de renseignements, il doit être perçu comme respectant la règle des tiers. Ce n’est que dans des cas restreints que le Canada contournera la règle des tiers avec ses alliés les plus importants.

[63] En ce qui a trait au premier passage expurgé, trois parties sont en cause. La première est [***]. Deuxièmement, il y a un renvoi à l’Immigration and Naturalization Service des États-Unis (INS, service d’immigration et de naturalisation) dans cette même note de service. Il est possible de se prononcer rapidement sur cette deuxième partie (qui est rédigée comme suit : [TRADUCTION] « il a déclaré que l’Immigration and Naturalization Service des États-Unis traitait actuellement le renvoi de M. Arar »). Le public américain et canadien savait que l’INS des États-Unis traitait le renvoi de M. Arar. En effet, une pièce publique (20) de l’INS des États-Unis déposée auprès de la Commission inclut la décision du directeur régional datée du 7 octobre 2002 qui a conclu [TRADUCTION] « que la preuve établit que Arar est interdit de territoire et

certainly not injurious to disclose, since the involvement of the U.S. INS with Mr. Arar is fully known and legal documentation supporting their role has been presented publicly. The third part of the first redacted passage relates to the specifics of information requested by the Americans.

[64] [***]. The gist of his analysis is that it should be known that the CIA was involved in the matter.

[65] I agree with the Commissioner, for the reasons given in the previous analysis, that reference to the CIA's interaction and interest in this particular investigation is not injurious. Having said that, associating the CIA with an opinion on an individual, disclosing the CIA's needs communicated in confidence and doing so publicly go to the heart of what the third-party rule is all about.

[66] For the purposes of my analysis, I have reviewed Mr. R. Morden's affidavit and note that he does not deal specifically with this issue. He was concerned about the direct references to the CIA, which in his opinion was the key point, but I was not able to identify his opinion specifically on associating a reference to the CIA with an opinion on an individual or disclosing the CIA's descriptive needs (see table of concordance of the Commission and Volume II, secret application record of the applicant, Attorney General of Canada, June 26, 2006, pages 18668 to 18681 (p. 275 to 278) specifically at page 18675).

[67] In fairness to his general opinion and his testimony, I have taken note that he believes that the third-party rule is not absolute and that any possible injury can be managed by representatives of the government in discussions with their American counterparts.

[68] From my understanding of the present situation, I can say that associating the CIA publicly with their opinion [***] is clearly a breach of the third-party rule. This type of information is covered by the rule. I say this, knowing that the U.S. INS in its decision concludes that

j'ordonne par les présentes qu'il soit renvoyé des États-Unis. » Je vois mal comment cette deuxième partie peut être justifiée. Sa divulgation ne cause certainement pas de préjudice, puisque l'implication de l'INS des États-Unis avec M. Arar était pleinement connue et que les documents juridiques étayant son rôle ont été présentés publiquement. La troisième partie du premier passage expurgé concerne les détails des renseignements demandés par les Américains.

[64] [***]. L'essentiel de son analyse est qu'il devrait être connu que la CIA participait à cette affaire.

[65] Je suis d'accord avec le commissaire, pour les motifs prononcés dans l'analyse précédente, que la mention de l'interaction de la CIA dans cette enquête particulière et de son intérêt à l'égard de celle-ci n'est pas préjudiciable. Cela dit, associer la CIA à une opinion au sujet d'une personne, divulguer les besoins de la CIA communiqués à titre confidentiel et le faire publiquement touchent l'essentiel de ce que constitue la règle des tiers.

[66] Aux fins de mon analyse, j'ai examiné l'affidavit de M. R. Morden et je constate qu'il ne traite pas précisément de cette question. Il était préoccupé par les renvois directs à la CIA qui, à son avis, étaient le point principal. Je n'ai cependant pas été en mesure de cerner son opinion en ce qui a trait précisément à l'association d'une mention de la CIA à une opinion sur une personne ou à la divulgation de la description des besoins de la CIA (voir le tableau de concordance de la Commission et le volume II, dossier de demande secret du demandeur, procureur général du Canada, le 26 juin 2006, aux pages 18668 à 18681 (pp. 275 à 278), plus particulièrement à la page 18675).

[67] Pour être juste à l'égard de son opinion générale et de son témoignage, j'ai constaté qu'il croit que la règle des tiers n'est pas absolue et que des représentants du gouvernement peuvent gérer tout préjudice possible dans le cadre de discussions avec leurs homologues américains.

[68] Selon ma compréhension de la présente situation, je peux dire qu'associer la CIA publiquement à son opinion [***] est clairement une violation de la règle des tiers. Ce genre de renseignement est visé par la règle. Je dis ceci, sachant que dans sa décision, l'INS des États-

Mr. Arar is a member of Al-Qaida. Other agencies' opinions that Mr. Arar is a member of Al-Qaida say nothing about the CIA's own assessment and needs. [***].

[69] What is at issue in the present circumstances is the Commission disclosing that a memorandum dated October 3, 2002, (for the sake of clarity, I am aware that a briefing note to the Solicitor General from the RCMP dated June 27, 2003, which is an exhibit to the Commission, refers to a request for information by the CIA and the FBI, but it does not disclose the contents of the exchange, and I am also cognizant of the reference at Volume I, page 157 of the public Report) given in confidence by the CIA to the RCMP, says that the CIA considers [***]. In itself, the information might not be surprising, but divulging it for purposes other than law enforcement and without an agreement breaches the third-party rule, both in principle and in fact. As a consequence, such disclosure would be injurious to our relations with the Americans. It is not easy to assess the consequences of the injury in practical terms. No one can predict the future with certainty. Maybe nothing will come of it or maybe it will have some adverse consequences. The flow of information may or may not be affected. Who can tell? No one can foresee the future. How do you assess the effect of such a breach on trust and confidence? Only the CIA could answer that and we might never know. On this last point, it is important to remember that the CIA wants to protect its documentation. [***].

[70] I believe that in Canada's interest, care should be given when dealing with decisions that could threaten this trust and confidence. It is in Canada's national interest to optimize our future relationship unless there is a bigger interest at stake. Of course, any such interest would have to be of overriding concern.

[71] Having found that disclosing such information would be injurious, I now come to the third element, namely the public interest in disclosure versus the public interest in non-disclosure. At paragraph 55 of the present decision, I summarize the Commissioner's opinion on this point.

Unis a conclu que M. Arar est un membre d'Al-Qaïda. L'opinion d'autres organismes selon laquelle M. Arar est un membre d'Al-Qaïda ne révèle rien à propos de l'évaluation et des besoins de la CIA. [***].

[69] Ce qui est en cause dans la présente situation est la divulgation par la Commission qu'une note de service datée du 3 octobre 2002, (par souci de clarté, je sais qu'une note d'information destinée au solliciteur général de la part de la GRC et datée du 27 juin 2003, qui est une pièce déposée à la Commission, fait référence à une demande de renseignements de la part de la CIA et du FBI, mais qu'elle ne divulgue pas le contenu de l'échange, et j'ai également connaissance de la mention à la page 172 du volume I du rapport public) transmise à titre confidentiel par la CIA à la GRC, indique que la CIA estime [***]. En eux-mêmes, les renseignements peuvent ne pas être surprenants, mais les divulguer à d'autres fins que l'application de la loi et en l'absence d'une entente à cet égard viole la règle des tiers, tant du point de vue du principe que dans les faits. En conséquence, une telle divulgation serait préjudiciable à nos relations avec les Américains. Il n'est pas facile d'évaluer les conséquences du préjudice en termes concrets. Personne ne peut prédire l'avenir avec certitude. Il se peut qu'il n'y ait aucune répercussion ou il peut y avoir des conséquences défavorables. Le flux de renseignements peut être touché ou non. Qui peut le dire? Personne ne peut prédire l'avenir. Comment évaluer l'effet d'un tel abus de confiance? Seule la CIA pourrait répondre à cette question et nous ne le saurons peut-être jamais. Sur ce dernier point, il est important de se rappeler que la CIA souhaite protéger ses documents. [***].

[70] Je crois que dans l'intérêt du Canada, il faut faire preuve de prudence à l'égard des décisions qui pourraient compromettre cette confiance. Il est dans l'intérêt national du Canada d'optimiser notre relation future à moins qu'il y ait un intérêt plus important en jeu. Évidemment, il faudrait qu'un tel intérêt soit une question primordiale.

[71] Ayant conclu que la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable, j'examine maintenant le troisième élément, c'est-à-dire les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation par opposition aux raisons d'intérêt public s'y opposant. Au paragraphe 55 de la

[72] On pages 11 and 12 of the introduction of Volume I, Factual Background, the Commissioner expresses his satisfaction on being able to render a report that reflects a good understanding of what happened to Mr. Arar, even though much of the evidence was heard behind closed doors or *in camera*, a confidential report was submitted to the Government and 1500 words of testimony were not included in the public Report because of the Attorney General's objection:

There are two versions of this Report. One, which may not be disclosed publicly, is a summary of all of the evidence, including that which is subject to national security confidentiality. The public version that you are reading does not include those parts of the evidence that, in the Commissioner's opinion, may not be disclosed publicly for reasons of national security confidentiality.

A good deal of evidence in the Inquiry was heard in closed, or *in camera*, hearings, but a significant amount of this *in camera* evidence can be discussed publicly without compromising national security confidentiality. For that reason, this Report contains a more extensive summary of the evidence than might have been the case in a public inquiry in which all of the hearings were open to the public and all transcripts of evidence are readily available. While some evidence has been left out to protect national security and international relations interests, the Commissioner is satisfied that this edited account does not omit any essential details and provides a sound basis for understanding what happened to Mr. Arar, as far as can be known from official Canadian sources.

Finally, it should be noted that there are portions of this public version that have been redacted on the basis of an assertion of national security confidentiality by the Government that the Commissioner does not accept. This dispute will be finally resolved after the release of the public version. Some or all of this redacted information may be publicly disclosed in the future after the final resolution of the dispute between the Government and the Commission. [My emphasis; footnotes omitted.]

[73] The governments of the United States, Jordan and Syria declined to give evidence or otherwise participate in the hearings. For reasons that are explained in Chapter VIII, 3.13.1 of the Analysis and Recommendations, Mr. Arar did not testify. In essence, the Commissioner

présente décision, je résume l'opinion du commissaire sur ce point.

[72] Aux pages 11 et 12 de l'introduction dans le volume I, Les faits, le commissaire exprime sa satisfaction sur le fait d'être en mesure de présenter un rapport qui reflète une bonne compréhension de ce qui est arrivé à M. Arar, même si une bonne partie des témoignages ont été entendus à huis clos, qu'un rapport confidentiel a été présenté au gouvernement et que 1 500 mots de témoignages n'ont pas été inclus dans le rapport parce que le procureur général s'y opposait :

Il existe deux versions de ce rapport, dont l'une, qui ne peut être publiée, résume tous les éléments de preuve, y compris ceux qui sont assujettis à la confidentialité pour des raisons liées à la sécurité nationale. La présente version publique ne comprend pas ces parties de la preuve qui, de l'avis du commissaire, ne peuvent être divulguées pour des raisons de confidentialité liées à la sécurité nationale.

Une bonne part des témoignages recueillis durant l'enquête ont été reçus lors d'audiences à huis clos. Cependant, une importante partie des témoignages à huis clos peut être divulguée en public sans compromettre la confidentialité liée à la sécurité nationale. C'est pourquoi ce rapport contient un résumé plus détaillé des témoignages que ce n'aurait été le cas dans une enquête publique où toutes les audiences sont ouvertes au public et toutes les transcriptions des témoignages sont aisément accessibles. Bien que certains éléments aient été omis pour protéger la sécurité nationale et les intérêts relevant des relations internationales, le commissaire estime que ce compte rendu expurgé n'omet aucun détail essentiel et constitue une bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar, d'après les sources canadiennes officielles.

Enfin, il faut noter que certaines portions de cette version publique ont été expurgées à la demande du gouvernement pour des raisons de confidentialité liées à la sécurité nationale que le commissaire n'accepte pas. Ce différend sera réglé de façon définitive après la publication de cette version publique. L'information expurgée pourra être divulguée à l'avenir, en tout ou en partie, après le règlement final du différend entre le gouvernement et la Commission. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

[73] Les gouvernements des États-Unis, de la Jordanie et de la Syrie ont refusé de témoigner ou de participer autrement aux audiences. Pour des raisons qui sont expliquées au paragraphe 3.13.1 du chapitre VIII du volume, Analyse et recommandations, M. Arar n'a pas témoigné.

felt satisfied that it was not necessary for Mr. Arar to testify since the questions raised by the mandate could be answered without his testimony.

[74] Where is the justification for the public interest in disclosure? Since the memorandum was sent by the CIA to the RCMP while Mr. Arar was detained in New York, and even though the exchanges between American and Canadian agencies are at the core of the Commission's mandate, disclosure is not justified in this case. The information may be in the public domain in different forms but this does not justify releasing information that belongs to the CIA. What is the public interest in disclosing information communicated in confidence when such information discloses an opinion of the CIA and its particular needs?

[75] On the other hand, I can identify some justification for the public interest in non-disclosure. The information at issue is not vital or essential for the Commissioner's work. Not mentioning this information does not take anything away from the substance of the Report. The American opinion of Mr. Arar is not directly related to the Commission's terms of reference. Disclosing such information would breach the third-party rule and there is no forceful evidence that such release is containable in one way or another. The fact that Canada through its officials has not sought a consent for release is also to be taken into consideration. On this point and solely referring to the particulars of this file, it is not proper to second-guess the Attorney General as to the reasons for not making such a request and it should not be used as a justification for release. It is the responsibility of the executive to fulfil its role and explain or justify its decisions. A negative inference from such a situation would not be appropriate. The evidence to show that such a request would be useless is on the record (see secret affidavit of Superintendent R. Reynolds, secret application record of the Attorney General, Volume III, Tab 4, paragraph 40 ff.). Our future relations with the American agencies is to be taken into account and the Government should ensure that what Canada does encourages the flow of pertinent and substantive information. Therefore, balancing both competing interests, I conclude that the public interest in non-disclosure prevails.

Essentiellement, le commissaire était convaincu qu'il n'était pas nécessaire que M. Arar témoigne pour répondre aux questions soulevées par le mandat.

[74] Où est la justification pour les raisons d'intérêt public en faveur de la divulgation? Puisque la note de service a été envoyée par la CIA à la GRC alors que M. Arar était détenu à New York, et même si les échanges entre les organismes américains et canadiens sont au cœur du mandat de la Commission, la divulgation n'est pas justifiée dans ce cas. Les renseignements peuvent être du domaine public sous différentes formes, mais cela ne justifie pas la communication de renseignements qui appartiennent à la CIA. Quelles sont les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation de renseignements communiqués à titre confidentiel lorsque ces renseignements divulguent une opinion de la CIA et les besoins particuliers de celle-ci?

[75] Par ailleurs, je peux relever une certaine justification pour les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation. Les renseignements en cause ne sont pas critiques ou essentiels au travail du commissaire. Ne pas mentionner ces renseignements n'enlève rien à la substance du rapport. L'opinion américaine à l'égard de M. Arar ne se rapporte pas directement au mandat de la Commission. La divulgation de ces renseignements contreviendrait à la règle des tiers et il n'existe pas de preuve solide selon laquelle cette communication peut être contenue d'une manière ou d'une autre. Le fait que le Canada, par l'entremise de ses représentants, n'a pas sollicité de consentement pour la communication des renseignements doit également être pris en compte. Sur ce point et uniquement en référence aux détails du présent dossier, il n'est pas approprié de reconsidérer la décision du procureur général en ce qui a trait aux raisons pour ne pas avoir présenté une telle demande et cela ne devrait pas être utilisé pour justifier la communication de renseignements. Il appartient au pouvoir exécutif de remplir ce rôle et d'expliquer ou de justifier ses décisions. Il n'est pas indiqué de tirer une inférence défavorable d'une telle situation. La preuve visant à montrer qu'une telle demande serait inutile est au dossier (voir l'affidavit secret du surintendant R. Reynolds, dossier de demande secrète du procureur général, volume III, onglet 4, paragraphes 40 et suivants). Il est nécessaire de prendre en compte nos relations futures avec les organismes

[76] For all of these reasons on this passage, I conclude that it would be injurious to disclose the CIA's opinion of Mr. Arar and its specific request for information to the RCMP. Furthermore, there is a stronger public interest in non-disclosure of the information than in disclosure.

[77] I now turn my attention to the second redacted passage. Briefly, this passage refers to the FBI's assessment of Mr. Arar following an interview held on September 27, 2002 while he was detained in New York. This assessment was given verbally by an FBI official in a telephone conversation with an RCMP officer. That type of information is normally subject to the third-party rule, since it was given in confidence and consent can be sought for the purposes of law enforcement.

