



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 3, Part 1

2010, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2010] 3 F.C.R., {³⁻¹⁹³_{D-1-D-9}

Renvoi [2010] 3 R.C.F., {³⁻¹⁹³_{F-1-F-10}

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, 2010.

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'arrêtiŕiste 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, 2010.

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'arrêtiŕiste 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 gouvernementaux, 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	3–193
Digests	D-1–D-9

Charkaoui (Re) (F.C.) 67

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Application asking Court to address questions of law posed by named person, special advocates, specifically with regard to role of judge concerning upcoming supplementary disclosure in accordance with *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) (Charkaoui II)*, to placing of information in Court's public files, to national security standard—*Federal Courts Rules*, r. 151(1) allowing for certain documents “to be filed” to be treated as confidential not applying to documents not yet filed—Possibility of invoking r. 4 to avoid this difficulty—Allowing named person to bring confidentiality motion appropriate remedy for serious harm he could suffer if denied opportunity to bring such motion—Additional information communicated under *Charkaoui*

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–193
Fiches analytiques	F-1–F-10

Charkaoui (Re) (C.F.) 67

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Demande à la Cour d'adresser certaines questions de droit posées par l'intéressé et les avocats spéciaux, notamment quant au rôle du juge en lien avec la divulgation supplémentaire à venir conformément à l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (Charkaoui II)*, au dépôt de l'information au dossier public de la Cour, et à la norme de la sécurité nationale—La règle 151(1) des *Règles des Cours fédérales* permettant que certains documents qui « seront déposés » soient considérés comme confidentiels ne s'applique pas aux documents qui n'ont pas encore été déposés—La règle 4 pouvait être invoquée pour contourner cette difficulté—Permettre à l'intéressé de présenter une requête en confidentialité était la réparation qui convenait

CONTENTS (Continued)

It not to be automatically filed in Court docket—Under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 83(1)(e), summary of confidential information that might be considered relevant submitted to named person—Information in question, summary only part of Court docket if parties, special advocates file it—“National security” meaning “at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada”—Role of designated judge in determining disclosure of information to named person applying criteria established through case law while taking into consideration need to preserve confidentiality, importance of providing fullest possible disclosure—Burden of proving disclosure injurious to national security, safety of any person falling on whoever making claim (in this case, government)—Standard of proof required for non-disclosure, supported by case law being balance of probabilities.

Charkaoui (Re) (F.C.) 102

Security Intelligence—Application by special advocates for order compelling ministers to make all reasonable efforts to seek permission of foreign agencies involved in Charkaoui case to disclose information provided to Canadian Security Intelligence Service—Issue interpretation of third party rule (relied on to refuse disclosure), application thereof to Mr. Charkaoui’s certificate—Rule stating not to disclose source, content of security intelligence without permission of originating agency—Requirement to demonstrate reasonable efforts made to obtain consent not to be disregarded in this case—Fact five security certificates referred concurrently not meaning person concerned not entitled to full application of third party rule—Rule applying objectively—Ministers’ flat refusal to obtain consent without presenting alternative not reconcilable with rule—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au préjudice grave qu’il pourrait subir s’il n’avait pas la chance de présenter cette demande—Les renseignements additionnels communiqués en application de l’arrêt *Charkaoui II* ne font pas automatiquement partie du dossier de la Cour—En vertu de l’art. 83(1)e de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, un résumé des renseignements confidentiels qui pourraient être considérés pertinents est remis à l’intéressé—Les renseignements en cause ou tout résumé ne feront partie du dossier de la Cour que si l’une des parties ou les avocats spéciaux les déposent—« Sécurité nationale » s’entend « au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada »—Le rôle du juge désigné dans la détermination de divulguer à l’intéressé les renseignements est d’appliquer les critères établis par la jurisprudence en tenant compte de la nécessité de préserver la confidentialité et de l’importance de donner une divulgation la plus complète possible—Le fardeau de prouver que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui revient à qui invoque une telle atteinte (en l’espèce, le gouvernement)—La norme exigée et supportée par la jurisprudence pour la non-divulgation est celle de la prépondérance des probabilités.

Charkaoui (Re) (C.F.) 102

Renseignement de sécurité—Demande des avocats spéciaux visant l’obtention d’une ordonnance enjoignant aux ministres de déployer tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères impliquées dans le dossier Charkaoui à la divulgation d’informations transmises au Service canadien du renseignement de sécurité—La question en litige portait sur l’interprétation de la règle des tiers (invoquée pour refuser la divulgation) et sur son application au certificat de M. Charkaoui—Cette règle consiste à ne pas dévoiler la source ou le contenu de renseignements de sécurité sans l’autorisation de l’organisme d’origine—L’exigence de démontrer que des efforts raisonnables ont été faits pour obtenir un consentement ne devait pas être écartée en l’espèce—Le fait de déposer cinq certificats de sécurité concurremment ne peut faire obstacle au droit de l’intéressé à l’application intégrale de la règle des tiers—Cette dernière doit être appliquée objectivement—Le refus global des ministres d’obtenir un consentement sans qu’une solution de rechange ne soit présentée n’était pas conciliable avec la règle—Demande accueillie.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Harkat (Re) (F.C.) 168

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—Motion for order requiring Canada Border Services Agency (CBSA) to return all items, records seized at Harkat residence without delay—Mr. Harkat named in security certificate as person inadmissible to Canada on grounds of national security, released from detention under strict conditions—Para. 16 of terms and condition requiring Harkat give CBSA access to residence to verify presence, ensure conditions of release complied with—CBSA conducting search of almost six hours of Harkat residence—Whether CBSA’s actions constituting unreasonable search, seizure contrary to Charter, s. 8—Harkat consenting to searches for purpose of ensuring compliance with conditions of release—While consent diminishing or extinguishing reasonable expectation of privacy, consent should be narrowly construed—Harkat not consenting to intelligence gathering searches; retaining reasonable expectation of privacy—Search, seizure by CBSA warrantless—Such search unreasonable herein—Order requiring return of all information, equipment, records seized, destruction of copies thereof appropriate remedy—Motion granted.

J.P. v. Canada (Attorney General) (F.C.) 3

Parole—Judicial review of National Parole Board’s calculation of applicant’s eligibility for day, full parole under *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA) in order that parole be calculated based solely on custodial portion of applicant’s sentence—Applicant sentenced under *Youth Criminal Justice Act* (YCJA), s. 42(2)(q)(ii)—Sentence comprised of 22-month custodial, 36-month conditional supervision portions—Committed to provincial correctional facility for adults—CCRA, s. 2(1) defining “sentence” as sentence of imprisonment, including inter alia “youth sentence” imposed under YCJA—“Youth sentence” within meaning of CCRA, s. 2(1) can only mean custodial

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Harkat (Re) (C.F.) 168

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Requête sollicitant une ordonnance obligeant l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) à restituer, sans délai, l’ensemble des objets et des dossiers saisis dans la résidence de M. Harkat—M. Harkat, déclaré dans un certificat de sécurité interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale, a été mis en liberté sous des conditions strictes—Le par. 16 des conditions dispose que M. Harkat doit donner accès à son domicile aux employés de l’ASFC pour qu’ils puissent s’assurer que M. Harkat se trouvait chez lui et qu’il respectait les conditions de la mise en liberté—L’ASFC s’est livrée à une perquisition d’une durée de près de six heures dans le domicile des Harkat—Il s’agissait de savoir si les mesures prises par l’ASFC constituaient une perquisition et une saisie abusives contrairement à l’art. 8 de la Charte—M. Harkat a consenti à ce que des perquisitions soient effectuées chez lui pour que l’ASFC s’assure qu’il respectait les conditions de sa mise en liberté—Bien que le consentement puisse limiter ou faire disparaître l’attente raisonnable d’une personne en matière de vie privée, le consentement devrait être interprété de façon stricte—M. Harkat n’a pas consenti à des perquisitions visant l’obtention d’informations relatives au renseignement; il gardait une attente raisonnable en matière de vie privée—La perquisition et la saisie ont été effectuées par l’ASFC sans mandat—Cette perquisition était abusive en l’espèce—Une ordonnance exigeant la restitution de l’ensemble des documents, de l’équipement et des dossiers saisis ainsi que la destruction de toute copie de ces objets constituait la réparation appropriée—Requête accueillie.