[78] On this redacted passage in his decision of July 6, 2006, at pages 5 to 7, the Commissioner does not state whether or not releasing this assessment would be injurious to Canada's interests. He justifies the release by relying on "a strong public interest in disclosing some of the details of what the FBI reported to the RCMP". His expert witness, Mr. Morden, put it differently but gave substantially the same message. He mentioned that such a general passage expresses one official's opinion, which may or may not be shared by senior management of the FBI (see Volume II, secret record, Commission, Volume II, page 278).

[79] In the Commissioner's opinion, the public interest in disclosure is justified for the following reasons:

- That the FBI interviewed Mr. Arar is already known since Mr. Arar has described these interviews publicly and they are referred to in the U.S. INS decision (Exhibit 20

américains et le gouvernement devrait veiller à ce que le Canada favorise un flot de renseignements pertinents et substantiels. En conséquence, après avoir soupesé les raisons des deux intérêts conflictuels, je conclus que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divuligation l'emportent.

[76] Pour tous les présents motifs concernant ce passage, je conclus qu'il serait préjudiciable de divulguer l'opinion de la CIA à propos de M. Arar et sa demande particulière de renseignements à la GRC. De plus, les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divuligation des renseignements sont plus importantes que celles militant en faveur de la divulgation.

[77] Je passe maintenant au deuxième passage expurgé. En bref, ce passage fait référence à l'évaluation de M. Arar par le FBI à la suite d'une entrevue qui a eu lieu le 27 septembre 2002, alors qu'il était détenu à New York. Un représentant du FBI a donné cette évaluation verbalement à l'occasion d'une conversation téléphonique avec un agent de la GRC. Ce type de renseignements est habituellement assujéti à la règle des tiers, puisque les renseignements ont été donnés à titre confidentiel et qu'un consentement peut être sollicité aux fins de l'application de la loi.

[78] En ce qui a trait à ce passage expurgé, dans sa décision du 6 juillet 2006, aux pages 5 à 7, le commissaire n'indique pas si la divulgation de cette évaluation serait préjudiciable ou non aux intérêts du Canada. Il justifie la divulgation en se fondant sur [TRADUCTION] « de solides raisons d'intérêt public justifiant la divulgation de certains détails de ce que le FBI a signalé à la GRC ». Son témoin expert, M. Morden, l'a formulé autrement, mais a essentiellement donné le même message. Il a mentionné qu'un tel passage de nature générale exprime l'opinion d'un représentant, qui peut être ou ne pas être partagée par la haute direction du FBI (voir le volume II, dossier secret, Commission, volume II, à la page 278).

[79] De l'avis du commissaire, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation sont les suivantes :

- Le fait que le FBI a interviewé M. Arar est déjà connu puisque M. Arar a décrit ses entrevues publiquement et qu'elles sont mentionnés dans la décision de l'INS des

of the Commission already referred to in paragraph 63 hereof).

- The interviews of Mr. Arar are essential to telling the story of what happened to him in New York. “In particular, it is important to show that the questions that the RCMP sent to New York were in fact asked and answered.” As we will see further, I agree with the Commission that the redacted phrase “Mr. Arar was asked the questions provided by Project A-O Canada” should be disclosed. About the assessment following the interview, I disagree, as I will explain later.

- The Attorney General has not asked the FBI for consent to release the assessment. [***].

- The finding that the American authorities had been less than co-operative and not forthcoming while Mr. Arar was detained in New York.

- The Americans breached “sacrosanct” undertakings by releasing Canadian information without Canada’s consent and they sent a Canadian citizen, Mr. Arar, to Syria, where he was tortured and imprisoned for a year.

- The Americans declined to participate or assist in the inquiry.

- For all these reasons, the Commissioner concluded that “in these circumstances, the FBI and the other Americans involved should understand why it is important from a Canadian standpoint to disclose in this report the relatively benign description of the October 7 phone call”.

[80] The Attorney General, as seen in the previous analysis under this heading, considers such disclosure to be a breach of the third-party rule and thus injurious to Canada’s interest in ensuring that the relationship with foreign agencies remains constant, beneficial and undisturbed, and the public interest in non-disclosure must prevail.

États-Unis (pièce 20 de la Commission déjà mentionnée au paragraphe 63 des présents motifs).

- Les entrevues de M. Arar sont essentielles au récit de ce qui lui est arrivé à New York. [TRADUCTION] « Plus particulièrement, il est important de montrer que les questions envoyées par la GRC à New York ont réellement été posées et qu’elles ont reçu réponse. » Comme nous le verrons plus loin, je suis d’accord avec la Commission que la phrase expurgée « On avait posé à M. Arar les questions fournies par le Projet A-O Canada » devrait être divulguée. En ce qui a trait à l’évaluation à la suite de l’entrevue, je ne suis pas d’accord, comme je l’expliquerai plus loin.

- Le procureur général n’a pas demandé au FBI le consentement de divulguer l’évaluation. [***].

- La conclusion selon laquelle les autorités américaines ont été loin d’avoir été coopératives et franches pendant la détention de M. Arar à New York.

- Les Américains ont violé des engagements [TRADUCTION] « sacro-saints » en divulguant des renseignements canadiens sans le consentement du Canada et ils ont envoyé un citoyen canadien, M. Arar, en Syrie, où il a été torturé et emprisonné pendant un an.

- Les Américains ont refusé de participer ou de prêter leur assistance à l’enquête.

- Pour toutes ces raisons, le commissaire a conclu que [TRADUCTION] « dans de telles circonstances, le FBI et les autres Américains intéressés devraient comprendre la raison pour laquelle il est important, du point de vue canadien, de divulguer dans ce rapport la description relativement anodine de l’appel téléphonique du 7 octobre ».

[80] Comme on l’a vu dans l’analyse précédente sous le présent titre, le procureur général estime qu’une telle divulgation est un manquement à la règle des tiers et donc préjudiciable aux intérêts du Canada d’assurer que la relation avec les organismes étrangers demeure soutenue, avantageuse et stable, et que les raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation doivent prévaloir.

[81] Furthermore, the Attorney General argues that disclosing such a limited assessment of Mr. Arar during an interview does not do justice to the bigger picture of Mr. Arar which the Americans had and that such disclosure would be so incomplete as to be misleading. The additional information referred to and described below is information that Canada obtained through confidential channels. This information was known to the Commission and it is as follows:

- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]

[82] In order to circumvent the obstacles perceived in the redacted passage, the Attorney General suggested to the Commissioner a formulation that would not divulge specific facts but would in his opinion convey the general message. It reads as follows:

- (a) the fact that the Commissioner received evidence *in camera* about information that was obtained by US authorities independently of Canadian authorities;
- (b) the fact that this evidence included:
 - (i) US authorities' analysis of the computer that was seized from Mr. Arar in New York;
 - (ii) US authorities' assessment of Mr. Arar's demeanour and response during interviews they conducted in New York; and
 - (iii) the results of other inquiries made by US authorities with their own domestic agencies and with foreign agencies while Mr. Arar was detained in New York.

[83] The Attorney General submits that since the Commissioner elected not to include this in the Report,

[81] De plus, le procureur général soutient que la divulgation d'une évaluation aussi limitée de M. Arar au cours d'une entrevue ne rend pas justice à l'ensemble de la situation concernant M. Arar, évaluation qu'avaient les Américains, et qu'une telle divulgation serait si incomplète qu'elle serait trompeuse. Les renseignements supplémentaires mentionnés et décrits ci-dessous sont des renseignements que le Canada a obtenus par la voie de canaux confidentiels. La Commission connaissait ces renseignements, qui étaient les suivants :

- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]

[82] Afin de contourner les obstacles perçus dans le passage expurgé, le procureur général a proposé au commissaire un libellé qui ne divulguerait pas des faits précis, mais qui, à son avis, contiendrait le message général. Le libellé est rédigé comme suit :

[TRANSDUCTION]

- a) le fait que le commissaire a reçu à huis clos des éléments de preuve à propos de renseignements que les autorités américaines ont obtenus indépendamment des autorités canadiennes;
- b) le fait que ces éléments de preuve incluait ce qui suit :
 - (i) l'analyse par les autorités américaines de l'ordinateur saisi auprès de M. Arar à New York;
 - (ii) l'évaluation des autorités américaines concernant le comportement de M. Arar et de son attitude au cours des entrevues qu'elles ont menées à New York;
 - (iii) les résultats d'autres enquêtes effectuées par les autorités américaines par l'entremise de leurs propres organismes nationaux et des organismes étrangers pendant la détention de M. Arar à New York.

[83] Le procureur général fait valoir que puisque le commissaire a choisi de ne pas inclure ce qui précède

in weighing the competing public interests, the public interest in disclosure must be considered less important, to account for the decision not to use that information which could have been disclosed to provide a more complete picture of the situation.

[84] The Commission forcefully rejects the suggestion that the redacted passage, if released, would give a misleading view of the situation. It says that this is not the real reason for justifying the non-disclosure and that the Attorney General wishes to forbid disclosing information that could embarrass the Government. The Commissioner decides what to put in his Report and he has exercised his discretion in this regard.

[85] [***]. It is argued that to publish the suggested new formulation would be unfair to Mr. Arar and would mislead the public as to the accuracy of this supplementary information. The undersigned has read the two references at paragraph 24 of the Commissioner's secret memorandum of fact and law regarding how questionable this supplementary information is.

[86] Concerning the part of redacted passage (i), "Mr. Arar was asked the questions provided by Project A-O Canada", the Court notes that it is fully documented in the Report that the RCMP had forwarded questions to the FBI to be used in interviewing Mr. Arar. It is definitely in the public record. In this particular situation, the fact that the FBI replied that those questions were asked does not affect the third-party rule. There is a difference between disclosing the contents and saying that questions were asked in an interview, which is of course what an interview is all about. Adding that the RCMP's questions were asked does not affect the third-party rule, since it is already known that questions were forwarded to the FBI for use in interviewing Mr. Arar. I do not see any injury created by such disclosure. I agree with the Commissioner that even if it were injurious, there is a public interest in disclosing that the RCMP's questions were asked in interviewing Mr. Arar, since it is already known that the RCMP sent questions to the FBI and that the purpose of an interview is to ask questions. The fact that the RCMP's questions were asked does not result in a public interest in non-disclosure.

dans le rapport, lorsqu'il a soupesé les raisons d'intérêt public conflictuelles, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation doivent être jugées moins importantes, pour tenir compte de la décision de ne pas utiliser ces renseignements qui auraient pu être divulgués afin de fournir un tableau plus complet de la situation.

[84] La Commission rejette énergiquement la prétention selon laquelle le passage expurgé, s'il était divulgué, donnerait un aperçu trompeur de la situation. Elle indique que ce n'est pas là le véritable motif justifiant la non-divulgation et que le procureur général souhaite interdire la divulgation de renseignements qui pourraient gêner le gouvernement. Le commissaire décide du contenu de son rapport et il a exercé son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

[85] [***]. On prétend que la publication du nouveau libellé serait injuste à l'égard de M. Arar et qu'elle tromperait le public en ce qui a trait à l'exactitude de ces renseignements supplémentaires. Le soussigné a lu les deux mentions au paragraphe 24 de l'exposé secret des faits et du droit du commissaire concernant le caractère discutable de ces renseignements supplémentaires.

[86] En ce qui a trait à la partie du passage expurgé (i), « [o]n avait posé à M. Arar les questions fournies par le Projet A-O Canada », la Cour souligne que le rapport documente pleinement que la GRC avait acheminé des questions au FBI pour qu'elles soient utilisées pour interviewer M. Arar. Cela est incontestablement dans le rapport public. Dans ces deux situations particulières, le fait que le FBI a répondu que ces questions ont été posées n'a pas d'incidence sur la règle des tiers. Il existe une différence entre divulguer le contenu et dire que des questions ont été posées au cours d'une entrevue, ce qui est évidemment l'objet même d'une entrevue. Ajouter que les questions de la GRC ont été posées n'a pas d'incidence sur la règle des tiers, puisqu'il est déjà connu que des questions ont été acheminées au FBI pour qu'elles soient utilisées pour interviewer M. Arar. Je ne vois aucun préjudice causé par une telle divulgation. Je suis d'accord avec le commissaire que même si la divulgation était préjudiciable, il existe des raisons d'intérêt public justifiant de divulguer que les questions de la GRC ont été posées pour interviewer M. Arar, puisqu'il était déjà connu que la GRC avait envoyé des questions

[87] For the remaining part of the redacted passage, which contains an FBI assessment of Mr. Arar during the interview, I conclude that it is a matter clearly falling within the third-party rule and that disclosing such information would be injurious to Canada's interests. In the previous analysis under the present heading, I gave reasons to justify such conclusions which also apply to the present analysis. Having said that, I would like to further explain my reasoning, keeping in mind the particulars of this redacted passage.

[88] I have carefully read the Commissioner's decision of July 6, 2006 and he gives no reasons as to whether or not such disclosure of the information would be injurious. In order to conclude that the disclosure would be injurious, I rely on the concept of the third-party rule, my knowledge of it as explained before, and the legal framework established by the CEA as described in *Ribic*, above. It is information exchanged in confidence between the FBI and the RCMP, it reveals an FBI assessment of Mr. Arar during an interview, it is not disclosed for the purposes of law enforcement [***]. It would be injurious to disclose such information.

[89] I have already dealt with the notion of injury and the potential to harm our relationship with the FBI and the CIA. I do not want to repeat myself, and my earlier comments apply to the present situation.

[90] The Commissioner is of the opinion that there is a "strong public interest" in disclosing some parts of the FBI's assessment of Mr. Arar during his interview. I have already listed the Commissioner's reasons for coming to this conclusion (see paragraph 79 of the present decision).

[91] Although I agree that some of his reasons favour the public interest in disclosure, the balancing of the

au FBI et que l'objet d'une entrevue est de poser des questions. Le fait que les questions de la GRC ont été posées ne suscite pas des raisons d'intérêt public s'opposant à la divulgation.

[87] En ce qui concerne la dernière partie du passage expurgé, qui contient une évaluation du FBI concernant M. Arar pendant l'entrevue, je conclus qu'il s'agit d'une question qui relève clairement de la règle des tiers et que la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable à l'intérêt du Canada. Dans l'analyse qui précède sous le présent titre, j'ai prononcé des motifs pour justifier de telles conclusions qui s'appliquent également à la présente analyse. Cela dit, j'aimerais expliquer mon raisonnement plus en profondeur, en gardant à l'esprit le détail de ce passage expurgé.

[88] J'ai lu avec soin la décision du commissaire datée du 6 juillet 2006 et il n'a fourni aucun motif concernant la question de savoir si la divulgation de l'information serait préjudiciable ou non. Pour conclure que la divulgation serait préjudiciable, je m'appuie sur le concept de la règle des tiers, sur ma connaissance de cette règle telle que je l'ai expliquée précédemment, ainsi que sur le cadre juridique établi par la LPC, tel que décrit dans l'arrêt *Ribic*, précité. Il s'agit de renseignements partagés à titre confidentiel entre le FBI et la GRC, ils révèlent une évaluation du FBI concernant M. Arar au cours d'une entrevue, ils ne sont pas divulgués à des fins d'application de la loi [***]. Il serait préjudiciable de divulguer ces renseignements.

[89] J'ai déjà traité de la notion de préjudice et de la possibilité de porter atteinte à notre relation avec le FBI et la CIA. Je ne souhaite pas me répéter et les commentaires que j'ai prononcés plus tôt s'appliquent à la présente situation.

[90] Le commissaire est d'avis qu'il existe [TRADUCTION] « de solides raisons d'intérêt public » pour divulguer certaines parties de l'évaluation du FBI concernant M. Arar pendant son entrevue. J'ai déjà énuméré les motifs du commissaire pour en arriver à cette conclusion (voir le paragraphe 79 de la présente décision).

[91] Même si je suis d'accord que certains des motifs du commissaire militent en faveur des raisons d'intérêt

interests that I have to make brings me to a different conclusion.

[92] I do agree that disclosing the contents of the FBI's assessment would be useful to better understand Mr. Arar's circumstances but it is not essential for the purposes of the Report.

[93] It does not follow from the fact that the public knows about the interviews with Mr. Arar that the FBI's assessment of him based on those interviews should be disclosed. I fail to see where the public interest in disclosure applies. It does not follow automatically that since an interview was held, the third-party rule can be breached and the assessment of the interviewee can be disclosed.

[94] The fact that the Attorney General did not ask for consent to disclosure does not justify the public interest in disclosure (see paragraph 75 of the present decision). From evidence on the record, such a request would likely have been refused. Some factors at issue are [***] consent being sought for law enforcement purposes only (which is not the case here) and public knowledge of the American position on Mr. Arar.

[95] The findings of the Commission that the Americans were less than co-operative and not forthcoming with their Canadian counterparts, that they breached "sacro-sacred" undertakings in releasing Canadian information and that they sent Mr. Arar to Syria, where he was imprisoned for one year and tortured, can certainly be subjects of concern for the Commissioner, his staff, Mr. Arar and his family. Their reaction with such behaviour is understandable. But is that what should be considered when assessing the public interest in disclosure? Does the misbehaviour of a party justify the public interest in disclosure, knowing that disclosure would not be in the national interest? What is in this country's best interest in this particular situation?

public justifiant la divulgation, la pondération des intérêts à laquelle je suis tenu m'amène à une conclusion différente.

[92] Je suis d'accord que la divulgation du contenu de l'évaluation du FBI serait utile pour mieux comprendre la situation de M. Arar, mais elle n'est pas essentielle aux fins du rapport.

[93] Ce n'est pas parce que le public est au courant des entrevues avec M. Arar que l'évaluation du FBI le concernant fondée sur ces entrevues devrait être divulguée. Je ne vois pas où les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation s'appliquent. Il ne s'ensuit pas automatiquement que puisqu'une entrevue a eu lieu, il peut y avoir manquement à la règle des tiers et divulgation de l'évaluation concernant la personne interviewée.

[94] Le fait que le procureur général n'a pas sollicité le consentement de la divulgation ne justifie pas les raisons d'intérêt public militant en faveur de la divulgation (voir le paragraphe 75 de la présente décision). Selon la preuve au dossier, une telle demande aurait vraisemblablement été refusée. Certains facteurs en cause sont [***] la sollicitation du consentement exclusivement à des fins d'application de la loi (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) et la notoriété publique de la position américaine à l'égard de M. Arar.

[95] Les conclusions de la Commission selon lesquelles les Américains étaient loin d'être coopératifs et n'étaient pas francs avec leurs homologues canadiens, ont violé des engagements [TRADUCTION] « sacro-saints » en divulguant des renseignements canadiens et ont envoyé M. Arar en Syrie, où il a été emprisonné pendant un an et torturé, peuvent assurément constituer des sujets de préoccupation pour le commissaire, les membres de son personnel, M. Arar et sa famille. Leur réaction à l'égard d'un tel comportement est compréhensible. Mais est-ce cet aspect qui devrait être pris en compte pour apprécier les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation? L'inconduite d'une partie justifie-t-elle les raisons d'intérêt public en faveur de la divulgation, sachant que la divulgation ne serait pas dans l'intérêt national? Quel est le meilleur intérêt du Canada dans cette situation précise?

[96] Is the fact that the Americans did not participate or assist in the Inquiry justification for the public interest in disclosure? It seems to me that other justifications must be considered.

[97] Having said that, I sympathize with the Commissioner, his staff and, of course, Mr. Arar and his family, but it seems to me that understandable as these justifications are, they must be placed in a larger context, namely the principles at stake and the fact that disclosing this information would be injurious to our relations and our national security, which is not in Canada's interest.

[98] The public interest in non-disclosure must also be considered. I have already addressed some of these concerns, which also apply in the present analysis: the Commissioner's opening remarks in which he says that he is satisfied with the Report as it is; the information to be disclosed is not vital for the purposes of the Report and is not directly related to the Terms of Reference. Finally, disclosing this information would breach the third-party rule and be injurious to the interests of Canada and there is no precise evidence that there is a containable response to such disclosure.

[99] It seems that evidence which would give a more complete picture of the situation exists, at least in part, and that the redacted passage in question is limited, although factual. I have read the evidence submitted by the Commission (paragraph 24 of the memorandum of fact and law) to support the argument that the supplementary information referred to earlier is not to be taken at face value. Having done that, I do think that limiting the disclosure to the redacted passage would not give a fully understandable picture of what the United States knew about Mr. Arar. In any event, since the essence of my determination is not based on this issue, I will not deal with it any further. I still think that it is important to mention it, if only to shed some light on my understanding of the present application and my comments below.

[96] Le fait que les Américains n'ont pas participé ou prêté assistance à l'enquête constitue-t-il une justification des raisons d'ordre public en faveur de la divulgation? Il me semble que d'autres justifications doivent être prises en compte.

[97] Cela dit, je comprends le commissaire, les membres de son personnel et évidemment M. Arar et sa famille, mais il me semble qu'aussi compréhensibles que puissent être ces justifications, elles doivent s'insérer dans un contexte plus large, à savoir les principes en jeu et le fait que la divulgation serait préjudiciable à nos relations et à notre sécurité nationale, ce qui n'est pas dans l'intérêt du Canada.

[98] Les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgation doivent également être examinées. J'ai déjà abordé certaines de ces préoccupations, qui s'appliquent également dans la présente analyse : le fait que les remarques introductives du commissaire indiquent qu'il était satisfait du rapport qu'il présentait; le fait que les renseignements visés par la divulgation ne sont pas essentiels aux fins du rapport et ne se rapportent pas directement au mandat. En fait, la divulgation de ces renseignements violerait la règle des tiers et serait préjudiciable aux intérêts du Canada et il n'y a pas de preuve précise selon laquelle il existe une réponse permettant de contenir une telle divulgation.

[99] Il paraît qu'il existe des éléments de preuve qui fourniraient un tableau plus complet de la situation, du moins en partie, et que le passage expurgé en cause est limité, quoique factuel. J'ai pris connaissance de la preuve présentée par la Commission (le paragraphe 24 de l'exposé des faits et du droit) à l'appui de l'argument selon lequel les renseignements supplémentaires mentionnés plus tôt ne doivent pas être pris au pied de la lettre. Ayant fait cela, je crois que la limitation de la divulgation du passage expurgé ne laisserait pas un tableau entièrement compréhensible de ce que les États-Unis savaient à propos de M. Arar. Quoi qu'il en soit, puisque l'essence de ma décision ne se fonde pas sur cette question, je n'en traiterai pas davantage. Je crois quand même qu'il est important de la mentionner, ne serait-ce que pour jeter de la lumière sur ma compréhension de la présente demande et mes commentaires ci-après.

[100] The third redacted passage [***]. I do not have the benefit of specific reasons from the Commissioner on this passage. In any event, it is also information subject to the third-party rule [***]. It gives information on an American decision which was transmitted to the Canadian agencies. There is no evidence that indicates that the American agencies have made that decision public. Therefore, it is controlled by the third-party rule and would be injurious to Canada's interests if disclosed. For the reasons already given, I conclude that the public interest in non-disclosure must override the public interest in disclosure. The Commissioner is satisfied that his Report has dealt with all pertinent matters. [***]. It does not specifically affect a recommendation made by the Commissioner. This information is not essential for the Commissioner's purposes. I come to this conclusion having in mind another redacted passage [***] which discusses the same issue. [***]. This is the reason for coming to a different conclusion.

[101] I have thought about the factual situation, the Commissioner's decision, the legal arguments and the evidence on file. My conclusion is that the three redacted passages, if disclosed, would be injurious to Canada's interests and that the public interest in non-disclosure must prevail.

(D) Passages referring to CSIS' knowledge and assessment of Mr. Arar

[***]

[102] In general, the redacted portions reveal what CSIS knew about Mr. Arar and its "intelligence" conclusion about him.

[103] The Commissioner wants CSIS' knowledge and conclusion about Mr. Arar to be part of the public Report. Having read the Commissioner's decision dated December 2, 2004 and July 6, 2006, I will summarize his view of the situation to justify disclosure, since in the Commissioner's opinion, there would be no injury in such disclosure:

[100] Le troisième passage expurgé [***]. Je n'ai pas l'avantage d'avoir de raisons précises de la part du commissaire à propos de ce passage. Quoiqu'il en soit, il s'agit également de renseignements assujettis à la règle des tiers [***]. Ce passage fournit des renseignements sur une décision américaine qui a été transmise aux organismes canadiens. Aucun élément de preuve n'indique que les organismes américains ont rendu la décision publique. Elle est donc régie par la règle des tiers et sa divulgation serait préjudiciable à l'intérêt du Canada. Pour les motifs déjà prononcés, je conclus que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation doivent l'emporter sur les raisons d'intérêt public en faveur de la divulgation. Le commissaire estime que son rapport a traité de toutes les questions pertinentes. [***]. Le passage ne touche pas de façon précise une recommandation faite par le commissaire. Ces renseignements ne sont pas essentiels aux fins poursuivies par le commissaire. Je tire cette conclusion en ayant à l'esprit un autre passage expurgé [***] qui traite de la même question. [***]. Voilà la raison pour laquelle je tire une conclusion différente.

[101] J'ai réfléchi à la situation factuelle, à la décision du commissaire, aux arguments juridiques et aux éléments de preuve au dossier. Je conclus que les trois passages expurgés, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables à l'intérêt du Canada et que les raisons d'intérêt public justifiant leur non-divulgation doivent l'emporter.

D) Passages faisant référence au fait que le SCRS connaissait M. Arar et à son évaluation de celui-ci

[***]

[102] De façon générale, les parties expurgées révèlent ce que le SCRS connaissait au sujet de M. Arar, ainsi que sa conclusion en matière de « renseignement » à son sujet.

[103] Le commissaire souhaite que le fait que le SCRS connaissait M. Arar et sa conclusion au sujet de celui-ci fassent partie du rapport public. Ayant lu les décisions du commissaire datées du 2 décembre 2004 et du 6 juillet 2006, je résumerai son opinion de la situation pour justifier la divulgation, puisque de l'avis du commissaire, une telle divulgation ne causerait aucun préjudice :

- The Arar case is highly unusual because a significant amount of information in the redacted passages is already public.
- Disclosing CSIS' assessment of Mr. Arar would not be injurious because the information is already in the public domain. The RCMP's assessment of Mr. Arar and the fact that he was the subject of a national security investigation are public.
- [***].
- [***] and that it would not create a precedent because of the special circumstances surrounding the Commission of Inquiry.
- It is in the public interest that persons whose interests may be affected by a public inquiry be treated fairly and also considering the harmful publicity created by unnamed government sources being quoted in newspaper articles concerning Mr. Arar.
- CSIS' assessment should come out because it is known publicly that the RCMP and CSIS co-operated on the relevant investigations and the RCMP's assessment is known and therefore they had access to the same information.
- CSIS' policy of not disclosing information about its investigations of individuals is not absolute. For example, CSIS through its second in command, Mr. Hooper, informed the public that a detainee in Guantánamo Bay was interviewed.
- The public knows that CSIS was interested in Mr. Arar, so disclosing the assessment would not come as a surprise.
- L'affaire Arar est très inhabituelle parce qu'une importante quantité de renseignements du passage expurgé sont déjà publics.
- La divulgation de l'évaluation de M. Arar par le SCRS ne serait pas préjudiciable parce que les renseignements sont déjà du domaine public. L'évaluation de la GRC concernant M. Arar et le fait qu'il faisait l'objet d'une enquête de sécurité nationale sont connus du public.
- [***].
- [***] et que cela ne causerait pas un précédent en raison des circonstances particulières entourant la Commission d'enquête.
- Il est dans l'intérêt public que les personnes dont les intérêts peuvent être touchés par une enquête publique soient traitées équitablement, aussi en raison de la publicité préjudiciable créée par des sources gouvernementales non désignées et citées dans des articles de journaux concernant M. Arar.
- L'évaluation du SCRS devrait être divulguée parce qu'il est de notoriété publique que la GRC et le SCRS ont collaboré dans le cadre des enquêtes concernées et que l'évaluation de la GRC est connue et, par conséquent, ils avaient accès aux mêmes renseignements.
- La politique du SCRS relativement à la non-divulgence de renseignements concernant des enquêtes sur des personnes n'est pas absolue. À titre d'exemple, le SCRS, par l'entremise de son numéro deux, M. Hooper, a informé le public qu'un détenu à la baie de Guantánamo était interviewé.
- Le public sait que le SCRS s'intéressait à M. Arar, donc la divulgation de l'évaluation ne constituerait pas une surprise.

[104] The Commissioner's view is that even if disclosure is injurious, the public interest in disclosure must prevail over the public interest in non-disclosure. Mr. Arar has received an enormous amount of public attention and "some people wonder if he is in fact a terrorist", even though there is no evidence that he is a threat to the security of Canada or that he has committed any offence.

[104] Le commissaire est d'avis que même si la divulgation était préjudiciable, les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation doivent l'emporter sur les raisons d'intérêt public en faveur de la non-divulgence. M. Arar a reçu une très grande attention du public et [TRADUCTION] « certaines personnes se demandent s'il est réellement un terroriste » même s'il n'existe aucune preuve selon

He deserves to have the public informed of his status at relevant times [***].

[105] On the other hand, the Attorney General objects to releasing the redacted passages because divulging CSIS' information, assessments and opinions on an individual would be injurious to Canada's national interests. It is CSIS' policy not to release such information. Therefore, such disclosure would be injurious. A summary of the Attorney General's position follows:

- CSIS' mandate is to advise the Government of Canada on threats to Canadian security and to that end, CSIS is authorized to collect, retain and analyse information and intelligence.

- Secrecy is essential for such work, whether in the past or ongoing, and the information gathered must remain confidential, if only to ensure the integrity of past, present or future investigations and to protect CSIS' operations.

- With some legal exceptions, section 19 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(d); 2003, c. 22, s. 224(z.12)(E)] of the CSIS Act [*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23] forbids disclosing its information.

- Security intelligence investigations are directed to future events and attempt to predict future events by discerning patterns in past and present events.

- Law enforcement activities, with which the public is familiar to some degree, differ considerably from intelligence gathering. Law enforcement investigations are event-specific and concern criminal activities which have already occurred or will occur. They are intended to determine who is responsible for them and to gather sufficient evidence for use in open court.

laquelle il est une menace pour la sécurité du Canada ou qu'il a commis une infraction. Il mérite que le public soit informé de son statut aux moments pertinents [***].

[105] Pour sa part, le procureur général s'oppose à la communication des passages expurgés parce que la divulgation de renseignements, d'évaluations et d'opinions du SCRS concernant une personne serait préjudiciable aux intérêts nationaux du Canada. La politique du SCRS est de ne pas communiquer de tels renseignements. En conséquence, une telle divulgation serait préjudiciable. Voici un résumé de la position du procureur général :

- Le mandat du SCRS consiste à conseiller le gouvernement du Canada concernant les menaces envers la sécurité canadienne et à cette fin, le SCRS est autorisé à recueillir, à conserver et à analyser des informations et des renseignements.

- Le secret est essentiel pour ce travail, qu'il soit antérieur ou actuel, et les informations recueillies doivent demeurer confidentielles, ne serait-ce que pour assurer l'intégrité d'enquêtes antérieures, présentes ou futures et protéger les activités du SCRS.

- Sauf dans le cas de quelques exceptions juridiques, l'article 19 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)d); 2003, ch. 22, art. 224z.12)(A)] de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* [L.R.C. (1985), ch. C-23] interdit la divulgation de ses renseignements.

- Les enquêtes de sécurité concernent des événements futurs et tentent de prédire les événements futurs en dégageant des modèles à partir d'événements antérieurs et actuels.

- Les activités d'application des lois, que le public connaît dans une certaine mesure, sont très différentes de la collecte de renseignement. Les enquêtes réalisées par les responsables de l'application des lois sont axées sur des événements et visent les activités criminelles qui ont déjà eu lieu ou qui auront lieu. Elles ont pour but de déterminer qui en sont les responsables et de recueillir suffisamment d'éléments de preuve pour les utiliser dans le cadre d'une audience publique.

[106] A security intelligence investigation is carried out to determine the size and composition of the group involved, or the connections or contacts of an individual, its geographic area of operations, its past acts and intended goals, in order to determine its capacity to do harm in future. The information normally sought is not for use in court but for intelligence. Some of the information gathered may be meaningless alone but useful in combination with other information. Such investigations look at past information with a view to the present situation and project into the future.

[107] Assessing an opinion on injury and the likelihood of damage to national security resulting from disclosure of information cannot be done in the abstract or in isolation. Under the “mosaic” principle, it must be assumed that the information will reach people with knowledge of service targets and its activities. An informed reader of the disclosed information, however trite or simple it might appear to a casual reader, may infer therefrom a more comprehensive view of a situation and thus affect current or future investigations. The more intelligence information disclosed at the same time, the greater the mosaic effect. Releasing subjects of investigation or service interest, the information collected and assessments made is injurious.

[108] [***].

[109] If targets or even individuals not under investigation but potentially subject thereto were informed by such disclosure of what is already known or not known, they could react by feeding information, thus affecting its reliability. In the intelligence business, knowledge is everything and the quality of it is essential.

[110] A security intelligence agency is different from a law enforcement agency. Each has a different purpose. The former collects past and present information for the purpose of preventing or predicting threats to Canada's national security. The latter investigates criminal activities

[106] Une enquête de sécurité est réalisée pour déterminer la taille et la composition du groupe concerné, les liens ou les contacts d'un individu, la région géographique de ses activités, ses actions antérieures et les buts visés, afin de déterminer sa capacité de causer un préjudice dans l'avenir. L'information habituellement recherchée n'est pas destinée à être utilisée en cour mais est destinée au renseignement. Certains renseignements recueillis peuvent être anodins en soi, mais utiles en combinaison avec d'autres renseignements. De telles enquêtes examinent des renseignements antérieurs avec la situation présente à l'esprit et sont projetées dans l'avenir.