J.P. c. Canada (Procureur général) (C.F.) 3

Libération conditionnelle—Contrôle judiciaire de la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l’admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC) pour que le calcul soit fondé seulement sur la partie de sa peine à purger sous garde—Le demandeur a été condamné sous le régime de l’art. 42(2)(q)(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour adolescents* (LSJPA)—La peine comportait 22 mois à purger sous garde et 36 mois de liberté sous condition au sein de la collectivité—Le demandeur a été incarcéré dans un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

portion of applicant's sentence—Therefore, Board's decision inconsistent with correct contextual interpretation of "sentence" under CCRA—Applicant considered "young person" as defined in YCJA, s. 2(1) serving "youth sentence" in adult facility—Entitled to conditional release under CCRA—Since parole discretionary form of conditional release allowing offenders to serve balance of sentence outside institution, cannot attach to sanction or portion thereof already ordered to be served in community such as conditional supervision portion of sentence under YCJA, s. 42(2)(q)(ii)—Phrase "means a sentence of imprisonment" in CCRA, s. 2(1) definition of "sentence" narrowing scope of term to one of incarceration—Use of word "includes" in reference to youth sentences under YCJA encompassing carceral portions of sentences, not portion to be served in community—Thus, definition of "sentence" not referring to community supervision portion thereof—Therefore, only 22-month custodial portion of sentence to be included—Absent decision to continue custody or return offender to custody for remainder of sentence, Board having jurisdiction over offender serving youth sentence in adult facility until applicant no longer required to be detained under custodial portion of sentence—Therefore, Board's jurisdiction expiring at end of 22-month custodial portion of applicant's youth sentence—Application allowed.

Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc. (F.C.) 141

Patents—Practice—Motion to dismiss applicants' prohibition application pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6(5)(b)—Respondent delivering notice of allegation (NOA) with respect to applicants' patent—Applicants

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

établissement correctionnel provincial pour adultes—Les termes « peine » et « peine d'emprisonnement » définis à l'art. 2(1) de la LSCMLC s'entendent notamment d'une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA—L'expression « peine spécifique », telle qu'elle est employée à l'art. 2(1) de la LSCMLC, ne peut rien signifier d'autre que la période de garde comprise dans la peine du demandeur—La décision de la Commission était donc incompatible avec l'interprétation contextuelle correcte des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » de la LSCMLC—Le demandeur était un « adolescent » au sens de l'art. 2(1) de la LSJPA qui purgeait une « peine spécifique » dans un établissement pour adultes—Cela lui donnait droit à la mise en liberté sous condition sous le régime de la LSCMLC—Comme la libération conditionnelle est une forme discrétionnaire de mise en liberté sous condition qui permet aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d'un établissement carcéral, elle ne peut se rapporter à une sanction ou à une partie de sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité, telle que la période de liberté sous condition faisant partie de la peine prévue à l'art. 42(2)(q)(ii) de la LSJPA—L'expression d'une équivalence entre « peine » et « peine d'emprisonnement » à l'art. 2(1) de la LSCMLC restreint la portée du terme « peine » à la détention—L'emploi de la charnière « s'entend notamment de » relativement aux peines spécifiques imposées en vertu de la LSJPA a pour effet d'inclure dans la définition la partie carcérale de ces peines, mais pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité—Donc, la définition des termes « peine » et « peine d'emprisonnement » ne comprend pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité—En conséquence, seule la période de garde de 22 mois que comprenait la peine pouvait être considérée—En l'absence d'une décision de maintien sous garde ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission prend fin au moment où le demandeur n'a plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine—Par conséquent, la compétence de la Commission expirait à la fin de la période de garde de 22 mois que comprenait la peine spécifique du demandeur—Demande accueillie.

Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc. (C.F.) 141

Brevets—Pratique—Requête présentée en vertu de l'art. 6(5)(b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour faire rejeter la demande d'interdiction des demanderesse—La défenderesse a délivré un avis d'allégation (AA) à l'égard du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

filing disclaimer, requesting that patent's entire original claim set be disclaimed, replaced—Then filing prohibition application in respect of NOA, alleging NOA deficient because not addressing new claim set—Whether generic manufacturer having to respond to patent claims changed as result of disclaimer filed subsequent to NOA, prior to commencement of prohibition proceedings—Innovator should not change landscape after patent put into play by NOA—“Frozen register” requiring respondent address patent as listed on register at time application for notice of compliance filed—Here, claims crystallizing on receipt of respondent's NOA—Prohibition application waste of judicial resources, abuse of process—Motion granted.

League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (F.C.) 39

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of Governor in Council's (GIC) decision declining to exercise power conferred thereupon by *Citizenship Act*, s. 10 to revoke Canadian citizenship of respondent Mr. Odynsky—Minister giving Mr. Odynsky notice of intention to seek revocation of citizenship after learning latter not disclosing, when immigrating to Canada, having worked as guard under German SS during World War II—In reference, Federal Court finding Mr. Odynsky obtaining citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances—Whether GIC erred in exercising authority under Act, s. 10—Express mention of material misrepresentation in Act, s. 10 not intended to remove from GIC's discretion consideration of other factors before issuing order to revoke citizenship—While material misrepresentation only prerequisite to revocation decision, all other factors not necessarily excluded from Minister, GIC's consideration—GIC's discretion under Act, s. 10 extending beyond consideration of existence of material misrepresentation—Also no basis for concluding GIC's decision unreasonable, made in breach of Charter—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

brevet des demanderesse—Les demanderesse ont déposé une renonciation, demandant que le groupe entier de revendications initiales du brevet fasse l'objet d'une renonciation et soit remplacé—Elles ont ensuite déposé une demande d'interdiction à l'égard de l'AA, alléguant que celui-ci était incomplet parce qu'il ne traitait pas du nouveau groupe de revendications—Il s'agissait de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit tenir compte de revendications d'un brevet qui ont changé par suite d'une renonciation survenue après l'AA mais avant le dépôt d'un avis de demande d'interdiction—Une société innovatrice ne devrait pas modifier le paysage une fois le brevet mis en jeu par l'AA—Le « gel du registre » obligeait la défenderesse à tenir compte des brevets inscrits au registre lorsqu'elle a déposé sa demande d'avis de conformité—En l'espèce, les revendications ont été fixées à la réception de l'AA de la défenderesse—La demande d'interdiction représentait un gaspillage de ressources judiciaires et constituait un abus de procédure—Requête accueillie.