[107] Il n'est pas possible de former dans l'abstrait ou isolément une opinion sur le préjudice et la vraisemblance du préjudice probable que pourrait subir la sécurité nationale en raison de la divulgation de renseignements. Selon le principe de « l'effet de mosaïque », il faut présumer que les renseignements atteindront des personnes connaissant les cibles du service et ses activités. Le lecteur averti des renseignements divulgués, pour aussi banals et simples qu'ils puissent sembler au lecteur ordinaire, peut inférer de ceux-ci une perspective plus complète d'une situation et ainsi avoir une incidence sur des enquêtes actuelles ou futures. Plus la quantité d'information communiquée au même moment est importante, plus grand est l'effet de mosaïque. Est préjudiciable la divulgation de sujets d'enquête ou du nom de personnes auxquelles le service s'intéresse, de renseignements recueillis et d'évaluations faites.

[108] [***].

[109] Si une telle divulgation informait les cibles d'une enquête, ou même des personnes non visées par une enquête, mais qui pourraient l'être éventuellement, de ce qui est déjà connu ou non connu, elles pourraient réagir en fournissant des informations, influençant ainsi leur fiabilité. Dans les activités du renseignement, les connaissances sont tout ce qui compte et leur qualité est essentielle.

[110] Un service du renseignement de sécurité est différent d'un organisme d'application des lois. Chacun a un objectif différent. Le premier recueille des renseignements passés et présents afin de prévenir ou de prédire les menaces pour la sécurité nationale du Canada.

in order to lay criminal charges. The assessment for a security intelligence investigation is not comparable to a criminal accusation. In intelligence work, information is gathered to document situations for use in analysing threats to Canada's security. In a criminal investigation, factual evidence is accumulated in order to lay criminal charges, which will be tried in public.

[111] In both cases, secrecy must prevail throughout the investigations, but with some adjustments. Without concerns for secrecy, investigations could be in peril. When criminal charges are laid, the investigation is no longer secret and the results thereof become evidence in court. This is not normally the case with security intelligence investigations, which must remain secret. These investigations are normally of long duration. They may end for a while and then resume if need be. Past information is to be used with present information in the analysis of possible future threats. The purpose of such investigations is to prevent catastrophic events, not to investigate them after they have occurred.

[112] This public Inquiry has created a most unusual situation for Mr. Arar and the public. A great deal of information, whether factual or not, has been made public. This Inquiry into the activities of law enforcement and security intelligence agencies, among other Canadian organizations implicated, has brought their work to the forefront as never before. When the Commissioner made his Report public, he said that he was satisfied with its contents, so much so that "this edited account does not omit any essential details and provides a sound basis for understanding what happened to Mr. Arar, as far as can be known from official Canadian sources" (see full reference and quotation at paragraph 72 of the present decision). He made this statement, knowing that 1500 words of testimony were withheld pending settlement of this dispute.

[113] Keeping all of that in mind, the question to be answered is: "Is it injurious to disclose some of the

L'organisme d'application des lois enquête sur des activités criminelles dans le but de porter des accusations criminelles. L'évaluation dans le cadre d'une enquête de sécurité ne peut être comparée à une accusation criminelle. Dans le renseignement, l'information est recueillie pour documenter des situations et est utilisée pour analyser les menaces envers la sécurité du Canada. Dans une enquête criminelle, des éléments de preuve factuels sont accumulés afin de porter des accusations criminelles, à l'égard desquelles un procès public aura lieu.

[111] Dans les deux cas, le secret doit être gardé tout au long des enquêtes, mais avec certaines adaptations. L'absence de préoccupation pour le secret peut compromettre les enquêtes. Lorsque des accusations criminelles sont déposées, l'enquête n'est plus confidentielle et les résultats de celle-ci deviennent des éléments de preuve devant le tribunal. Cela n'est habituellement pas le cas avec les enquêtes de sécurité, qui doivent demeurer secrètes. En règle générale, ces enquêtes s'étalent sur de longues périodes. Elles peuvent prendre fin pendant un moment et reprendre si nécessaire. Les renseignements antérieurs sont utilisés avec l'information actuelle dans l'analyse de la possibilité de menaces futures. Ces enquêtes visent à prévenir des catastrophes, non pas à faire enquête sur celles-ci après qu'elles ont eu lieu.

[112] La présente enquête publique a créé une situation très inhabituelle pour M. Arar et le public. Une grande quantité d'information, factuelle ou non, a été rendue publique. Comme jamais auparavant, cette enquête sur les activités des organismes d'application de la loi et des services du renseignement de sécurité, entre autres organismes canadiens visés, a mis leurs travaux à l'avant-scène. Lorsque le commissaire a rendu son rapport public, il a déclaré qu'il était satisfait de son contenu, à un point tel que « ce compte rendu expurgé n'omet aucun détail essentiel et constitue une bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar, d'après les sources canadiennes officielles » (voir la référence et la citation complètes au paragraphe 72 de la présente décision). Il a fait cette déclaration, sachant que 1 500 mots de témoignages avaient été retirés en attendant le règlement du présent litige.

[113] Gardant tous ces éléments à l'esprit, la question à laquelle il faut répondre est la suivante : « La divulgation

information gathered by CSIS and its opinion of Mr. Arar?”

[114] As noted in paragraph 69 of the present decision, injury and its consequences are not easy to define and sometimes the injury might occur later.

[115] Having said that, I do not think that the information already in the public domain in one form or another automatically justifies releasing CSIS' information and assessment. The information contained in the redacted passages originating from CSIS is not in the public domain. [***].

[116] [***]. In themselves, these pieces of information may appear insignificant, neutral and inconsequential to a casual observer, but they might give an informed reader a different understanding of the situation. [***].

[117] The RCMP's assessment of Mr. Arar does not in itself justify releasing CSIS' assessment of him. I have already explained the different purposes of these two agencies, which pursue different types of investigations. The fact that they have co-operated in the post-9/11 era is not a reason to make a CSIS assessment available. Their co-operation is not always for the same end result. Each situation has to be assessed on its own merits.

[118] The fact that Mr. Arar was prejudiced by newspaper articles which published reports from anonymous sources on him does not in itself justify releasing CSIS' assessment of him.

[119] The fact that CSIS announced that it had interviewed a detainee in Guantánamo Bay does not justify disclosing its assessment of him or some of the information which it had on him. An interview by CSIS of an individual does not make that person a target or a person of interest.

[120] It is the rule in CSIS not to divulge targets, persons of interest, information gathered, modes of operation, etc. Exceptions to the rule are just that; otherwise, the

de certains renseignements recueillis par le SCRS et son opinion concernant M. Arar est-elle préjudiciable? »

[114] Tel que cela a été indiqué au paragraphe 69 de la présente décision, il n'est pas facile de préciser le préjudice et ses conséquences et le préjudice peut parfois survenir plus tard.

[115] Cela dit, je ne crois pas que les renseignements qui sont déjà du domaine public sous une forme ou une autre justifient automatiquement la communication de l'information et de l'évaluation du SCRS. Les renseignements dans les passages expurgés provenant du SCRS ne sont pas du domaine public. [***].

[116] [***]. En eux-mêmes, ces renseignements peuvent sembler insignifiants, neutres et sans importance pour l'observateur ordinaire, mais ils peuvent fournir au lecteur averti une compréhension différente de la situation. [***].

[117] L'évaluation de M. Arar faite par la GRC ne justifie pas en soi la communication de l'évaluation du SCRS à l'égard de celui-ci. J'ai déjà expliqué les objectifs différents de ces deux organismes, qui effectuent des types d'enquête différents. Le fait qu'ils ont collaboré pendant la période postérieure aux événements du 11 septembre 2001 n'est pas une raison pour rendre l'évaluation du SCRS accessible. Leur collaboration ne vise pas toujours le même résultat final. Chaque situation doit être évaluée individuellement.

[118] Le fait que M. Arar a subi un préjudice en raison d'articles de journaux qui ont publié des rapports de sources anonymes à son sujet ne justifie pas en soi la divulgation de l'évaluation de M. Arar par le SCRS.

[119] Le fait que le SCRS a annoncé qu'il avait interviewé un détenu à la baie de Guantánamo ne justifie pas de divulguer l'évaluation de ce détenu ou des renseignements que le service avait à son sujet. L'interview d'une personne par le SCRS ne fait pas de cette personne une cible ou une personne qui présente un intérêt.

[120] Il est de règle au SCRS de ne pas divulguer les cibles, les personnes qui présentent un intérêt, les renseignements recueillis, les modes de fonctionnement,

reliability of security intelligence investigations would be affected. Some principles are at stake and they deserve a thorough look.

[121] The Commission of Inquiry in its work made it known explicitly and implicitly that CSIS had an operational interest in Mr. Arar, but exactly when this interest began is not known. A reading of the Commission's Report indicates that CSIS is mentioned 762 times in Vol. I [Factual Background], 294 times in Vol. II [Factual Background] and 414 times in the Analysis and Recommendations volume, for a total of 1470 times. CSIS's operational interest in Mr. Arar is definitely in the public domain. There are no justifiable grounds for not disclosing what has already been disclosed. No injury can occur and there is a clear public interest in recognizing what is already disclosed.

[122] The public generally knows of CSIS' interest in Mr. Arar, but [***] its scope and the assessment are not known and the non-disclosure rule can apply.

[123] [***].

[124] I agree with the Attorney General when he says that disclosing the information in question would be injurious to Canada's national interest. [***].

[125] Furthermore, CSIS' knowledge as expressed in such statements could indicate to an interested person how much or how little CSIS actually knew. Such deductions could be informative. [***].

[126] As mentioned before, security intelligence investigations do not come to a final end. They progress or not, depending on current events over a period of weeks, months or years. They can stop and start again, depending on circumstances. [***]. Solely for the purposes of the present decision in showing what an intelligence file is about, Mr. Arar was never interviewed by CSIS, the RCMP or the Commissioner. [***]. I include some of the information in this decision for the sake of completeness, to understand the present analysis and to exemplify the

et ainsi de suite. Les exceptions à la règle sont exactement cela. Autrement, la fiabilité des enquêtes de sécurité serait touchée. Certains principes sont en jeu et ils méritent un examen approfondi.

[121] À l'occasion de ses travaux, la Commission d'enquête a fait savoir explicitement et implicitement que M. Arar avait attiré l'intérêt du SCRS, mais on ne sait pas à quel moment exactement cet intérêt s'est manifesté. La lecture du rapport de la Commission indique que le SCRS est mentionné 762 fois dans le volume I [Les faits], 294 fois dans le volume II [Les faits] et 414 fois dans le volume intitulé Analyse et recommandations, pour un total de 1 470 fois. Le fait que M. Arar avait attiré l'intérêt du SCRS est définitivement du domaine public. Aucun motif ne peut justifier la non-divulgence de ce qui a déjà été divulgué. Aucun préjudice ne peut survenir et il existe clairement des raisons d'intérêt public de reconnaître ce qui a déjà été divulgué.

[122] De façon générale, le public sait déjà que le SCRS s'intéressait à M. Arar, mais [***] il ne connaît pas la portée de cet intérêt ni l'évaluation du SCRS et la règle de la non-divulgence peut s'appliquer.

[123] [***].

[124] Je suis d'accord avec le procureur général lorsqu'il dit que la divulgation de l'information en cause serait préjudiciable à l'intérêt national du Canada. [***].

[125] De plus, telles qu'exprimées dans ces déclarations, les connaissances du SCRS pourraient indiquer à une personne concernée l'étendue de ce que le SCRS savait réellement ou le peu qu'il savait. De telles déductions pourraient être instructives. [***].

[126] Tel que cela a déjà été mentionné précédemment, il n'y a pas de point final aux enquêtes de sécurité. Elles avancent ou n'avancent pas, selon les événements de l'actualité qui s'étalent sur des semaines, des mois ou des années. Elles peuvent s'arrêter et reprendre, selon les circonstances. [***]. Exclusivement aux fins de la présente décision pour montrer ce en quoi consiste un dossier du renseignement, M. Arar n'a jamais été interviewé par le SCRS, la GRC ou le commissaire. [***]. J'inclus certains renseignements dans la présente décision

importance of the mosaic effect. I also include the references for such information:

- [***]

- [***].

[127] [***].

[128] [***].

[129] Therefore, I conclude that disclosing CSIS' information and assessments and SIRC's [Security Intelligence Review Committee] conclusion about using CSIS' information in this case would be injurious to the interests of Canada. Having come to that determination, I will now address the issue of the public interest in disclosure versus the one in non-disclosure.

[130] [***].

[131] Regarding the Commissioner's comments in his decision of July 6, 2006 that "some people wonder if he [Mr. Arar] is in fact a terrorist" because of the negative publicity from media reports, the public record shows with the publication of the Commission's Report and the settlement Mr. Arar reached with the Government, a different perception of Mr. Arar.

[132] Again, the Commissioner said in the public Report (which excluded the redacted passages) that the said Report "provides a sound basis for understanding what happened to Mr. Arar, as far as can be known from official Canadian sources" and that he is "satisfied" that the Report does not leave out "any essential details" [Factual Background, Volume I, at page 12].

[133] In conclusion, I come to the conclusion that there is a stronger public interest in non-disclosure.

par souci d'exhaustivité, pour comprendre la présente analyse et illustrer l'importance de l'effet de mosaïque. J'inclus également les références concernant ces renseignements :

- [***]

- [***].

[127] [***].

[128] [***].

[129] Par conséquent, je conclus que la divulgation des renseignements et des évaluations du SCRS, ainsi que la conclusion du CSARS [Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité] d'utiliser les renseignements du SCRS dans la présente affaire serait préjudiciable à l'intérêt du Canada. Étant arrivé à cette décision, j'examinerai maintenant la question des raisons d'intérêt public justifiant la divulgation par opposition aux raisons d'intérêt public favorisant la non-divulgation.

[130] [***].

[131] En ce qui a trait aux commentaires du commissaire dans sa décision du 6 juillet 2006 selon lesquels [TRADUCTION] « certaines personnes se demandent s'il [M. Arar] est réellement un terroriste » en raison de la publicité défavorable des reportages des médias, le dossier public indique qu'avec la publication du rapport de la Commission et le règlement qu'a conclu M. Arar avec le gouvernement, la perception de M. Arar est différente.

[132] Encore ici, le commissaire a déclaré dans le rapport public (qui excluait les passages expurgés) que ledit rapport « constitue une bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar, d'après les sources canadiennes officielles » et qu'il « estime » que le rapport n'omet « aucun détail essentiel » [Les faits, volume I, à la page 12].

[133] Enfin, j'arrive à la conclusion que l'intérêt public est mieux servi par la non-divulgation.

(E) Passages referring to CSIS' interest in Mr. Almalki and Mr. El Maati

[***]

[134] The passages refer directly or indirectly to CSIS' interest in Mr. Almalki; one passage refers to Mr. El Maati. In summary, the Attorney General opposes such disclosure since it reveals the intelligence agency's investigative interest in Mr. Almalki and Mr. El Maati. The Commission recommends disclosing this information since it does not specifically reveal CSIS' interest in the individual and this information gives the reader a better understanding.

[135] [***].

[136] [***].

[137] [***].

[138] In referring to Mr. Hooper's statement on a detainee interviewed by CSIS in Guantánamo Bay and that in the post-9/11 days, [***] unnamed investigations were transferred from CSIS to the RCMP [***] the Commissioner points out that the rule of not disclosing targets or persons of interest to CSIS is not absolute, and that therefore there is sometimes no injury in disclosing names and even some details about its interest in certain individuals.

[139] He also considers the redacting of the contents of the passages in question important to ensure a fair discussion of what Canadian officials did with respect to Mr. Arar. [***]. For the Commissioner, this practice sent mixed signals and raised questions about Canada's complicity in the use of torture.

[140] Because of the Commissioner's recommendations on the different roles of CSIS and the RCMP, the transfer of files from CSIS to the RCMP is a factual element that enhances discussion of the recommendations.

E) Passages faisant référence à l'intérêt du SCRS à l'égard de M. Almalki et de M. El Maati

[***]

[134] Les passages mentionnent directement ou indirectement l'intérêt du SCRS à l'égard de M. Almalki; un passage mentionne M. El Maati. En résumé, le procureur général s'oppose à la divulgation de ces renseignements puisqu'ils révèlent l'intérêt des enquêteurs du service du renseignement envers M. Almalki et M. El Maati. La Commission recommande la divulgation de ces renseignements puisqu'ils n'indiquent pas de façon précise l'intérêt du SCRS à l'égard de la personne et ces renseignements facilitent la compréhension du lecteur.

[135] [***].

[136] [***].

[137] [***].

[138] En ce qui concerne la déclaration de M. Hooper au sujet de l'entrevue d'un détenu de la baie de Guantánamo par le SCRS et selon laquelle dans les jours qui ont suivi les événements du 11 septembre 2001, [***] enquêtes sur des personnes non désignées ont été transférées du SCRS à la GRC [***] le commissaire souligne que la règle concernant la non-divulgation des cibles ou du nom des personnes auxquelles le SCRS s'intéresse n'est pas absolue et qu'en conséquence, il n'y a parfois pas de préjudice à divulguer le nom de certaines personnes et même des détails concernant son intérêt à l'égard de celles-ci.

[139] Il estime également que la suppression du contenu des passages en cause est importante pour assurer une discussion équitable de ce que les responsables canadiens ont fait à l'égard de M. Arar. [***]. Pour le commissaire, cette pratique a envoyé des signaux contradictoires et a soulevé des questions concernant la complicité du Canada en ce qui a trait à l'utilisation de la torture.

[140] En raison des recommandations du commissaire sur les rôles différents du SCRS et de la GRC, le transfert de dossiers du SCRS à la GRC est un élément factuel qui améliore l'analyse des recommandations.

[141] The Commissioner considers the release of the redacted passages concerning Mr. Almalki and Mr. El Maati as not being injurious and in any event, the public interest in disclosure outweighs any possible injury to CSIS' investigative interest.

[142] [***].

[143] As benign as the information may appear to a reader, it seems to me that disclosing and confirming that CSIS had information on somebody indicates to an observer that that person is of interest to CSIS and thus reveals something of what the operation was about.

[144] That the public has some idea that CSIS was interested in Mr. Almalki and Mr. El Maati is one thing, to confirm this interest in them is another. An assumption of a possibility is not the same as a confirmed fact: there is a world of difference between the two.

[145] The fact that Mr. Almalki was interviewed by CSIS many times does not necessarily confirm that he is a person of interest. There is no doubt that it could show that such a person might be a source of information for CSIS, an element to consider in the course of an investigation or a potential human source for the future, but it does not make that person a target or a person of interest. Many people interviewed in the course of an investigation are not targets or persons of interest to CSIS. To presume because someone was interviewed several times that he is a person of interest to CSIS or a target is one thing, but reading officially that he is a person of interest and therefore possibly a target is a completely different situation. The basis for so concluding is totally different. One is speculation, the other is confirmation.

[146] Mr. Almalki could draw a firm conclusion from one scenario but not the other.

[147] The fact that Mr. Hooper, in his public statement, indicated CSIS' interest in a detainee held in Guantánamo

[141] Le commissaire estime que la communication des passages expurgés concernant M. Almalki et M. El Maati n'est pas préjudiciable et, de toute façon, les raisons d'intérêt public favorisant la divulgation l'emportent sur toute possibilité de préjudice à l'intérêt des enquêteurs du SCRS.

[142] [***].

[143] Aussi anodins que puissent paraître les renseignements au lecteur, il me semble que divulguer et confirmer que le SCRS possédait des renseignements sur une personne indiquent à un observateur que le SCRS s'intéresse à cette personne et révèlent ainsi des éléments du sujet de l'opération.

[144] Que le public ait une idée que le SCRS s'intéressait à M. Almalki et à M. El-Maati est une chose, le confirmer en est une autre. La supposition d'une possibilité n'est pas la même chose qu'une confirmation : il y a un monde entre les deux.

[145] Le fait que le SCRS a interviewé M. Almalki à plusieurs reprises ne confirme pas nécessairement que le SCRS s'intéresse à lui. Il ne fait pas de doute que cela pourra montrer qu'une telle personne peut être une source d'information pour le SCRS, un élément dont il faut tenir compte dans le cadre d'une enquête ou une source humaine possible pour l'avenir, mais cela ne fait pas de cette personne une cible ou une personne à laquelle le SCRS s'intéresse. Plusieurs personnes interviewées au cours d'une enquête ne sont pas des cibles ou des personnes auxquelles le SCRS s'intéresse. Présumer qu'une personne est une cible ou que le SCRS s'y intéresse parce que ce dernier l'a interviewée à plusieurs reprises est une chose, mais lire officiellement qu'elle est une personne à laquelle le SCRS s'intéresse et par conséquent une cible possible est une situation complètement différente. Le fondement pour tirer ces conclusions est entièrement différent. Dans un cas, il s'agit d'une conjecture et dans l'autre, il s'agit d'une confirmation.

[146] M. Almalki pourrait tirer une conclusion claire à partir d'un scénario, mais non de l'autre.

[147] Le fait que M. Hooper a indiqué, dans sa déclaration publique, que le SCRS s'intéressait à un détenu

Bay and that [***] files were transferred to the RCMP [***] does not make the interviewee in Guantánamo Bay a person of interest for CSIS. For the purposes of the interview, he may have been a source of information, a collaborator or something else. As for the [***] files transferred to the RCMP, transferring unnamed files does not specifically identify CSIS' interest, targets or persons of interest. Although I agree with the Commissioner when he says that the non-disclosure rule concerning CSIS' targets, persons of interest, operations and information is not absolute, I disagree that the present factual exceptions invoked by the Commissioner justify considering disclosure of the passages in question to be non-injurious.

[148] As for the argument in support of the recommendations concerning the differing roles of CSIS and the RCMP, I note that the transfer of files in the post-9/11 period from CSIS to the RCMP is in the public domain without reference to names. Furthermore, as we have seen, Mr. Hooper spoke about the transfer of [***] files to the RCMP and the public Report of the Commission of Inquiry refers to these transfers (see Analysis and Recommendations, pages 65 to 69) and to recommendations on the relationship between CSIS and the RCMP (Analysis and Recommendations, recommendations 2B), D), 6, 11, pages 316, 318–319, 320–321, 331–332, 343). Therefore, I do not think it essential for the purposes of the recommendations of the Report to disclose the passages dealing with Mr. Almalki specifically or indirectly, since the recommendations and the explanation given for each one are understandable as written.

[149] Having reviewed each of the redacted passages (including the one concerning Mr. El Maati for which the same reasons are applicable), I find that it would be injurious to disclose such information and furthermore, there is a stronger public interest in non-disclosure. [***]. In addition, the way the Report is written does not justify releasing the passages. As the Commissioner admits, his Report does not omit essential details and provides a sound basis of understanding, and I agree.

qui se trouvait à la baie de Guantánamo et que [***] dossiers ont été transférés à la GRC [***] ne signifie pas que le SCRS s'intéresse à la personne interviewée à la baie de Guantánamo. Aux fins de l'entrevue, la personne peut avoir été une source d'information, un collaborateur ou autre chose. En ce qui a trait aux [***] dossiers transférés à la GRC, le transfert de dossiers de personnes non nommées n'identifie pas de façon précise l'intérêt du SCRS, les cibles ou les personnes auxquelles il s'intéresse. Bien que je sois d'accord avec le commissaire lorsqu'il déclare que la règle de la non-divulgence concernant les cibles du SCRS, les personnes auxquelles il s'intéresse, ses opérations et ses renseignements n'est pas absolue, je ne suis pas d'accord que les présentes exceptions factuelles invoquées par le commissaire justifient de considérer que la divulgation des passages en cause soit non préjudiciable.

[148] En ce qui a trait à l'argument à l'appui des recommandations concernant les rôles différents du SCRS et de la GRC, je rappelle que le transfert de dossiers au cours de la période qui a suivi les événements du 11 septembre 2001 du SCRS à la GRC est du domaine public et ne mentionne pas de noms. De plus, comme nous l'avons vu, M. Hooper a parlé du transfert de [***] dossiers à la GRC et le rapport public de la Commission d'enquête mentionne ces transferts (voir Analyse et recommandations, aux pages 71 à 75) et présente des recommandations sur les relations entre le SCRS et la GRC (Analyse et recommandations, recommandations 2B), D), 6, 11, pages 343, 345 et 346, 347 et 348, 359 à 361, 374). Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit essentiel aux fins des recommandations du rapport de divulguer les passages concernant M. Almalki précisément ou indirectement, puisque les recommandations et l'explication donnée pour chacune peuvent être comprises telles qu'elles sont rédigées.

[149] Après avoir examiné chacun des passages expurgés (y compris celui concernant M. El Maati à l'égard duquel les mêmes motifs s'appliquent), je conclus qu'il serait préjudiciable de divulguer ces renseignements et de plus, les raisons d'intérêt public favorisant la non-divulgence sont mieux servis. [***]. En outre, la façon dont le rapport est rédigé ne justifie pas la divulgation des passages. Comme le reconnaît le commissaire, son rapport n'omet aucun détail essentiel et constitue une

Finally, it is known that a commission of inquiry will deal with Mr. Almalki and Mr. El Maati.

[150] [***].

[151] I note that the Commissioner did not give any specific reasoning to support the public interest in disclosure. For the reasons given in the previous analysis and also in the previous paragraphs, I determine that the public interest in non-disclosure overrides the public interest in disclosure.

(F) Passage referring to the RCMP's use of information obtained from Syria

[***]

[152] The information in this redacted passage refers to the RCMP's request for further information from the Syrians (SMI) following their interviews of Mr. Almalki and Mr. El Maati. Therefore, it shows a transfer of information between SMI and the RCMP on specific individuals and the need for further information.

[153] The Commissioner thinks that this information should be disclosed for the following reasons:

- the principal target of investigation for the RCMP's Project A-O Canada was Mr. Almalki and this information is in the public domain;
- the RCMP's interest in Mr. El Maati is public knowledge;
- it is a publicly known fact that these two men were detained in Syria and tortured while in Syrian custody and it is well documented in the public Report of the Commission of Inquiry;
- there is a significant public interest in disclosing that the RCMP, in November 2002, was asking for information

bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar et je suis du même avis. Finalement, l'on sait qu'une commission d'enquête étudiera les cas de M. Almalki et de M. El Maati.

[150] [***].

[151] Je constate que le commissaire n'a pas fourni de raisonnement précis pour étayer les raisons d'intérêt public favorisant la divulgation. Pour les motifs fournis dans l'analyse précédente, ainsi que dans les paragraphes qui précèdent, je conclus que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public favorisant la divulgation.

F) Passage faisant référence à l'utilisation par la GRC de renseignements obtenus de la Syrie

[***]

[152] Les renseignements dans ce passage expurgé font référence à la demande de renseignements supplémentaires présentée par la GRC aux Syriens (le RMS) à la suite de leurs entrevues avec M. Almalki et M. El Maati. En conséquence, ce passage indique un transfert de renseignements entre le RMS et la GRC à propos de personnes précises, ainsi que le besoin de renseignements supplémentaires.

[153] Le commissaire croit que ces renseignements devraient être divulgués pour les raisons suivantes :

- M. Almalki était la principale cible d'enquête du Projet A-O Canada de la GRC et ce renseignement est du domaine public;
- le fait que la GRC s'intéressait à M. El Maati est du domaine public;
- il est publiquement connu que ces deux hommes ont été détenus en Syrie et ont été torturés pendant leur détention en Syrie et ce fait est bien documenté dans le rapport public de la Commission d'enquête;
- il existe d'importantes raisons d'intérêt public de divulguer que la GRC, en novembre 2002, a demandé des

obtained from interviews conducted by the SMI, an agency known to torture detainees, and this information is pertinent to several findings and recommendations;

- the reasons for disclosing Mr. El Maati's "confession" in the decision of April 4, 2006, apply to the present analysis (see paragraph 34 ff. of this decision).

[154] The Commissioner does not consider this disclosure as being injurious and the public interest in disclosure is evident.

[155] The Attorney General objects to such disclosure since it refers to an exchange of information from the SMI to the RCMP and the third-party rule must apply (see testimony of Superintendent Reynolds, secret Commission record, Volume II, Tab 5, pages 37 to 41).

[156] On this point, I agree with the Commissioner for the same reasons that he has given. A close reading of the redacted passage does not specifically divulge that the SMI information was transferred to the RCMP. It does not divulge SMI's information. The explanation given by the Attorney General in support of the non-disclosure position is not sufficient to meet the burden of showing injury.

[157] In coming to this conclusion, I have read Chapter VII of the Analysis and Recommendations of the public Report of the Commission of Inquiry, entitled "Abdullah Almalki and Ahmad El Maati." Such a reading is informative since it fully describes their respective situations while detained in Syria and Egypt. It is even mentioned at page 269 that "it was contended that the RCMP and CSIS had sought to advance their investigations through communication with SMI." Such a statement informs any reader that information was communicated with the SMI. This is already on the public record. Therefore, I fail to see how the passage in question reveals more than what is already public. As a matter of fact, it reveals less.

renseignements obtenus à l'occasion d'entrevues menées par le RMS, un organisme connu pour la torture de détenus, et ces renseignements sont pertinents pour plusieurs conclusions et recommandations;

- les motifs favorisant la divulgation de la « confession » de M. El-Maati dans la décision du 4 avril 2006 s'appliquent à la présente analyse (voir les paragraphes 34 et suivants de la présente décision).

[154] Le commissaire estime que cette divulgation n'est pas préjudiciable et les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation sont évidentes.

[155] Le procureur général s'oppose à cette divulgation puisqu'elle fait référence à un échange de renseignements entre le RMS et la GRC et que la règle des tiers doit s'appliquer (voir le témoignage du surintendant Reynolds, dossier secret de la Commission, volume II, onglet 5, pages 37 à 41).

[156] En ce qui concerne ce point, je suis d'accord avec le commissaire pour les mêmes motifs qu'il a fournis. Une lecture attentive du passage expurgé ne divulgue pas que des renseignements du RMS ont été transférés à la GRC. Il ne divulgue pas les renseignements du RMS. L'explication donnée par le procureur général à l'appui de la non-divulgation n'est pas suffisante pour s'acquitter du fardeau de prouver un préjudice.

[157] Pour en arriver à cette conclusion, j'ai lu le chapitre VII de l'Analyse et recommandations du rapport public de la Commission d'enquête, intitulé « Abdullah Almalki et Ahmad El Maati ». Une telle lecture est instructive, car elle décrit pleinement leur situation respective pendant leur détention en Syrie et en Égypte. Le rapport mentionne même, à la page 289, « on a soutenu que la GRC et le SCRS avaient tenté de faire progresser leurs enquêtes en communiquant avec le RMS. » Une telle déclaration indique au lecteur qu'il y a eu communication avec le RMS pour des renseignements. Cela est déjà du domaine public. En conséquence, je ne vois pas comment le passage en cause révèle plus que ce qui est déjà public. En fait, il révèle moins d'éléments.

[158] The disclosure of this passage is not injurious and even if it were, the public interest in disclosure prevails. To come to this conclusion, I have considered the fact that [***] the public statement of the Canadian Minister of Foreign Affairs against Syria's practices and [***].

[159] I am also aware of the genuine public interest in dealing publicly with the subject of torture of detainees and the use of information derived from such objectionable practices, especially when a Canadian agency requests information from a country with a poor human rights record.

[160] Therefore, disclosing this passage as written is not injurious and if it ever were found to be injurious for the reasons mentioned above, the balancing of interests favours the public interest in disclosure.

(G) Passage referring to the Syrians' assessment of Mr. Arar

[***]

[161] This redacted passage discloses the Syrians' assessment of Mr. Arar, to the effect that it was not a major case and more of a nuisance for them, and CSIS' interest in Mr. Arar. I have already dealt with the latter point by concluding that since the interest has been so widely publicized, such references were not injurious and in any event the public interest in disclosure was determinative (see paragraphs 122 and 123 of the present decision). The first matter raises a question of international relations and the third-party rule.

[162] The Commissioner admitted implicitly that such disclosure is injurious but decided that there was a "strong public interest" in favour of disclosure for the following reasons:

[158] La divulgation de ce passage n'est pas préjudiciable et même si elle l'était, les raisons d'intérêt public favorisant la divulgation l'emportent. Pour en arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte du fait que [***] la déclaration publique du ministre canadien des Affaires étrangères dénonçant les pratiques de la Syrie et [***].

[159] Je connais également l'intérêt sincère du public envers le traitement ouvert du sujet de la torture de détenus et l'utilisation des renseignements obtenus au moyen de telles pratiques inadmissibles, plus particulièrement lorsqu'un organisme canadien demande des renseignements auprès d'un pays possédant un mauvais bilan en matière de respect des droits de la personne.

[160] En conséquence, la divulgation de ce passage tel qu'il est rédigé n'est pas préjudiciable et même s'il était déclaré tel pour les raisons mentionnées ci-dessus, la pondération des intérêts favorise les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation.

G) Passage faisant référence à l'évaluation des Syriens concernant M. Arar

[***]

[161] Ce passage expurgé divulgue l'évaluation des Syriens concernant M. Arar, selon laquelle il ne s'agissait pas d'un cas important et qu'il constituait plutôt une nuisance, de même que le fait que le SCRS s'intéressait à M. Arar. J'ai déjà traité de ce deuxième point en concluant que puisque l'on avait grandement parlé de cet intérêt, ces mentions n'étaient pas préjudiciables et de toute manière, les raisons d'intérêt public favorisant la divulgation étaient déterminantes (voir les paragraphes 122 et 123 de la présente décision). La première question concerne les relations internationales et la règle des tiers.