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (C.F.) 39

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère l'art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté* de révoquer la citoyenneté canadienne du défendeur, M. Odynsky—Le ministre avait transmis à M. Odynsky un avis de son intention de demander la révocation de sa citoyenneté après avoir appris que celui-ci avait omis de divulguer, lorsqu'il a immigré au Canada, le fait qu'il avait travaillé comme garde sous la direction de la SS allemande pendant la Seconde Guerre mondiale—Dans le cadre du renvoi, la Cour fédérale a conclu que M. Odynsky avait acquis sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Il s'agissait de savoir si la gouverneure en conseil avait commis une erreur en exerçant le pouvoir que lui confère l'art. 10 de la Loi—En mentionnant explicitement les fausses déclarations à l'art. 10 de la Loi, le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher le gouverneur en conseil de tenir compte d'autres facteurs avant de prendre un décret révoquant la citoyenneté—Même si l'existence de fausses déclarations sur des faits essentiels constitue la seule condition préalable à la prise d'une décision de révocation, il ne s'ensuit pas nécessairement que le ministre ou le gouverneur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Citizenship Act*, s. 10 conferring discretion on Governor in Council (GIC) to revoke Canadian citizenship in cases of fraud—Although Act, s. 10 not conferring legislative discretion in direct way, creating automatic revocation of citizenship to take effect as of such date as may be fixed by GIC—This language suggesting scope of GIC’s discretion enlarged beyond consideration of material misrepresentation—Parliament’s permissive language indicating intent to confer broad discretion on GIC in exercising revocation authority.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Duty of fairness not owed to public at large, third-party not directly involved in decision-making process—To extent fairness requiring decision maker to provide reasons, obligation owed only to parties directly affected—Scope of duty of fairness varying based on impact of decision on those affected.

Practice—Parties—Standing—Applicant seeking judicial review of Governor in Council’s decision not to exercise power to revoke respondent Odynsky’s citizenship—Although applicant having no direct interest, not directly affected by decision, meeting requirements for public interest standing—Raising serious issue of statutory construction; having genuine interest in outcome of case; proceeding representing only realistic means for applicant to seek declaratory relief.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en conseil ne peuvent pas tenir compte des autres facteurs—Le pouvoir discrétionnaire que l’art. 10 de la Loi confère au gouverneur en conseil s’étend au-delà de l’existence de fausses déclarations—Rien ne permettait de conclure que la décision de la gouverneure en conseil était déraisonnable ou qu’elle contrevenait à la Charte—Demande rejetée.

Interprétation des lois—L’art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté* confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de révoquer la citoyenneté en cas de fraude—Même si l’art. 10 de la Loi ne confère pas un pouvoir discrétionnaire directement, il prévoit une révocation automatique de la citoyenneté qui prend effet à la date fixée par décret du gouverneur en conseil—Ce libellé permet de penser que le législateur a élargi la portée du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en lui permettant de tenir compte d’autres facteurs que les seules fausses déclarations—La formulation facultative du législateur permet de penser que celui-ci entendait conférer au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire dans l’exercice de son pouvoir de révocation.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Aucune obligation d’équité n’est reconnue dans le cas du public en général; les tiers ne participent pas directement au processus de prise de décision—Dans la mesure où l’équité peut obliger un décideur à motiver sa décision, cette obligation n’existe qu’envers les personnes directement visées par la décision—La portée de l’obligation d’équité dépend des incidences de la décision sur la vie des personnes qu’elle vise.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—La demanderesse sollicitait le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d’exercer son pouvoir de révoquer la citoyenneté du défendeur, M. Odynsky—Même si la demanderesse n’avait aucun intérêt direct et qu’elle n’était pas directement touchée par la décision, elle satisfaisait au critère de l’intérêt véritable pour se faire reconnaître la qualité pour agir—Elle avait soulevé une question sérieuse d’interprétation de la loi; elle avait un intérêt légitime dans l’issue de l’affaire; la procédure représentait le seul moyen réaliste par lequel la demanderesse pouvait solliciter un jugement déclaratoire.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Shaath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 117

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant’s appeal from departure order—Applicant supporting family from abroad, breaching residency obligation under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 28—IAD concluding existing humanitarian, compassionate considerations not sufficient to grant relief under Act, s. 67(1)(c), allow applicant to retain permanent resident status—IAD alert to applicant’s intention to establish himself, but not satisfied with degree of establishment at date of hearing—Applicant not discharging burden of convincing IAD children would suffer undue hardship—Application dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant’s appeal from departure order—Impact of *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa* (S.C.C.) on exercise of discretion under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 67(1)(c) (special relief for H&C considerations) examined—*Khosa* clear that reasonableness standard applicable herein, requiring deference.

SOMMAIRE (Fin)

Shaath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 117

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (la SAI) a rejeté l’appel du demandeur à l’encontre d’une mesure d’interdiction de séjour—Le demandeur subvenait aux besoins de sa famille de l’étranger et il a manqué à l’obligation de résidence énoncée à l’art. 28 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La SAI a conclu qu’il n’existait pas de motifs d’ordre humanitaire lui permettant de prendre des mesures spéciales en application de l’art. 67(1)c) de la Loi et d’autoriser le demandeur à conserver son statut de résident permanent—La SAI s’est penchée sur l’intention du demandeur de s’établir, mais elle n’estimait pas que le degré d’établissement à la date de l’audition était suffisant—Le demandeur ne s’est pas acquitté de son fardeau de convaincre la SAI que ses enfants subiraient une contrainte excessive—Demande rejetée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (la SAI) a rejeté l’appel du demandeur à l’encontre d’une mesure d’interdiction de séjour—Examen des répercussions de l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa* (C.S.C.) sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu de l’art. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (prise de mesures spéciales pour des motifs d’ordre humanitaire)—L’arrêt *Khosa* établit clairement que la déférence s’impose lorsque la norme de raisonabilité s’applique.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Aalto v. Canada (Attorney General), 2009 FC 861, [2010] 3 F.C.R. 312, has been affirmed on appeal (A-388-09, 2010 FCA 195). The reasons for judgment, handed down July 21, 2010, will be published in the *Federal Courts Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Aalto c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 861, [2010] 3 R.C.F. 312, a été confirmée en appel (A-388-09, 2010 CAF 195). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 21 juillet 2010, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 3, Part 1

2010, Vol. 3, 1^{er} fascicule

T-20-09
2009 FC 402

T-20-09
2009 CF 402

J.P. (Applicant)

J.P. (demandeur)

v.

c.

Canada (Attorney General) (Respondent)

Canada (Procureur général) (défendeur)

INDEXED AS: J.P. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : J.P. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, March 17 and April 24, 2009.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 17 mars et 24 avril 2009.

Parole — Judicial review of National Parole Board's calculation of applicant's eligibility for day, full parole under Corrections and Conditional Release Act (CCRA) in order that parole be calculated based solely on custodial portion of applicant's sentence — Applicant sentenced under Youth Criminal Justice Act (YCJA), s. 42(2)(q)(ii) — Sentence comprised of 22-month custodial, 36-month conditional supervision portions — Committed to provincial correctional facility for adults — CCRA, s. 2(1) defining "sentence" as sentence of imprisonment, including inter alia "youth sentence" imposed under YCJA — "Youth sentence" within meaning of CCRA, s. 2(1) can only mean custodial portion of applicant's sentence — Therefore, Board's decision inconsistent with correct contextual interpretation of "sentence" under CCRA — Applicant considered "young person" as defined in YCJA, s. 2(1) serving "youth sentence" in adult facility — Entitled to conditional release under CCRA — Since parole discretionary form of conditional release allowing offenders to serve balance of sentence outside institution, cannot attach to sanction or portion thereof already ordered to be served in community such as conditional supervision portion of sentence under YCJA, s. 42(2)(q)(ii) — Phrase "means a sentence of imprisonment" in CCRA, s. 2(1) definition of "sentence" narrowing scope of term to one of incarceration — Use of word "includes" in reference to youth sentences under YCJA encompassing carceral portions of sentences, not portion to be served in community — Thus, definition of "sentence" not referring to community supervision portion thereof — Therefore, only 22-month custodial portion of sentence to be included — Absent decision to continue custody or return offender to custody for remainder of sentence, Board having jurisdiction over offender serving youth sentence in adult facility until applicant no longer required to be detained under custodial portion of sentence — Therefore, Board's jurisdiction expiring at end of 22-month custodial portion of applicant's youth sentence — Application allowed.

Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l'admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale sous le régime de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) pour que le calcul soit fondé seulement sur la partie de sa peine à purger sous garde — Le demandeur a été condamné sous le régime de l'art. 42(2)(q)(ii) de la Loi sur le système de justice pénale pour adolescents (LSJPA) — La peine comportait 22 mois à purger sous garde et 36 mois de liberté sous condition au sein de la collectivité — Le demandeur a été incarcéré dans un établissement correctionnel provincial pour adultes — Les termes « peine » et « peine d'emprisonnement » définis à l'art. 2(1) de la LSCMLC s'entendent notamment d'une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA — L'expression « peine spécifique », telle qu'elle est employée à l'art. 2(1) de la LSCMLC, ne peut rien signifier d'autre que la période de garde comprise dans la peine du demandeur — La décision de la Commission était donc incompatible avec l'interprétation contextuelle correcte des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » de la LSCMLC — Le demandeur était un « adolescent » au sens de l'art. 2(1) de la LSJPA qui purgeait une « peine spécifique » dans un établissement pour adultes — Cela lui donnait droit à la mise en liberté sous condition sous le régime de la LSCMLC — Comme la libération conditionnelle est une forme discrétionnaire de mise en liberté sous condition qui permet aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d'un établissement carcéral, elle ne peut se rapporter à une sanction ou à une partie de sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité, telle que la période de liberté sous condition faisant partie de la peine prévue à l'art. 42(2)(q)(ii) de la LSJPA — L'expression d'une équivalence entre « peine » et « peine d'emprisonnement » à l'art. 2(1) de la LSCMLC restreint la portée du terme « peine » à la détention — L'emploi de la charnière « s'entend notamment de » relativement aux peines spécifiques imposées en vertu de la LSJPA a pour effet d'inclure dans la définition la partie carcérale de ces peines,

This was an application for judicial review of the National Parole Board's calculation of the applicant's eligibility for day and full parole under the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA). The applicant requested a declaration that his parole period expire at the end of the custodial portion of his sentence. He was sentenced under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the *Youth Criminal Justice Act* (YCJA) for a second degree murder he committed when he was 14 years old. He was ordered to serve a 7-year sentence comprised of a 22-month custodial portion and a 36-month conditional supervision portion. The applicant was committed to a provincial correctional facility for adults pursuant to subsection 89(1) of the YCJA. After applying for parole, the applicant was notified that he was eligible for day parole on April 17, 2009 and full parole on October 17, 2009. He appealed this result and sought a recalculation based only on the custodial portion of his sentence.

The issues were whether the term "sentence" used in the CCRA refers to the custodial term of a custody and supervision order under the YCJA or to both portions of such an order for the purpose of calculating parole eligibility; and when does the Board's authority over an offender serving a youth sentence in an adult facility expire.

Held, the application should be allowed.

When a youth sentence is served in an adult facility, the rules and regulations of the CCRA and the *Prisons and Reformatories Act* (PRA) apply, except to the extent that they conflict with

mais pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité — Donc, la définition des termes « peine » et « peine d'emprisonnement » ne comprend pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité — En conséquence, seule la période de garde de 22 mois que comprenait la peine pouvait être considérée — En l'absence d'une décision de maintien sous garde ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission prend fin au moment où le demandeur n'a plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine — Par conséquent, la compétence de la Commission expirait à la fin de la période de garde de 22 mois que comprenait la peine spécifique du demandeur — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l'admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC). Le demandeur sollicitait une déclaration comme quoi la période sur la base de laquelle peut être déterminée son admissibilité à la libération conditionnelle prend fin à l'expiration de la partie de sa peine à purger sous garde. Il a été condamné sous le régime du sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour adolescents* (la LSJPA) pour un meurtre au deuxième degré commis à l'âge de 14 ans. Il a été condamné à une peine de 7 ans, dont 22 mois à purger sous garde et 36 mois de liberté sous condition au sein de la collectivité. Le demandeur a été incarcéré dans un établissement correctionnel provincial pour adultes conformément au paragraphe 89(1) de la LSJPA. Après avoir demandé la libération conditionnelle, le demandeur a été avisé qu'il serait admissible à la semi-liberté le 17 avril 2009 et à la libération conditionnelle totale le 17 octobre 2009. Il a interjeté appel de cette décision et a demandé un nouveau calcul fondé seulement sur la partie de sa peine à purger sous garde.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » de la LSCMLC désignent, aux fins de la détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle, seulement la période de garde que fixe l'ordonnance de garde et de surveillance sous le régime de la LSJPA, ou bien à la fois la période de garde et la période de surveillance que prévoit cette ordonnance et de savoir à quel moment prend fin la compétence de la Commission à l'égard d'un délinquant qui purge une peine spécifique dans un établissement pour adultes.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La LSCMLC, la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* (la LPMC) ainsi que les règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de

Part 6 of the YCJA and subject to certain exceptions. The term “sentence” as defined under subsection 2(1) of the CCRA means a sentence of imprisonment and includes a youth sentence imposed under the YCJA, defined at subsection 2(1) thereof. Section 42 of the YCJA lists possible “youth sentences” available to a sentencing judge. The “youth sentence” that falls under subparagraph 42(2)(g)(ii) is a single sentence comprised of two components: a committal to custody and a placement under conditional supervision to be served in the community. Based on the modern approach to statutory interpretation, the term “youth sentence” within the meaning of subsection 2(1) of the CCRA can mean nothing other than the custodial portion of the applicant’s sentence. The Board’s decision was therefore inconsistent with the correct contextual interpretation of “sentence” under the provisions of the CCRA. The applicant was a “young person” as defined in subsection 2(1) of the YCJA serving a “youth sentence” in an adult provincial facility. This placement entitled him to conditional release under the CCRA. Under the terms of the YCJA, he must not be disadvantaged in the calculation of his sentence to determine his eligibility for release.