[162] Le commissaire a admis implicitement qu'une telle divulgation est préjudiciable, mais a décidé qu'il existait [TRADUCTION] « de solides raisons d'intérêt public » militant en faveur de la divulgation pour les motifs suivants :

- there is a public interest in disclosing the SMI's assessment of Mr. Arar;
 - since the Syrians kept Mr. Arar in jail for a year and gave an opinion on him, the public and Mr. Arar have a legitimate interest in this information;
 - when considering these assessments, it is important to evaluate the way Canadian officials (both agencies) responded to Mr. Arar's imprisonment, a central issue of the inquiry;
 - Professor Toope's Report on the abuse and torture of Mr. Arar, even though the Syrians did not consider him a major case but rather more of a nuisance, certainly justifies a high public interest in disclosure;
 - [***].
- il existe des raisons d'intérêt public favorisant la divulgation de l'évaluation du RMS concernant M. Arar;
 - puisque les Syriens ont gardé M. Arar emprisonné pendant un an et ont prononcé une opinion à son égard, le public et M. Arar ont un intérêt légitime à l'égard de ces renseignements;
 - lors de l'examen de ces évaluations, il est important d'apprécier la façon dont les responsables canadiens (les deux organismes) ont réagi à l'emprisonnement de M. Arar, une question centrale de l'enquête;
 - le rapport du professeur Toope sur les mauvais traitements et la torture infligés à M. Arar, même si les Syriens ne le considéraient pas comme une affaire importante mais plutôt comme une nuisance, justifie assurément d'importantes raisons d'intérêt en faveur de la divulgation;
 - [***].

[163] Again, on this matter, I agree with the Commissioner for the same reasons that he has given but with the following comments.

[163] Encore ici, je suis d'accord avec le commissaire sur cette question, pour les mêmes motifs qu'il a donnés, mais avec les observations suivantes.

[164] In principle, the disclosure of this redacted passage would be injurious, based on international relations and the third-party rule. The assessments were obtained from the Syrians and such transfer of information is covered by the non-disclosure caveat.

[164] En principe, la divulgation de ce passage expurgé serait préjudiciable, compte tenu des relations internationales et de la règle des tiers. Les évaluations ont été obtenues auprès des Syriens et un tel transfert de renseignements est visé par la réserve relative à la non-divulgation.

[165] The information at stake relates to the torture of detainees, even though the person interviewed by the SMI was assessed by them as not being a major case and more of a nuisance. Torture is never justified. It is a highly reprehensible and inhuman practice. The fact that our Canadian agencies knew about these assessments and were seeking more information from a country with a poor human rights record is noteworthy. It is surely in the public interest to disclose such information. Disclosure might embarrass our Canadian agencies, but I believe that our national security laws are not intended to protect them from embarrassment.

[165] Les renseignements en cause concernent la torture de détenus, même si le RMS a évalué que la personne interviewée n'était pas une affaire importante, mais plutôt une nuisance. La torture n'est jamais justifiée. Elle est une pratique hautement répréhensible et inhumaine. Il est utile de souligner le fait que nos organismes canadiens étaient au courant de ces évaluations et qu'ils cherchaient à obtenir plus de renseignements auprès d'un pays possédant un mauvais bilan en matière de respect des droits de la personne. Il est assurément dans l'intérêt public de divulguer ces renseignements. Il se peut que la divulgation mette nos organismes canadiens dans l'embarras, mais j'estime que nos lois sur la sécurité nationale ne sont pas destinées à les protéger de l'embarras.

[166] Therefore, I think that while such disclosure is in principle injurious, the strong public interest in disclosure must prevail. Balancing the two competing interests clearly favours disclosure.

(H) CSIS' and Mr. Hooper's comments on U.S. rendition of prisoners

[***]

[167] The redacted passage first refers to a comment of a CSIS security liaison officer (SLO) about the United States rendering prisoners to countries where they will be questioned in a “firm manner”. The second comment refers to an internal CSIS communication of Mr. Hooper, who then was second in command at CSIS and is now retired, in which he is quoted as saying in the fall of 2002: “I think the US would like to get Arar to Jordan where they can have their way with him.”

[168] The Commissioner is of the opinion that this information should be disclosed because the American practice of rendition is known throughout the world. In Canada, the then-director of CSIS, Mr. Elcock, and his deputy director, Mr. Hooper, have spoken in public on this practice. The Commission has already disclosed information, mentioning that in October 2002, a CSIS official knew that the Americans sent Mr. Arar to a country where he could be questioned in a “firm manner”. The U.S. rendition policy is on the public record and it is the public position of the US government that this policy is legal.

[169] The Attorney General considers this information as being potentially offensive to our relations with the United States administration. It argues that it is injurious to disclose the personal opinion of Mr. Hooper on the practice of rendition.

[170] After reading the affidavit and the cross-examination of the affiant of the Attorney General, Mr.

[166] En conséquence, j'estime que même si cette divulgation est en principe préjudiciable, les solides raisons d'intérêt public justifiant la divulgation doivent l'emporter. La pondération des deux intérêts conflictuels milite nettement en faveur de la divulgation.

H) Passages faisant référence aux commentaires du SCRS et de M. Hooper concernant la restitution de détenus par les États-Unis

[***]

[167] Le premier passage expurgé fait tout d'abord référence à une observation d'un agent de liaison de sécurité (ALS) du SCRS sur la restitution de prisonniers par les États-Unis à des pays où ils seront interrogés « de façon musclée ». La deuxième observation vise une communication interne du SCRS faite par M. Hooper, qui était alors le numéro deux du SCRS et maintenant à la retraite, dans laquelle il est cité comme déclarant à l'automne 2002 : [TRADUCTION] « Selon moi, les États-Unis aimeraient envoyer Arar en Jordanie où ils pourraient en faire ce qu'ils veulent. »

[168] Le commissaire est d'avis que ces renseignements devraient être divulgués parce que la pratique de restitution des Américains est connue partout dans le monde. Au Canada, le directeur du SCRS d'alors, M. Elcock, et le sous-directeur, M. Hooper, ont parlé publiquement de cette pratique. La Commission a déjà divulgué des renseignements, mentionnant qu'en octobre 2002, un responsable du SCRS savait que les Américains avaient envoyé M. Arar vers un pays où il était susceptible d'être interrogé « de façon musclée ». La politique des États-Unis en matière de restitution est dans le dossier public et la position publique du gouvernement américain est que cette politique est légale.

[169] Le procureur général estime que ces renseignements pourraient potentiellement porter atteinte à nos relations avec l'administration des États-Unis. Il soutient qu'il est préjudiciable de divulguer l'opinion personnelle de M. Hooper à propos de la pratique de restitution.

[170] Après avoir lu l'affidavit et le contre-interrogatoire du souscripteur d'affidavit du procureur général,

O'Brian, on this passage (see Commission's secret report, Vol. II, Tab 4, pages 331 to 340), I find that his reasons for objecting to the disclosure do not meet the burden of showing that disclosure of such information would be injurious to our relations with the U.S. government.

[171] The information on U.S. rendition of prisoners is already known around the world. This practice is already fully documented in the public Report. DFAIT [Department of Foreign Affairs and International Trade] has agreed on making public its position on U.S. rendition of prisoners. This passage is related to the Commission's mandate, since it shows that officials at the highest level of CSIS in October 2002 knew about the U.S. rendition of prisoners and the statement as written reflects this reality.

[172] The first part of the passage refers to an SLO's understanding of a trend in identifying the U.S. rendition of prisoners. The second part refers to a comment made by Mr. Hooper which repeats the same idea but it adds a specific purpose for this practice, which is to enable them "to have their way with him (Mr. Arar)". This information was disclosed in a generic way by the Commission of Inquiry in the public Report with the Government's agreement (see Factual Background, Volume I, page 245, 2nd paragraph). The difference with the comment at issue is that it is personalized as originating from an SLO in Washington and Mr. Hooper, the Deputy Director of CSIS.

[173] Mr. O'Brian explains that since Mr. Hooper's comment was contained in an internal CSIS memorandum, that type of document is protected. It is also informative to note that DFAIT's message in the fall of 2002 reflects the same opinion: "[t]here are concerns that Arar may be aggressively questioned by the Syrian security services" (see Factual Background, Volume I, pages 229 and 230). The Attorney General and DFAIT representatives have approved including this information in the public Report.

M. O'Brian, à propos de ce passage (voir le rapport secret de la Commission, volume II, onglet 4, aux pages 331 à 340), je conclus que les raisons du procureur général pour s'opposer à la divulgation ne démontrent pas que la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable à nos relations avec le gouvernement des États-Unis.

[171] Les renseignements concernant la restitution des prisonniers par les États-Unis sont connus dans le monde entier. Cette pratique est déjà bien documentée dans le rapport public. Le MAECI [ministère des Affaires étrangères et du Commerce international] a convenu de rendre publique sa position sur la restitution des prisonniers par les États-Unis. Ce passage est lié au mandat de la Commission, puisqu'il indique que des responsables au niveau le plus élevé du SCRS connaissaient en octobre 2002 la restitution des prisonniers par les Américains et la déclaration telle qu'elle est écrite reflète cette réalité.

[172] La première partie du passage fait référence à la compréhension de l'ALS d'une tendance concernant l'identification de la restitution des prisonniers par les États-Unis. La deuxième partie fait référence à une observation faite par M. Hooper qui reprend la même idée, mais ajoute un but précis à cette pratique, qui est de pouvoir [TRADUCTION] « en (M. Arar) faire ce qu'ils veulent. » La Commission d'enquête a divulgué ces renseignements de façon générale dans le rapport public avec le consentement du gouvernement (voir Les faits, volume I, à la page 265, 4^e paragraphe). La différence avec l'observation en cause est qu'elle est personnalisée en ce qu'elle provient d'un ALS à Washington et de M. Hooper, le sous-directeur du SCRS.

[173] M. O'Brian explique que puisque l'observation de M. Hooper se trouvait dans une note de service interne du SCRS, ce genre de document est protégé. Il est également instructif de souligner que le message du MAECI de l'automne 2002 reflète la même opinion, selon laquelle « [TRADUCTION] "qu'il était à craindre que M. Arar ne soit interrogé de manière agressive par les services de sécurité syriens" » (voir Les faits, volume I, à la page 248). Le procureur général et des représentants du MAECI ont approuvé l'inclusion de ces renseignements.

[174] Under normal circumstances, internal CSIS documents are protected. In the present case, the situation is different. The contents disclose what is already known internationally and the U.S. government has commented publicly on this practice. It tells us that at the highest levels of CSIS in October 2002, this practice was known and also that the objective of rendering Mr. Arar was so that “they can have their way with him”. Knowledge of this practice and its objective is in the public domain. Such a statement does not come as a surprise and it is pertinent to the terms of reference of the Commission of Inquiry.

[175] The Attorney General has not convinced me that disclosing this information would be injurious to Canada’s interests with the United States. Such disclosure might upset some officials but any reasonable person must admit that such a statement reflects the realities of the time. It might embarrass some, but again, such embarrassment in itself does not constitute injury.

[176] I do not find that disclosure of the redacted passage would be injurious to Canada’s interests.

[177] Even if there is injury, I believe that the public interest in disclosure has been supported. The comments add to the factual knowledge of the situation at the time and help the Commissioner in his work and in making recommendations. There is a genuine legitimate public interest to inform the public of such knowledge within CSIS, in order to be able to assess the work done by the agency at the time. Not disclosing such information would not give a true picture of what officials at the highest level of CSIS knew in October 2002. Protection from embarrassment is not covered in our security laws. Finally, Mr. Hooper has retired and it remains that it is his opinion, which reflects the factual realities of the time. In balancing both interests, I have to favour the public interest in disclosure over non-disclosure.

[174] Normalement, les documents internes du SCRS sont protégés. En l’espèce, la situation est différente. Le contenu divulgue ce qui est déjà connu à l’échelle internationale et le gouvernement des États-Unis a déjà fait des commentaires publics concernant cette pratique. Les renseignements nous indiquent qu’au niveau le plus élevé du SCRS en octobre 2002, cette pratique était connue et que le but de restituer M. Arar était de pouvoir « en faire ce qu’ils veulent. » La connaissance de cette pratique et de son but est du domaine public. Une telle déclaration n’est pas surprenante et elle est pertinente pour le mandat de la Commission d’enquête.

[175] Le procureur général ne m’a pas convaincu que la divulgation de ces renseignements serait préjudiciable aux intérêts du Canada avec les États-Unis. Une telle divulgation pourrait contrarier certains responsables, mais toute personne raisonnable doit convenir qu’une telle déclaration reflète la réalité de la situation. Elle peut en embarrasser certains, mais je souligne de nouveau qu’un tel embarras ne constitue pas en soi un préjudice.

[176] Je conclus que la divulgation du passage expurgé ne serait pas préjudiciable aux intérêts du Canada.

[177] Même s’il y avait préjudice, j’estime que les raisons d’intérêt public en faveur de la divulgation ont été étayées. Les observations ajoutent aux connaissances actuelles de la situation à ce moment-là et aident le commissaire dans son travail, ainsi que dans la formulation de recommandations. Il existe des raisons légitimes d’intérêt public d’informer le public de cette connaissance au sein du SCRS afin d’être en mesure d’évaluer le travail effectué par le service à ce moment-là. La non-divulgation de ces renseignements ne présenterait pas un tableau véridique de ce que les responsables au plus haut niveau du SCRS savaient en octobre 2002. Nos lois en matière de sécurité ne protègent pas contre l’embarras. Finalement, M. Hooper a pris sa retraite et il n’en demeure pas moins que son opinion reflète les réalités factuelles de l’époque. Après avoir pondéré les deux intérêts, je dois préférer les raisons de l’intérêt public en faveur de la divulgation aux raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation.

4. Conclusion

[178] In accordance with section 38.06 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA and its subsections and for the reasons explained above, I have found that sometimes disclosing some of the redacted passages would be injurious and sometimes, not injurious. I have also done in each situation a balancing of the competing interests in disclosure and non-disclosure. For each redacted passages for which injury was found if disclosed, I have determined that drafting a summary of the information (or part of it) would not have been appropriate. The order that follows [not included with these reasons] addresses each redacted passage for a better understanding of my reasons.

4. Conclusion

[178] Conformément à l'article 38.06 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC et à ses paragraphes, et pour les motifs qui précèdent, je conclus que la divulgation de certains passages expurgés serait parfois préjudiciable et parfois non préjudiciable. Dans chaque situation, j'ai aussi pondéré les intérêts conflictuels de la divulgation et de la non-divulgation. Pour chacun des passages expurgés à l'égard desquels j'ai conclu que la divulgation serait préjudiciable, j'ai décidé que la rédaction d'un résumé des renseignements (ou d'une partie de ceux-ci) n'aurait pas été indiquée. L'ordonnance qui suit [non incluse avec les présents motifs] traite de chacun des passages expurgés pour une meilleure compréhension de mes motifs.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ABORIGINAL PEOPLES

Duty to consult—Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision issuing land use permit to North Arrow Minerals Inc. to conduct mineral explorations—Applicants among Akaitcho Dene First Nations—Having constitutionally protected treaty rights—Claiming never consulted before Board issuing permit, contrary to *Mackenzie Valley Resource Management Act*, S.C. 1998, c. 25, related regulations—Real issue scope of Crown’s duty to consult, whether duty discharged—Board having delegated to Indian and Northern Affairs Canada (INAC) responsibility to determine duty to consult requirement—Crown may rely on actions of third parties in assessing whether duty to consult discharged—In present case, problem not that Crown, Board looking to “consultation” undertaken by North Arrow but that wrongly considering consultation adequate—Crown (INAC), Board relying on word of one party to “consultations”; accepting North Arrow’s assertion consultation complete, that First Nations had frustrated process—North Arrow cutting off negotiations, failing to follow Board’s guidelines on consultation—May do so with legal impunity since constitutionally obligated to First Nations—However, Crown cannot shelter behind North Arrow or absolve itself of obligations by having third party undertake negotiations—Crown, board impacted on North Arrow’s petard—So long as third party still seeking to conduct activities on First Nations’ land, Crown remaining obligated to at least consult, accommodate—In present case, no federal department or Board discussed project or mitigating measures with applicants nor did any department or board confirm with applicants statements of North Arrow—Insufficient to set up system to facilitate negotiation, necessary to evaluate actual implementation, processes specific to case—INAC, Board not conducting independent inquiry, not giving applicants “opportunity to be heard”—Lack of actions contrary to Board’s obligations, principles of fairness—Application allowed.