The meaning of “sentence” under sections 119 and 120 of the CCRA can be inferred from a conceptual and purposive interpretation of the parole scheme under the Act. Parole is a discretionary form of conditional release which allows offenders to serve the balance of their sentence outside of an institution under supervision and specific conditions. Parole therefore cannot attach to a sanction that is already ordered to be served in the community, such as the conditional supervision portion of a sentence under subparagraph 42(2)(g)(ii). It can only attach to a sentence required to be served in confinement. Moreover, the statutory definition of “sentence” in the CCRA is indicative of Parliament’s intent. The use of the verbs “means” and “includes” in the same statutory definition suggests a two-step analysis. Both aspects of the definition of “sentence” must be interpreted consistently and with regard to the purpose for the inclusion of the statutory cross-references. The phrase “means a sentence of imprisonment” narrows the scope of the term “sentence” in the CCRA to one of incarceration. The use of “includes” in reference to, *inter alia*, youth sentences under the YCJA encompasses the carceral portions of those sentences but not those portions to be served in the community under supervision. The term “youth sentence” as defined under subsection 2(1) of the YCJA applies to a broad range of possible sentence dispositions that may be imposed. Youth sentences which involve custody will have a non-custodial portion. The inclusion of the term “youth sentence” in the definition of “sentence” in the CCRA is intended solely to ensure that the

ces lois s’appliquent à l’adolescent qui purge sa peine dans un établissement carcéral pour adultes, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 de la LSJPA et sous réserve de certaines exceptions. Les termes « peine » et « peine d’emprisonnement » définis au paragraphe 2(1) de la LSCMLC s’entendent notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA, définie au paragraphe 2(1) de cette loi. L’article 42 de la LSJPA énumère un certain nombre de « peines spécifiques » que peut prononcer le juge. La « peine spécifique » que prévoit le sous-alinéa 42(2)(g)(ii) est une peine unique consistant en deux éléments : un placement sous garde et une mise en liberté sous condition au sein de la collectivité. Selon la méthode contemporaine d’interprétation des dispositions législatives, l’expression « peine spécifique » telle qu’elle est employée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC ne peut rien signifier d’autre que la période de garde comprise dans sa peine. La décision de la Commission était donc incompatible avec l’interprétation contextuelle correcte des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » de la LSCMLC. Le demandeur était un « adolescent » au sens du paragraphe 2(1) de la LSJPA qui purgeait une « peine spécifique » dans un établissement correctionnel provincial pour adultes. Ce placement lui donnait droit à la mise en liberté sous condition sous le régime de la LSCMLC. La LSJPA dispose qu’il ne doit pas être désavantagé dans le calcul par lequel on déterminera les dates de son admissibilité à la libération sur la base de sa peine.

On peut déduire la signification du terme « peine », pour l’application des articles 119 et 120 de la LSCMLC, d’une interprétation conceptuelle et téléologique du régime des libérations conditionnelles qu’établit cette loi. La libération conditionnelle est une forme discrétionnaire de mise en liberté sous condition qui permet aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d’un établissement carcéral, sous surveillance et à des conditions déterminées. Par conséquent, la libération conditionnelle ne peut se rapporter à une sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité, telle que la période de liberté sous condition faisant partie de la peine prévue au sous-alinéa 42(2)(g)(ii). Elle ne peut se rapporter qu’à une peine qui doit être purgée en détention. Qui plus est, la définition que donne la LSCMLC des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » est une indication de l’intention du législateur. L’emploi d’une conjonction marquant l’équivalence et de la charnière « s’entend notamment » dans la même définition paraît appeler une analyse en deux temps. Les deux aspects de la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » doivent être interprétés en harmonie l’un avec l’autre et en tenant compte de l’objet des renvois à d’autres lois. L’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » restreint la portée du terme « peine » à la détention. L’emploi de la charnière « s’entend notamment de » relativement aux peines spécifiques imposées en vertu de la LSJPA a pour effet d’inclure dans la définition la partie carcérale de ces peines,

conditional release provisions of the CCRA are available to offenders serving the custodial portion of their youth sentences in adult facilities. Thus, the definition has to read as referring to the custodial portion and not to the community supervision portion.

Subsection 89(3) of the YCJA expressly states that the CCRA and the PRA apply to a young person serving a youth sentence in an adult facility, but it is not clear from the statutes that youth justice principles cease to apply to such an offender. An aspect of the legislative scheme that supports the position that Parliament intended that the Board would have jurisdiction until the end of the offender's sentence is that the custodial portion of the sentence could in exceptional circumstances be extended to "warrant expiry". In that situation, the offender would continue to be detained in an adult correctional facility and would remain within the scope of the CCRA and the Board's jurisdiction. Absent a decision to continue custody or to return the offender to custody for the remainder of the sentence, the Board's jurisdiction expired when the applicant was no longer required to be detained under the terms of the custodial portion of his sentence.

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].

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) "sentence" (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39), 107 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, c. 42, ss. 28(E), 70(E), 71(F); 2000, c. 24, s. 36; 2004, c. 21, s. 40), 119 (as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; 1997, c. 17, s. 20; 2000, c. 24, s. 37), 120 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, c. 42, s. 34; 2000, c. 24, s. 38).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 11, s. 16; 2007, c. 12, s. 1).

mais pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité. L'expression « peine spécifique » telle que la définit le paragraphe 2(1) de la LSJPA s'applique à un ensemble de peines très diverses que peuvent prononcer les tribunaux pour adolescents. Les peines spécifiques qui comportent une période de garde comprennent aussi une période non privative de liberté. La mention de la « peine spécifique » dans la définition de « peine » ou « peine d'emprisonnement » que donne la LSCMLC a pour seul objet de faire en sorte que puissent bénéficier des dispositions de cette loi relatives à la mise en liberté sous condition les délinquants qui purgent la période de garde que comporte leur peine spécifique dans un établissement pour adultes. Par conséquent, cette définition doit être comprise comme s'appliquant à la période de garde et non à la période de liberté surveillée.

Le paragraphe 89(3) de la LSJPA dispose expressément que la LSCMLC et la LPMC s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement correctionnel pour adultes, mais il ne ressort pas clairement des dispositions législatives en question que les principes de la justice pour adolescents cessent de s'appliquer à un tel délinquant. Un aspect du régime qui étaye la thèse du défendeur selon laquelle le législateur voulait que la Commission conserve la compétence jusqu'à la fin de la période est que la période de garde comprise dans la peine peut, dans des cas exceptionnels, être prolongée jusqu'à « la date d'expiration du mandat de dépôt ». Dans un tel cas, le délinquant continuerait d'être détenu dans un établissement correctionnel pour adultes et resterait ainsi sous le régime de la LSCMLC et la compétence de la Commission. En l'absence d'une décision de maintien sous garde ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission prend fin au moment où le demandeur n'a plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1 (édité par L.C. 1992, ch. 11, art. 16; 2007, ch. 12, art. 1).

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « peine » ou « peine d'emprisonnement » (édité par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39), 107 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 28(A), 70(A), 71(F); 2000, ch. 24, art. 36; 2004, ch. 21, art. 40), 119 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; 1997, ch. 17, art. 20; 2000, ch. 24, art. 37),

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

International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 2 “Canadian offender”, 23, 24, 25, 26, 27.

Prisons and Reformatories Act, R.S.C., 1985, c. P-20, s. 6 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 35, s. 32; S.C. 1995, c. 42, s. 82; 2002, c. 1, s. 197).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 2(1) “young person”, “youth custody facility”, “youth sentence”, 38, 42, 56(5), 83, 89, 92, 93, 94(1), 98, 102, 104.

120 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 34; 2000, ch. 24, art. 38).

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 2(1) « adolescent », « lieu de garde », « peine spécifique », 38, 42, 56(5), 83, 89, 92, 93, 94(1), 98, 102, 104.

Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 2 « délinquant canadien », 23, 24, 25, 26, 27.

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

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

Loi sur les prisons et les maisons de correction, L.R.C. (1985), ch. P-20, art. 6 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 35, art. 32; L.C. 1995, ch. 42, art. 82; 2002, ch. 1, art. 197).

CASES CITED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, (1996), 105 C.C.C. (3d) 327, 46 C.R. (4th) 269.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Dixon v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 889, [2009] 2 F.C.R. 397, 331 F.T.R. 214; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, 182 D.L.R. (4th) 1, [2000] 4 W.W.R. 21; *Sychuk v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 105, 91 Admin. L.R. (4th) 56, 340 F.T.R. 160; *Hrushka v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 69, 340 F.T.R. 81; *R. v. K.(C.)* (2008), 233 C.C.C. (3d) 194 (Ont. C.J.).

REFERRED TO:

MacDonald v. Canada (Attorney General), 2008 FC 796, 330 F.T.R. 261; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *R. v. C.W.W.*, 2005 ABPC 214, 388 A.R. 170, 71 W.C.B. (2d) 636; *R. v. S.J.L.*, 2005 BCSC 177; *R. v. C. (D.L.)* (2003), 13 C.R. (6th) 329 (N.L. Prov. Ct.); *Ewing v. Mission Institution* (1994), 92 C.C.C. (3d) 484 (B.C.C.A.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Dixon c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 889, [2009] 2 R.C.F. 397; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Sychuk c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 105; *Hrushka c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 69; *R. v. K.(C.)* (2008), 233 C.C.C. (3d) 194 (C.J. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

MacDonald c. Canada (Procureur général), 2008 CF 796; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. v. C.W.W.*, 2005 ABPC 214, 388 A.R. 170, 71 W.C.B. (2d) 636; *R. v. S.J.L.*, 2005 BCSC 177; *R. v. C. (D.L.)* (2003), 13 C.R. (6th) 329 (C.P. T.-N.-L.); *Ewing v. Mission Institution* (1994), 92 C.C.C. (3d) 484 (C.A.C.-B.).

AUTHORS CITED

Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. *Sentence Calculation: A Handbook for Judges, Lawyers and Correctional Officials*, 3rd ed. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2005, online: <http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/rep/_fl/2005-sntnce-hndbk-eng.pdf>.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

APPLICATION for judicial review of the National Parole Board's calculation of the applicant's eligibility for day and full parole under the *Corrections and Conditional Release Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Garth Barriere and *Christopher P. Hardcastle* for applicant.

Liliane Y. Bantourakis and *Curtis S. Workun* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Garth Barriere, Vancouver, and *Hardcastle Law Office*, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: The applicant is a 24-year-old offender serving a youth sentence at the Vancouver Island Regional Correctional Centre, a provincial adult correctional facility located in Victoria, British Columbia. An order was issued permitting this application to be filed under the acronym "J.P." to protect the applicant's identity. J.P. seeks judicial review of the National Parole Board's calculation of his eligibility for day and full parole under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA) and requests a declaration that his parole period expires at the end of the custodial portion of his sentence.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Sécurité publique et Protection civile. *Le calcul des peines : Guide pour les juges, les avocats et les responsables correctionnels*, 3^e éd. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005, en ligne : <http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/rep/_fl/2005-sntnce-hndbk-fra.pdf>.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto : Butterworths, 1974.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l'admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Garth Barriere et *Christopher P. Hardcastle* pour le demandeur.

Liliane Y. Bantourakis et *Curtis S. Workun* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Garth Barriere, Vancouver, et *Hardcastle Law Office*, Vancouver, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Le demandeur est un délinquant de 24 ans qui purge une peine spécifique (c'est-à-dire une peine d'adolescent) au Centre correctionnel régional de l'île de Vancouver, établissement provincial pour adultes situé à Victoria (Colombie-Britannique). Il a été rendu une ordonnance autorisant le dépôt de la présente demande sous les initiales « J.P. » aux fins de protection de l'identité du demandeur. J.P. demande le contrôle judiciaire de la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de son admissibilité à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la

Facts

[2] On March 7, 2008, J.P. was sentenced under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (YCJA) for a second degree murder he committed when he was 14 years old. He was ordered to serve a 7-year sentence comprised of a 22-month custodial portion and a 36-month conditional supervision portion. He was credited for time served in custody prior to sentencing. Given his age at the time the sentence was imposed, J.P. was committed to a provincial correctional facility for adults pursuant to subsection 89(1) of the YCJA.

[3] The applicant was first placed at the Fraser Regional Correctional Centre located in Maple Ridge, British Columbia. He transferred to the Vancouver Island Regional Centre in July 2008 and applied for parole shortly thereafter. By letter dated August 22, 2008, the applicant was notified that he was eligible for day parole on April 17, 2009 and full parole on October 17, 2009. He appealed this result and sought a recalculation based solely on the custodial portion of his sentence. The Board maintained its initial decision in a letter dated October 3, 2008, stating that J.P.'s parole eligibility dates were calculated in accordance with the CCRA.

[4] A letter was then sent on J.P.'s behalf by counsel again requesting the Board to recalculate his parole eligibility dates based solely on the custodial portion of the sentence. The applicant was advised by letter dated December 9, 2008, that his parole eligibility dates would remain unchanged. He filed an application for judicial review of this decision on January 7, 2009.

LSCMLC), ainsi qu'une déclaration comme quoi la période sur la base de laquelle peut être déterminée son admissibilité à la libération conditionnelle prend fin à l'expiration de la partie de sa peine à purger sous garde.

Les faits

[2] J.P. a été condamné le 7 mars 2008 sous le régime du sous-alinéa 42(2)q(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (la LSJPA) pour un meurtre au deuxième degré commis à l'âge de 14 ans. Le tribunal pour adolescents l'a condamné à une peine de sept ans, dont 22 mois à purger sous garde et 36 mois de liberté sous condition au sein de la collectivité, prenant en compte le temps qu'il avait passé en détention avant le prononcé de la sentence. Étant donné l'âge qu'il avait atteint au moment où sa peine a été prononcée, J.P. a été incarcéré dans un établissement correctionnel provincial pour adultes conformément au paragraphe 89(1) de la LSJPA.

[3] Le demandeur a d'abord été placé au Centre correctionnel de Maple Ridge dans la vallée du Fraser, en Colombie-Britannique. Il a été transféré au Centre correctionnel régional de l'île de Vancouver en juillet 2008 et a demandé sa libération conditionnelle peu après. Par lettre en date du 22 août 2008, le demandeur a été avisé qu'il serait admissible à la semi-liberté le 17 avril 2009 et à la libération conditionnelle totale le 17 octobre de la même année. Il a exercé un recours contre cette décision et demandé un nouveau calcul fondé seulement sur la partie de sa peine à purger sous garde. La Commission l'a informé par lettre en date du 3 octobre 2008 qu'elle maintenait sa décision et qu'elle avait fixé les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle suivant un calcul conforme à la LSCMLC.

[4] L'avocat de J.P. a alors adressé à la Commission une lettre lui demandant encore une fois une nouvelle détermination de ses dates d'admissibilité à la libération conditionnelle, fondée seulement sur la partie de sa peine à purger sous garde. Le demandeur a été avisé par lettre en date du 9 décembre 2008 que ses dates d'admissibilité à la libération conditionnelle ne seraient pas changées. Il a déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision le 7 janvier 2009.

[5] Following the hearing of this application on March 17, 2009, J.P. appeared before the Supreme Court of British Columbia for a mandatory review of his sentence pursuant to subsection 94(1) of the YCJA. On March 27, 2009, Mr. Justice Grist, the sentencing Judge, upheld the applicant's original youth sentence and set the conditions that will apply during his term of conditional supervision.