YELLOWKNIVES DENE FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1349-09, 2010 FC 1139, Phelan J., judgment dated November 12, 2010, 38 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 64) dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision allowing respondent’s appeal against removal order—Respondent marrying permanent resident, retaining separate apartments, spending time in both—After marriage failing, respondent acquiring permanent resident status on humanitarian, compassionate grounds—Immigration Division later finding respondent inadmissible in Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 40(1)(a) for misrepresentation respecting living arrangements—In *Supplementary Information—Spouse in Canada* form, respondent answering “yes” when asked if living with spouse—IAD cancelling removal order, finding question asked whether respondent, spouse living together as opposed to living separately in divorce law sense—IAD not considering genuineness of marriage because Immigration Division found it unnecessary to do so—Whether IAD erring in law when declining to consider genuineness of marriage—IAD obliged to consider underlying issue, namely genuineness of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

marriage, when finding removal order not supported on basis respondent, spouse keeping separate apartments—If marriage only entered into for immigration purposes, respondent not living with spouse, answer constituting misrepresentation—Certified question whether IAD having obligation to determine genuineness of marriage on *de novo* appeal from removal order on basis of misrepresentation when genuineness of marriage constituting misrepresentation alleged answered affirmatively, provided person given fair opportunity before IAD to address genuineness of marriage—Appeal allowed.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. PEIROVDINNABI (A-48-10, 2010 FCA 267, Evans J.A., judgment dated October 14, 2010, 11 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Judicial review of citizenship officer's decision denying applicant's citizenship application on basis applicant not meeting requirements of *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (Act), s. 3(1)(b)—Applicant, mother both applying for proof of Canadian citizenship—Applicant's mother, born outside Canada of Canadian parent, never registering as Canadian citizen prior to applicant's birth or coming into force of Bill C-37, *An Act to Amend the Citizenship Act*, S.C. 2008, c. 14 (limiting citizenship by descent to first generation born outside Canada to Canadian parent)—Applicant's mother receiving proof of Canadian citizenship pursuant to Act, s. 3(1)(g)—Applicant contending that because mother now citizen by birth, citizenship should extend to him as well—Arguing that limitation of citizenship by descent to first generation born outside Canada to Canadian parent inapplicable herein, application should have been approved by virtue of Act, s. 3(1)(b)—However, application for citizenship by virtue of s. 3(1)(g) triggering Act, s. 3(3)(a), thus non-applicability of 3(1)(b) to applicant—Introductory wording of s. 3(1) clear—Act, ss. 3(1)(b), 3(1)(g), 3(3)(a) read together cannot sustain theory by which applicant benefitting retroactively from mother's citizenship—Application dismissed.

RABIN v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1075-10, 2010 FC 1094, Boivin J., judgment dated November 5, 2010, 14 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision refusing applicant's permanent residence application under skilled worker category—Visa officer not awarding selection points for applicant's Canadian post-secondary studies—Claiming applicant not having studied in full-time program of at least two years duration, attending one semester at different school—Whether visa officer erring in interpreting *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 83—Minister contending that s. 83 restrictive, not permitting pursuit of different academic programs at more than one accredited institution—Arguing that s. 83 referring throughout to singular, therefore ordinary meaning confined to single two-year academic program at one institution—However, *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2) dictating that words in singular include plural, words in plural include singular—Accordingly, references in s. 83 to the singular must include “programs”, “institutions”, “study permits”, “those programs”—Such argument in keeping with purposive approach to interpretation of s. 83—Succession of academic programs at more than one institution not detracting from statutory purpose of recognizing person's adaptability—Discounting value of applicant's studies on such basis perverse, not in keeping with statutory object of such recognition—Reference to two years in s. 83 meaning academic, not calendar years—Breaks in continuity of study also contemplated—Application allowed.

PATEL v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6394-09, 2010 FC 1025, Barnes J., judgment dated October 20, 2010, 10 pp.)

INCOME TAX

REASSESSMENT

Consolidated appeals from Tax Court of Canada decision (2009 TCC 465) dismissing appeals from assessments for 1999 taxation year—Assessments arising from sale of shares by appellant to Canadian arm's length purchaser—Appellant embarking on capital step-up strategy, setting up trust in favour of wife, conveying shares to trust—Trust then selling shares to wife, in turn

INCOME TAX—Concluded

selling to purchaser—Capital gain taxable without such plan—Tax Court Judge holding trust not validly constituted, lacking certainty of intention, subject-matter, therefore upholding assessments—However not finding trust to be a sham—Appellant contending trust deed clear, unambiguous, Tax Court Judge’s conclusions based on circumstances external to trust—Test requiring courts to look at all circumstances, not just words of trust deed—Open to Tax Court Judge to consider actions of appellant, surrounding circumstances in determining whether certainty of intention present despite clarity of trust deed—However, Tax Court Judge misconstruing notion of intentional deception in context of sham—Required intent not equivalent to *mens rea*, need not go as far as tort of deceit—Suffices that parties to transaction present it as being different from what they know it to be—Tax Court Judge bound to conclude plan was a sham based on his findings—Appeal dismissed.

ANTLE V. CANADA (A-428-09, A-429-09, 2010 FCA 280, Noël J.A., judgment dated October 21, 2010, 10 pp.)

INQUIRIES

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 417) allowing judicial review by Right Honourable Jean Chrétien (respondent) against certain findings made by Honourable John H. Gomery, as Commissioner of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities (Commission)—Appellant alleging applications Judge (1) applied reasonable apprehension of bias test too rigidly, (2) interpreted general statements as proof of bias against respondent, wrongly attributed Commission spokesperson’s comments to Commissioner—With regard to first allegation, applicant contending applications Judge failing to give effect to distinction between bias in judicial, commission of inquiry settings—However, applications Judge mindful of such distinction throughout decision—Applications Judge’s conclusions not based on any single event, but cumulative effect of numerous events—As to reliance on general statements, open to applications Judge to hold that such comments could be viewed as directed against respondent—No reviewable error with regard to applications Judge’s conclusion that certain statements made by Commission’s spokesperson were to be attributed to Commissioner, considering strong evidentiary basis—Court specifically endorsing comments made by applications Judge with regard to communications with media during commissions of inquiry—Appeal dismissed.

CHRÉTIEN V. CANADA (EX-COMMISSIONER OF THE COMMISSION OF INQUIRY INTO THE SPONSORSHIP PROGRAM AND ADVERTISING ACTIVITIES) (A-46-08, 2010 FCA 283, Noël J.A., judgment dated October 26, 2010, 5 pp.)

PATENTS

INFRINGEMENT

Application brought under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 seeking order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent Mylan Pharmaceuticals ULC until expiry of Canadian Letters Patent No. 2310950 ('950 patent) owned by Janssen Pharmaceutica N.V. and licensed to Janssen Inc. (collectively the applicants)—'950 patent listed in respect of applicants’ galantamine product Reminyl—Inventive concept of '950 patent limited to applicants’ claimed discovery that slow titration of galantamine improving patient tolerability for drug by reducing side-effects, resulting in ability to use lower maintenance dose than previously proven effective—Finding foundation for applicants’ assertion in '950 patent that method of slow titration effectively reducing adverse side-effects that would otherwise be experienced—Relevant claims of '950 patent constituting unpatentable subject-matter—Applicants’ claims of having discovered that slow titration of galantamine reducing patient side-effects unquestionably well-known in prior art; would therefore have been obvious to person of skill at relevant time—Patent claim over method of medical treatment by nature covering area for which physician’s skill or judgment expected to be exercised not patentable in Canada—Includes administration of drug where physician, while relying on patentee’s dosage advice, still expected to be alert, responsive to patient’s profile, reaction to compound—Titration regimen claimed by applicants can only be seen as recommendation to physicians—By attempting to monopolize effective titration regimen for galantamine, '950 patent interfering with physicians’ ability to exercise judgment in administering generic versions of drug—Application dismissed.

JANSSEN INC. V. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (T-175-09, 2010 FC 1123, Barnes J., judgment dated November 10, 2010, 26 pp.)

PATENTS—Concluded

Application for order against Minister of Health not to issue notice of compliance (NOC) to Apotex Inc. (respondent) before expiration of Canadian Patent No. 1329211 ('211 patent), pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6—Respondent alleging '211 patent invalid for double-patenting, applicant already possessing Canadian Patent No. 1328262 ('262 patent) for family of compounds including dorzolamide, thus NOC should be issued—Applicant dedicating '262 patent to public in 2007, contending allegation of invalidity unjustified because double-patenting no longer problematic—Principal issues: (1) effect of applicant's '262 patent dedication, (2) whether applicant demonstrating allegation of invalidity unjustified—'262 patent statutorily expiring 17 years after issuance—'211 patent “divisional patent”, expiring 28 days after expiration of '262 parent—Applicant thus achieving monopoly over its invention beyond statutory 17-year period—Court should not permit dedication to yield such advantage—Applicant's dedication not immunizing '211 patent from allegation of double-patenting—Respondent's allegation of invalidity justified, applicant not discharging burden of proof of establishing contrary—Application dismissed.

MERCK & CO. INC. v. CANADA (HEALTH) (T-1545-08, 2010 FC 1043, O'Reilly J., judgment dated October 22, 2010, 19 pp.)

PRACTICE

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 1249) dismissing appeal from Commissioner of Patents refusal to grant patent for medicinal compound because patent already issued for same compound made by particular process—That patent (parent patent) issued in 1987 when patents could not be issued for medicinal compounds but process-dependent patents were possible—Appellant's current patent application for medicinal compound materially identical to its process-dependent patent issued in 1987—Commissioner's refusal based on prohibition of “obviousness” double patenting, appellant's compound not patentably distinct from claim in parent product—Issue: whether “obviousness” double patenting applicable to patent application with respect to product, when process-dependent patent already issued—Appellant submitting case law allowing patent for compound, even though process-dependent patent already issued in respect of materially identical compound, relying principally on *Aventis Pharma Inc. v. Mayne Pharma (Canada) Inc.*, 2005 FC 1183—Federal Court not intending therein to decide that rule against “obviousness” double patenting excluding claim for compound when process-dependent patent with respect to same compound already issued—However, if deciding so, *Aventis Pharma Inc. v. Mayne Pharma (Canada) Inc.* should not be regarded as authority for such proposition—Claim for compound materially identical to subject of process-dependent patent exhibiting no inventive ingenuity or novelty—Commissioner correctly denying appellant's patent application—Appeal dismissed.

BAYER SCHERING PHARMA AKTIENGESELLSCHAFT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-6-10, 2010 FCA 275, Evans J.A., judgment dated October 20, 2010, 16 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Production of Documents*

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 1316) dismissing appeal from Prothonotary's order for further, better production of documents in infringement action—Whether Prothonotary erring in (1) accepting expert evidence from chemist employed by respondent, (2) applying relevance test—With respect to first allegation, appellant arguing chemist lacking independence, impartiality required of expert witnesses—Cases relied upon by appellant not constituting authority for proposition that testimony of properly qualified expert may be rejected on basis of lack of independence—Prothonotary not clearly wrong in assessing expert's evidence in light of cross-examination—With regard to second allegation, appellant contending presumption of veracity attached to its regulatory filing raising bar of relevance test since documents requested unlikely to contradict regulatory filings—Party cannot resist production of documents on basis that in regulatory context, documents filed inconsistent with plaintiff's allegations in infringement action—Likelihood of relevance not dependent on party's good faith but on content of requested documents—Court unable to say prothonotary erring in applying broad relevance principle—Appeal dismissed.

ELI LILLY CANADA INC. v. HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION (A-13-10, 2010 FCA 282, Pelletier J.A., judgment dated October 26, 2010, 6 pp.)

TRANSPORTATION

Applications for judicial review of decision by Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) concerning complaint by respondent Eddy Morten against Air Canada—Applicants challenging jurisdiction of Tribunal—Respondent, suffering from visual, hearing impairment, advised by Air Canada that he could not fly without attendant—Decision confirmed without individualized assessment—Respondent filing complaint with Canadian Transportation Agency (Agency) under Part V of *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (CTA), Part V alleging Air Canada’s decision constituting undue obstacle to mobility—Agency finding obstacle not undue, as predicated on safety risks—Respondent subsequently filing complaint with Canadian Human Rights Commission (Commission)—Tribunal concluding Air Canada discriminating against respondent, ordering Air Canada’s attendant policy be formalized with respect to persons with visual, hearing impairment by revising applicable tariffs—Also rejecting argument that tariffs, amendments to tariffs within exclusive jurisdiction of Agency, concluding that CTA not requiring Agency’s prior approval of tariffs—Issues: (1) proper standard of review, (2) whether Tribunal acting without jurisdiction in hearing respondent’s case—Tribunal’s account of evidence entitled to deference—Lack of experience, expertise in aeronautical laws not meaning Tribunal’s account of evidence must be correct—Parliament’s intention was for Agency, not Commission, Tribunal, to handle complaints relating to carrier’s policies, tariffs, transportation regulations—Not proper for Tribunal to sit on appeal of Agency’s decision—Matter herein falling to be heard by Agency, including human rights aspect of case since test applicable when assessing undue obstacle under CTA, s. 5 same one that is applied by human rights tribunals across country when assessing undue hardship—Application allowed.

CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) v. MORTEN (T-239-09, 2010 FC 1008, O’Keefe J., judgment dated October 13, 2010, 34 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

BREVETS

CONTREFAÇON

Demande présentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS 93-133, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à la défenderesse, Mylan Pharmaceuticals ULC, jusqu'à l'expiration des lettres patentes canadiennes n° 2310950 (le brevet '950) appartenant à Janssen Pharmaceutica N.V. et concédé par licence à Janssen Inc. (collectivement, les demanderesses)—Le brevet '950 est inscrit à l'égard du produit des demanderesses à base de galantamine, Reminyl—L'idée originale du brevet '950 se limite à la découverte dont se réclamaient les demanderesses, soit qu'un lent ajustement de la posologie de la galantamine avait amélioré la tolérance des patients au médicament en réduisant les effets secondaires et avait permis l'utilisation d'une dose d'entretien plus faible que celle qui s'était déjà révélée—Cette découverte est à la base de l'idée du brevet '950 des demanderesses, soit que la méthode d'ajustement posologique lent réduit de façon efficace les effets secondaires indésirables qu'aurait autrement entraînés la galantamine—Les revendications pertinentes du brevet '950 constituaient un objet non brevetable—Les prétentions des demanderesses selon lesquelles elles ont découvert que le lent ajustement posologique de la galantamine atténue les effets secondaires de ce médicament était sans aucun doute bien connu dans l'art antérieur et aurait donc été évident pour une personne versée dans l'art à l'époque—Une revendication de brevet visant une méthode de traitement médical qui, de par sa nature, appartient à un domaine pour lequel on peut penser que la compétence ou le jugement du médecin est nécessaire n'est pas brevetable au Canada—Cela comprend l'administration d'un médicament lorsque le médecin, bien qu'il se fie à la recommandation de dosage du breveté, doit tout de même prêter attention au profil du patient et à la réaction de ce dernier au composé—L'ajustement posologique revendiqué par les demanderesses ne peut être considéré que comme une recommandation destinée aux médecins—En cherchant à obtenir un monopole pour l'ajustement posologique efficace de la galantamine, le brevet '950 fait obstacle à la capacité des médecins d'exercer leur jugement pour l'administration des versions génériques du médicament—Demande rejetée.

JANSSEN INC. C. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (T-175-09, 2010 CF 1123, juge Barnes, jugement en date du 10 novembre 2010, 26 p.)

Demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé de ne pas délivrer d'avis de conformité (AC) à Apotex Inc. (la défenderesse) avant l'expiration du brevet canadien n° 1329211 (le brevet '211) en vertu de l'art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—La défenderesse affirmait que le brevet '211 était invalide pour cause de double brevet, la demanderesse possédant déjà le brevet canadien n° 1328262 (le brevet '262) portant sur une famille de composés qui comprenait le dorzolamide; l'AC devait donc être délivré—La demanderesse a cédé le brevet '262 au domaine public en 2007, soutenant que l'allégation d'invalidité n'était pas justifiée parce que la question du double brevet ne posait plus problème—Principaux points litigieux : 1) l'effet de la cession du brevet '262 de la demanderesse, et 2) si la demanderesse avait démontré que l'allégation d'invalidité était injustifiée—Selon la loi, le brevet '262 expire 17 ans après sa délivrance—Le brevet '211 est un « brevet complémentaire » qui expire 28 jours après le brevet '262—La demanderesse obtiendrait donc un monopole sur son invention au-delà de la période légale de 17 ans—La Cour ne devrait pas permettre que la cession produise un

BREVETS—Fin

tel effet—La cession de la demanderesse ne prémunit pas le brevet '211 contre une allégation de double brevet—L'allégation d'invalidité de la défenderesse était justifiée; la demanderesse ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir le contraire—Demande rejetée.

MERCK & CO. INC. c. CANADA (SANTÉ) (T-1545-08, 2010 CF 1043, juge O'Reilly, jugement en date du 22 octobre 2010, 19 p.)

PRATIQUE

Appel de la décision de la Cour fédérale (2009 CF 1249) rejetant l'appel formé contre le refus de la commissaire aux brevets d'accorder un brevet pour un composé médicinal car un brevet avait déjà été délivré pour le même composé fabriqué grâce à un procédé particulier—Ce brevet (le brevet principal) avait été délivré en 1987 lorsque des brevets ne pouvaient être délivrés pour des composés médicinaux, mais des brevets dépendant d'un procédé pouvaient l'être—La demande de brevet actuelle de l'appelante revendiquant un composé médicinal était essentiellement identique au brevet dépendant d'un procédé délivré en 1987—Le refus de la commissaire reposait sur l'interdiction du double brevet relatif à une « évidence » et le fait que le composé de l'appelante ne constituait pas un élément brevetable distinct par rapport à la revendication figurant dans le brevet principal—Question à trancher : il s'agissait de savoir si la règle interdisant le double brevet relatif à une « évidence » s'applique à une demande de brevet pour un produit lorsqu'un brevet dépendant d'un procédé a déjà été délivré—L'appelante soutenait que la jurisprudence établit qu'un brevet peut être délivré pour un composé, même si un brevet dépendant d'un procédé a déjà été accordé à l'égard d'un composé essentiellement identique, invoquant principalement l'affaire *Aventis Pharma Inc. c. Mayne Pharma (Canada) Inc.*, 2005 CF 1183—Dans cette affaire, la Cour fédérale n'avait pas l'intention de décider que la règle interdisant le double brevet relatif à une « évidence » exclut une revendication pour un composé lorsqu'un brevet visant le même composé dépendant d'un procédé a déjà été délivré—Toutefois, si elle tranche ainsi, l'affaire *Aventis Pharma Inc. v Mayne Pharma (Canada) Inc.* ne devrait pas avoir de valeur de précédant à l'égard de cet argument—Une revendication pour un composé essentiellement identique à l'objet d'une revendication dépendant d'un procédé ne présente aucun caractère inventif—La commissaire était justifiée de rejeter la demande de brevet de l'appelante—Appel rejeté.

BAYER SCHERING PHARMA AKTIENGESELLSCHAFT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-6-10, 2010 CAF 275, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20 octobre 2010, 16 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Renvoi de résidents permanents*

Appel de la décision (2010 CF 64) par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accueillant l'appel interjeté par l'intimé à l'encontre d'une mesure de renvoi—L'intimé avait épousé une résidente permanente et les époux avaient conservé des appartements distincts et habitaient dans les deux appartements—Après l'échec du mariage, l'intimé a obtenu le statut de résident permanent pour des motifs d'ordre humanitaire—La Section de l'immigration a par la suite conclu que l'intimé était interdit de territoire au Canada en application de l'art. 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, pour avoir fait une présentation erronée relativement à ses conditions de logement—Dans le formulaire intitulé *Renseignements supplémentaires — conjoint vivant au Canada* où il devait indiquer s'il vivait avec son épouse, l'intimé avait répondu « oui »—La SAI a annulé la mesure de renvoi, statuant que la question à trancher était celle de savoir si l'intimé et son épouse vivaient ensemble plutôt que séparément suivant le concept propre au droit en matière de divorce—La SAI ne s'est pas penchée sur l'authenticité du mariage parce que la Section de l'immigration n'avait pas jugé nécessaire de le faire—Il s'agissait de savoir si la SAI avait commis une erreur de droit lorsqu'elle a refusé d'examiner l'authenticité du mariage—La SAI est tenue de prendre en considération la question sous-jacente, soit l'authenticité du mariage, lorsqu'elle avait conclu que la mesure de renvoi ne reposait pas sur le fait que l'intimé et son épouse avaient des appartements distincts—Si le mariage avait été contracté uniquement à des fins d'immigration, l'intimé ne vivait pas avec son épouse et la réponse constituait une présentation erronée—La Cour a

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

répondu dans l'affirmative à la question certifiée de savoir si la SAI a l'obligation de se prononcer sur l'authenticité d'un mariage lors d'un appel *de novo* à l'encontre d'une mesure de renvoi reposant sur une présentation erronée, à condition que la personne ait l'occasion de traiter de l'authenticité du mariage devant la SAI—Appel accueilli.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. PEIROVDINNABI (A-48-10, 2010 CAF 267, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 14 octobre 2010, 11 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté du demandeur au motif qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 3(1)*b* de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi)—Le demandeur et sa mère avaient présenté une demande d'attestation de la citoyenneté canadienne—La mère du demandeur, née à l'étranger d'un père canadien, n'était pas enregistrée comme citoyenne canadienne avant la naissance du demandeur ni avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-37, la *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté*, L.C. 2008, ch. 14 (qui restreint la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'une mère ou d'un père ayant la citoyenneté canadienne)—La mère du demandeur avait reçu une attestation de citoyenneté canadienne en application de l'art. 3(1)*g* de la Loi—Le demandeur affirmait qu'étant donné que sa mère était maintenant considérée comme une citoyenne par sa naissance, la citoyenneté canadienne devrait aussi lui être reconnue—Il soutenait que les dispositions limitant la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen canadien ne s'appliquaient pas en l'espèce et que la demande aurait dû être approuvée en vertu de l'art. 3(1)*b* de la Loi—Toutefois, une demande de citoyenneté fondée sur l'art. 3(1)*g* entraîne l'application de l'art. 3(3)*a* et rend donc l'art. 3(1)*b* inapplicable au demandeur—Les termes liminaires de l'art. 3(1) sont clairs—Les art. 3(1)*b*, 3(1)*g* et 3(3)*a* de la Loi, considérés ensemble, ne permettaient pas de souscrire à l'argument du demandeur selon lequel il devrait pouvoir s'appuyer de façon rétroactive sur la citoyenneté de sa mère—Demande rejetée.

RABIN C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (T-1075-10, 2010 CF 1094, juge Boivin, jugement en date du 5 novembre 2010, 14 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a refusé la demande de résidence permanente du demandeur au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés—L'agent des visas n'a pas accordé de points d'appréciation au demandeur au titre des études postsecondaires qu'il avait faites au Canada—Il affirmait que le demandeur n'avait pas étudié dans le cadre d'un programme d'études à temps plein d'une durée d'au moins deux ans et qu'il avait fréquenté un autre établissement scolaire pendant un semestre—Il s'agissait de savoir si l'agent des visas a commis une erreur en interprétant l'art. 83 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Le ministre soutenait que l'art. 83 est plus restrictif et qu'il ne permet pas à une personne de suivre successivement différents programmes d'études dans plus d'un établissement accrédité—Il affirmait que l'art. 83 emploie partout le singulier et que, suivant son sens ordinaire, il vise donc un seul et même programme d'études de deux ans suivi dans un seul et même établissement—Cependant, l'art. 33(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, précise que le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité—Les termes au singulier à l'art. 83 doivent donc s'interpréter comme comprenant le pluriel : « des programmes », « des établissements », « des permis d'études » et « ces programmes »—Cet argument s'accorde avec une interprétation téléologique de l'art. 83—Suivre une succession de programmes d'études dans plusieurs établissements ne dérogerait pas à l'objet de la loi consistant à reconnaître la capacité d'adaptation de l'individu—Refuser pour un tel motif de reconnaître la moindre valeur aux études du demandeur est inique et non conforme à l'objet de la loi consistant à reconnaître la capacité d'adaptation—Les deux ans dont il est question à l'art. 83 s'entendent d'années scolaires et non d'années civiles—La disposition n'exclut pas la possibilité d'une interruption des études—Demande accueillie.

PATEL C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6394-09, 2010 CF 1025, juge Barnes, jugement en date du 20 octobre 2010, 10 p.)

ENQUÊTES

Appel de la décision (2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire soumise par le très honorable Jean Chrétien (l'intimé) quant à certaines conclusions tirées par l'honorable John H. Gomery, en sa qualité de commissaire de la Commission d'enquête sur le programme des commandites et les activités publicitaires (la Commission)—L'appelant alléguait que le juge de première instance : 1) avait appliqué le critère de la crainte raisonnable de partialité de façon trop rigide, et 2) avait considéré que des déclarations générales constituaient une preuve de partialité à l'égard de l'intimé et avait attribué erronément au commissaire des commentaires formulés par le porte-parole de la Commission—S'agissant de la première allégation, l'appelant convenait que le juge de première instance n'avait pas donné effet à la distinction entre la partialité selon le contexte judiciaire ou selon le contexte de commission d'enquête—Toutefois, le juge de première instance avait tenu compte de cette distinction tout au long de ses motifs—La décision du juge de première instance ne reposait pas sur un seul incident, mais plutôt sur l'effet cumulatif de nombreux incidents—Pour ce qui est de l'argument que le juge de première instance s'est fondé sur des déclarations générales, il lui était loisible de statuer qu'on pouvait considérer que ces déclarations visaient l'intimé—La conclusion du juge de première instance selon laquelle certaines déclarations du porte-parole de la Commission devaient être attribuées au commissaire ne comportait aucune erreur susceptible de révision à la lumière des éléments de preuve solides—La Cour a entériné expressément les commentaires formulés par le juge de première instance quant aux communications avec les médias pendant les commissions d'enquête—Appel rejeté.

CHRÉTIEN C. CANADA (EX-COMMISSAIRE DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DES COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES) (A-46-08, 2010 CAF 283, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2010, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

NOUVELLES COTISATIONS

Appels consolidés visant une décision (2009 CCI 465) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté les appels à l'encontre des cotisations établies relativement à l'année d'imposition 1999—Les cotisations résultaient de la vente d'actions par l'appelant à un acheteur sans lien de dépendance—L'appelant avait élaboré une stratégie de majoration du coût des biens en immobilisation, avait établi une fiducie au profit de son épouse et avait transféré les actions à la fiducie—La fiducie avait ensuite vendu les actions à son épouse qui, elle, les avait revendues à l'acheteur—N'eût été ce plan, les gains en capital auraient été imposables—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la fiducie n'était pas valablement constituée parce que la certitude d'intention et la certitude de l'objet n'étaient pas présentes; il a donc maintenu la cotisation établie—Toutefois, il a conclu que la fiducie n'était pas un trompe-l'œil—L'appelant soutenait que l'acte de fiducie était clair et non équivoque et que la conclusion du juge de la Cour de l'impôt était fondée sur des circonstances étrangères à la fiducie—Le critère oblige les cours à examiner l'ensemble des circonstances et non seulement le texte des actes de fiducie—Il était loisible au juge de la Cour de l'impôt de tenir compte de la conduite de l'appelant et des faits de l'espèce pour décider s'il y avait certitude quant à l'intention en dépit de la clarté de l'acte de fiducie—Cependant, le juge de la Cour de l'impôt a mal interprété la notion de la tromperie délibérée dans le contexte d'un trompe-l'œil—L'intention requise n'équivaut pas à une intention coupable et ne saurait aller jusqu'à constituer le délit de dol—Il suffit que les parties à une opération la présentent comme différente de la réalité qu'elles connaissent—Le juge de la Cour de l'impôt était tenu de déclarer que la fiducie était un trompe-l'œil suivant ses conclusions—Appel rejeté.

ANTLE C. CANADA (A-428-09, A-429-09, 2010 CAF 280, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 21 octobre 2010, 10 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Obligation de consulter—Contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d'utilisation du sol à North Arrow Minerals Inc. pour qu'elle se livre à de l'exploration minière—Les demandeurs font partie des Premières nations dénées de l'Akaiicho—Ils ont des droits issus de traités jouissant d'une protection constitutionnelle—Ils soutenaient qu'ils n'avaient pas été consultés avant que l'Office délivre le permis, contrairement à la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, L.C. 1998, ch. 25 et à ses règlements connexes—Les véritables questions étaient la portée de l'obligation de consulter de la Couronne et celle de savoir si elle s'était acquittée de son obligation—L'Office avait délégué au ministère des Affaires canadiennes et du Nord canadien (MAINC) la responsabilité de fixer l'exigence au titre de l'obligation de consulter—La Couronne peut se fonder sur les actes de tiers pour déterminer si l'obligation de consulter a été exécutée ou non—En l'espèce, le problème n'était pas que la Couronne et l'Office s'étaient penchés sur la « consultation »

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

entreprise par North Arrow, mais plutôt qu'ils avaient estimé à tort que la consultation était adéquate—La Couronne (MAINC) et l'Office s'étaient fondés sur les affirmations d'une partie aux « consultations »; ils avaient accepté l'affirmation de North Arrow selon laquelle la consultation avait été menée à bien et que les Premières nations avaient entravé le processus—North Arrow avait rompu les négociations et omis de suivre les lignes directrices de l'Office sur la consultation—Elle peut agir ainsi en toute impunité parce qu'elle a une obligation, d'après la Constitution, envers les Premières nations—Toutefois, la Couronne ne peut pas prendre refuge derrière North Arrow ou se dégager de ses obligations en faisant en sorte que des tiers entretiennent les négociations—Les gestes de North Arrow influent sur la Couronne et l'Office—Tant qu'un tiers continue d'essayer d'exercer des activités sur les terres des Premières nations, la Couronne demeure tenue à tout le moins de consulter et d'accommoder—En l'espèce, aucun ministère fédéral ni aucun office n'avait traité du projet ou des mesures d'atténuation avec les demandeurs ou n'avaient confirmé les déclarations de North Arrow avec eux—Il ne suffisait pas d'instaurer un système pour simplifier les négociations; il fallait évaluer la mise en œuvre réelle et les processus propres à l'affaire—Le MAINC et l'Office ne s'étaient pas livrés à une enquête indépendante et n'avaient pas donné aux demandeurs la possibilité d'être entendus—L'inaction allait à l'encontre des obligations de l'Office et des principes d'équité—Demande accueillie.

PREMIÈRE NATION DES DÉNÉS YELLOWKNIVES C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1349-09, 2010 CF 1139, juge Phelan, jugement en date du 12 novembre 2010, 38 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Appel de la décision (2009 CF 1316) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel formé contre l'ordonnance de la protonotaire exigeant une nouvelle production de documents plus complète dans une action en contrefaçon—Il s'agissait de savoir si la protonotaire avait commis une erreur 1) en acceptant le témoignage d'expert d'un chimiste employé par l'intimée, et 2) en appliquant le critère de la pertinence—S'agissant de la première allégation, l'appelante soutenait que le chimiste manquait de l'indépendance et de l'impartialité requises d'un témoin expert—Les décisions invoquées par l'appelante n'étaient pas la proposition selon laquelle le témoignage d'un expert validement qualifié peut être rejeté sur le fondement de son manque d'indépendance—La protonotaire ne s'était pas clairement trompée en appréciant le témoignage de l'expert à la lumière de son contre-interrogatoire—Pour ce qui est de la deuxième allégation, l'appelante soutenait que la présomption de véracité des documents réglementaires produits haussait la barre du critère de la pertinence parce qu'il était improbable que les documents demandés contredisent les documents réglementaires—Une partie ne peut pas s'opposer à la production de documents pour la raison que, dans un contexte réglementaire, les documents déposés contredisent les allégations du demandeur dans une action en contrefaçon—La probabilité de la pertinence des documents demandés ne dépend pas de la bonne foi d'une partie, mais du contenu de ces documents—La Cour ne pouvait affirmer que la protonotaire avait commis une erreur en appliquant le principe de la pertinence générale—Appel rejeté.

ELI LILLY CANADA INC. C. HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION (A-13-10, 2010 CAF 282, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2010, 6 p.)

TRANSPORTS

Demandes de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) quant à la plainte déposée par le défendeur Eddy Morten contre Air Canada—Les demandeurs contestaient la compétence du Tribunal—Air Canada a avisé le défendeur, qui souffre de déficiences visuelle et auditive, qu'il ne pouvait pas voyager sans accompagnateur—La décision a été confirmée sans qu'il y ait d'évaluation personnalisée—Le défendeur a porté plainte auprès de l'Office des transports du Canada (l'Office) en vertu de la partie V de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (LTC), affirmant que la décision d'Air Canada constituait un obstacle abusif à sa circulation—L'Office a statué que l'obstacle n'était pas abusif puisqu'il reposait sur des risques pour la sécurité—Le défendeur a ensuite déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission)—Le Tribunal a conclu qu'Air Canada avait fait preuve de discrimination contre le défendeur, lui enjoignant d'adopter officiellement une politique sur les accompagnateurs quant à des personnes souffrant de déficiences visuelle et auditive en modifiant les tarifs applicables—Il a aussi rejeté l'argument selon lequel les tarifs et les modifications qui y sont

TRANSPORTS—Fin

apportées relèvent de la compétence exclusive de l'Office, concluant que la LTC n'exige pas que l'Office approuve les tarifs au préalable—Points litigieux : 1) la norme de contrôle applicable, 2) la question de savoir si le Tribunal avait agi sans compétence lorsqu'il a instruit l'affaire du défendeur—Il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard du témoignage du Tribunal—Le manque d'expérience et de connaissances spécialisées en matière de droit aéronautique ne signifie pas que le témoignage du Tribunal doit être correct—Le législateur voulait que l'Office se charge des plaintes relatives aux politiques, tarifs et règlements de transport des transporteurs, non pas la Commission ou le Tribunal—Il ne convenait pas que le Tribunal soit saisi de l'appel formé contre la décision de l'Office—L'Office devait être saisi de la question visée en l'espèce, y compris le volet concernant les droits de la personne, parce que le critère applicable à l'évaluation de l'obstacle abusif en vertu de l'art. 5 de la LTC est le même que celui qui est appliqué par les tribunaux des droits de la personne partout au pays pour évaluer la contrainte excessive—Demande accueillie.

CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) C. MORTEN (T-239-09, 2010 CF 1008, juge O'Keefe, jugement en date du 13 octobre 2010, 34 p.)