[6] The applicant applied for and was prospectively granted day parole on January 8, 2009. As noted above, pursuant to the Board's calculation, his eligibility date for day parole was April 17, 2009. This case is, therefore, at least partially moot. As described in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the mootness principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. Where there is no longer a live controversy between the parties, the court's decision on the issues may be purely academic. The general policy is that a court should decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question; however the court may exercise its discretion to depart from this policy: *Borowski*, at page 353. Here, the parties have asked me to deal with the issues whether they are moot or partially moot. In the result, I will exercise my discretion to decide the merits of the case.

Issues

[7] The issues to be decided in these proceedings can be described as follows:

a. Whether the term "sentence" used in the CCRA refers to the custodial term of a custody and supervision order under the YCJA or to both portions of such an order for the purpose of calculating parole eligibility.

[5] Après l'audience de la présente demande, tenue le 17 mars 2009, J.P. a comparu devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour un examen obligatoire de sa peine sous le régime du paragraphe 94(1) de la LSJPA. Le 27 mars 2009, le juge Grist, chargé de la détermination de la peine, a confirmé la peine spécifique déjà prononcée contre le demandeur et a fixé les conditions applicables à sa période de liberté sous condition au sein de la collectivité.

[6] Le demandeur a présenté le 8 janvier 2009 une demande de mise en semi-liberté qui a été accueillie par anticipation. Comme mentionné précédemment, sa date d'admissibilité à la semi-liberté, selon le calcul de la Commission, était le 17 avril 2009. La présente affaire revêt donc, au moins en partie, un caractère théorique. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, le principe du caractère théorique s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige ayant, ou pouvant avoir, des conséquences sur les droits des parties. Lorsqu'il ne reste plus de litige actuel entre les parties, la décision du tribunal sur les questions contestées peut se révéler purement spéculative. La règle générale est que le tribunal doit refuser de décider une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite; cependant, il peut exercer son pouvoir discrétionnaire de s'écarter de cette règle : *Borowski*, à la page 353. Dans la présente espèce, les parties m'ont demandé d'examiner les questions en litige, même si elles sont entièrement ou partiellement théoriques. En conséquence, j'exercerai mon pouvoir discrétionnaire d'examiner l'affaire au fond.

Les questions en litige

[7] Les questions à trancher dans la présente espèce peuvent se formuler comme suit :

a. Les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » de la LSCMLC désignent-ils, aux fins de la détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle, seulement la période de garde que fixe l'ordonnance de garde et de surveillance prononcée sous le régime de la LSJPA, ou bien à la fois la période de garde et la période de surveillance que prévoit cette ordonnance?

b. When does the Board's authority over an offender serving a youth sentence in an adult facility expire?

b. À quel moment prend fin la compétence de la Commission à l'égard d'un délinquant qui purge une peine spécifique dans un établissement pour adultes?

Relevant Legislation

[8] A number of provisions of the YCJA and the CCRA, as well as certain provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, are relevant to these proceedings. They are set out in the Annex to this judgment.

Les dispositions applicables

[8] Un grand nombre de dispositions de la LSJPA et de la LSCMLC, ainsi que certaines dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sont pertinentes pour la présente espèce. On les trouvera reproduites en annexe.

Argument and Analysis

Standard of Review

[9] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court established that where jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a particular category of question, there is no need to engage in a standard of review analysis: *MacDonald v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 796, 330 F.T.R. 261, at paragraph 14.

Exposé et analyse des moyens des parties

La norme de contrôle

[9] La Cour suprême du Canada a posé en principe dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer une analyse pour arrêter la norme de contrôle applicable lorsque la jurisprudence a déjà établi de manière satisfaisante le degré de retenue à exercer relativement à une catégorie déterminée de questions : *MacDonald c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 796, au paragraphe 14.

[10] Here, the decision under review relates to the Board's interpretation of the parole eligibility provisions of the CCRA. The prior jurisprudence has held consistently that questions of statutory interpretation are questions of law that must be reviewed on a standard of correctness. Justice Russell Zinn aptly expressed this view at paragraph 10 of his reasons in *Dixon v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 889, [2009] 2 F.C.R. 397:

[10] Dans la présente espèce, la décision contrôlée se rapporte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la LSCMLC concernant l'admissibilité à la libération conditionnelle. Or il est de jurisprudence constante que les questions d'interprétation des lois sont des questions de droit, qui commandent l'application de la norme de la décision correcte. Le juge Russell Zinn a exprimé ce point de vue avec justesse au paragraphe 10 des motifs de la décision *Dixon c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 889, [2009] 2 R.C.F. 397 :

A question of statutory interpretation is a question of law. The applicable standard of review when reviewing impugned decisions relating to an interpretation of a statute is correctness. The Board has no greater or special expertise in this regard than this Court. Justice Snider in *Latham v. Canada* (2006), 288 F.T.R. 37 (F.C.), held that the proper standard of review of a decision of the Appeal Division of the National Parole Board that involves statutory interpretation is correctness. In my view, decisions of the Board that involve statutory interpretation are also subject to the standard of correctness. In this instance the

Une question mettant en jeu l'interprétation de dispositions législatives est une question de droit. La norme applicable au contrôle des décisions attaquées sur le fondement de l'interprétation d'une loi est la norme de la décision correcte. La Commission ne possède pas à cet égard de connaissances plus grandes ou plus spéciales que notre Cour. La juge Snider a conclu dans *Latham c. Canada*, 2006 CF 284, que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles mettant en jeu l'interprétation de dispositions

Board's decision relies entirely on the proper interpretation of the relevant sections of the Act and Regulations. The interpretation given these legislative provisions by the Board must be correct.

[11] Recently in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, the Supreme Court of Canada had occasion to revisit the question in considering the effect of *Dunsmuir* on the interpretation of paragraph 18.1(4)(c) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. Paragraph 18.1(4)(c) provides that the Federal Court may grant relief on an application for judicial review if it is satisfied that the board, commission or tribunal "erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record."

[12] The Supreme Court held, at paragraph 44 of its decision in *Khosa*, that notwithstanding the general view that errors of law are governed by a correctness standard, "*Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention."

[13] Paragraph 54 of the majority opinion in *Dunsmuir*, reads as follows:

Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach.

législatives est la norme de la décision correcte. À mon avis, les décisions de la Commission qui mettent en jeu une telle interprétation relèvent aussi de la norme de la décision correcte. La valeur de la décision de la Commission attaquée dans la présente espèce repose entièrement sur la justesse de l'interprétation qu'elle suppose des dispositions applicables de la Loi et du Règlement. L'interprétation de ces dispositions par la Commission doit donc être correcte.

[11] La Cour suprême du Canada a récemment eu l'occasion — dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 — de reprendre cette question dans le cadre de l'examen de l'effet de l'arrêt *Dunsmuir* sur l'interprétation de l'alinéa 18.1(4)c) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Cet alinéa dispose que la Cour fédérale peut prendre des mesures correctives en réponse à une demande de contrôle judiciaire si elle est convaincue que l'office fédéral en cause « a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ».

[12] La Cour suprême du Canada fait observer au paragraphe 44 de l'arrêt *Khosa* que, malgré l'opinion générale voulant que les erreurs de droit ressortissent à la norme de la décision correcte, « [s]elon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable. »

[13] Le paragraphe 54 de l'opinion majoritaire de l'arrêt *Dunsmuir* est rédigé comme suit :

La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du

The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

[14] The Supreme Court considered that the effect of this rethinking of the approach to be taken to judicial review is, quoting again from paragraph 44 of its opinion [in *Khosa*], that while the statute provides a ground of intervention,

... the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute. This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised. Once again, the open textured language of the *Federal Courts Act* is supplemented by the common law.

[15] Here, the Board interpreted its “home statute” (the CCRA) and a related statute (the YCJA) but the questions at issue in these proceedings have not arisen in the context of the Board’s usual administrative regime respecting the grant of parole to adult offenders. In the particular circumstances in which this application has been brought, I have no reason to believe that the Board has any greater degree of expertise than the Court in construing the interplay between the two statutes. The questions of law that arise may be considered to be of significant importance to the youth justice system and outside the Board’s expertise. Accordingly, I am satisfied that the Board’s decision does not require deference and that I must be concerned with whether the Board correctly interpreted the applicable legislation in its calculation of J.P.’s parole eligibility.

Issue 1: Whether the term “sentence” used in the CCRA refers to the custodial term of a custody and supervision order under the YCJA or to both portions of such an order for the purpose of calculating parole eligibility.

travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l’arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour s’est dissociée de la position stricte qu’elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l’interprétation, par un décideur administratif, d’une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d’annulation par voie de contrôle judiciaire.

[14] Selon la Cour suprême, ce réexamen de la manière d’envisager le contrôle judiciaire a, pour citer encore une fois le paragraphe 44 de l’arrêt *Khosa*, l’effet suivant :

[...] la common law empêchera les juges d’intervenir dans certains cas, lorsqu’un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci. Cette nuance n’apparaît pas à la simple lecture de l’al. c), mais c’est le principe de common law qui doit guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4). Encore une fois, le libellé général de la *Loi sur les Cours fédérales* est complété par la common law.

[15] En l’occurrence, la Commission a interprété sa « loi constitutive » (la LSCMLC) et une loi liée à celle-ci (la LSJPA), mais les questions en litige dans la présente instance ne se posent pas dans le cadre du régime administratif habituel de la Commission concernant l’octroi de la libération conditionnelle aux délinquants adultes. Dans le contexte particulier où la présente demande a été formée, je n’ai aucune raison de croire que la Commission possède un degré plus élevé d’expertise que la Cour touchant l’interprétation des rapports entre les deux lois susdites. Les questions de droit qui se posent dans la présente espèce peuvent être considérées comme importantes pour le système de justice pour les adolescents et extérieures à l’expertise de la Commission. En conséquence, je suis convaincu que la décision de cette dernière ne commande pas de retenue judiciaire et que je dois me demander si elle a interprété correctement les dispositions législatives applicables en fixant les dates d’admissibilité de J.P. à la libération conditionnelle.

Première question : Les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » de la LSCMLC désignent-ils, aux fins de la détermination de l’admissibilité à la libération conditionnelle, seulement la période de garde que fixe l’ordonnance de garde et de surveillance prononcée sous

le régime de la LSJPA, ou bien à la fois la période de garde et la période de surveillance que prévoit cette ordonnance?

Applicant's Submissions

[16] The applicant submits that the Board's calculation is inconsistent with Parliament's intent and objectives with regard to the youth criminal justice system in that it increases reliance on custody and disadvantages offenders serving youth sentences in adult facilities. Paragraph 83(2)(e) of the YCJA expressly states that young persons placed in adult facilities are not to be disadvantaged with respect to their eligibility for and conditions of release. It is submitted that J.P.'s youth sentence is conceptually indistinguishable from an adult sentence comprised of a custodial portion followed by a non-custodial portion, such as probation or long-term supervision. For adult offenders, such terms of supervision within the community are not included in the calculation of parole eligibility under the CCRA. Therefore, the applicant contends, the Board erred by choosing a different scheme when it calculated the applicant's parole eligibility.

[17] The applicant also submits that including the non-custodial portion of an offender's sentence in the calculation for parole eligibility is inconsistent with the general parole scheme under the CCRA. Parole is a conditional release which allows some offenders to serve the balance of their sentence outside of an institution. Thus, the applicant contends, parole can only attach to a custodial portion of an offender's sentence.

[18] The applicant points to the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1

Les moyens du demandeur

[16] Le demandeur soutient que le calcul de la Commission va à l'encontre de l'intention et des objectifs du législateur concernant le système de justice pénale pour les adolescents en ce qu'il accroît l'importance de la garde dans l'équation et désavantage les délinquants qui purgent des peines spécifiques dans des établissements pour adultes. L'alinéa 83(2)e de la LSJPA porte en effet expressément que le placement des adolescents dans des établissements pour adultes ne doit pas les désavantager en ce qui concerne leur admissibilité à la libération et les conditions afférentes. Le demandeur soutient que sa sentence spécifique ne se distingue pas conceptuellement d'une sentence pour adulte comprenant une partie à purger sous garde et une partie subséquente non privative de liberté, par exemple une période de probation ou de surveillance de longue durée. Or pour les délinquants adultes, ces périodes de surveillance à purger au sein de la collectivité ne sont pas comprises dans le calcul par lequel on fixe les dates d'admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLC. Par conséquent, conclut le demandeur, la Commission a commis une erreur en se fondant sur une formule différente pour fixer les dates de sa propre admissibilité à la libération conditionnelle.

[17] Le demandeur soutient aussi que la prise en compte de la partie non privative de liberté d'une peine dans le calcul visant à fixer les dates d'admissibilité à la libération conditionnelle est incompatible avec le régime général de la libération conditionnelle que définit la LSCMLC. La libération conditionnelle est une forme de mise en liberté sous condition qui permet à certains délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d'un établissement carcéral. Par conséquent, fait valoir le demandeur, l'admissibilité à la libération conditionnelle ne peut être déterminée que sur la base de la partie de la peine à purger sous garde.

[18] Le demandeur invoque l'arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, où la Cour suprême du

S.C.R. 61 which stands for the proposition that an offender serving a conditional sentence is not eligible for parole while serving his/her sentence in the community. The applicant reasons that if parole cannot attach to an adult conditional sentence, which is defined as a “sentence of imprisonment” under section 742.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 11, s. 16; 2007, c. 12, s. 1] of the *Criminal Code*, then the conditional supervision portion of a youth sentence, which is by definition not a sentence of imprisonment, cannot be included in the parole calculation.

[19] Moreover, the applicant argues, the Board’s calculation is based on an incorrect interpretation of the term “sentence” under the CCRA. The Board incorrectly reads the definition of “sentence” to include both the custodial portion and the non-custodial portion of a “youth sentence” under the YCJA, and specifically under subparagraph 42(2)(g)(ii) of the Act. The modern approach to statutory interpretation as described in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 requires a contextual approach, the applicant contends. He points to subsections 89(1) and 89(3) of the YCJA to support his argument. Respectively, both provisions use the expressions “serve the youth sentence” [emphasis added] and “serving a youth sentence in a provincial correctional facility for adults” [emphasis added]. The applicant submits that a young offender cannot be “serving” anything other than the custodial portion of the sentence in an adult facility.

[20] Lastly, the applicant suggests that if the Court identifies two equally plausible interpretations, the one which accords most with the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] must be adopted. Here, it is submitted, the Board’s interpretation discriminates against and disadvantages the applicant and runs against the purposes and principles of the youth criminal justice system.

Canada pose en principe que le délinquant condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis n’est pas admissible à la libération conditionnelle pendant qu’il purge sa peine au sein de la collectivité. Si la libération conditionnelle, raisonne le demandeur, ne peut s’octroyer sur la base d’une peine avec sursis pour adultes, laquelle est définie comme un « emprisonnement » à l’article 742.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 11, art. 16; 2007, ch. 12, art. 1] du *Code criminel*, la période de surveillance au sein de la collectivité d’une peine spécifique, qui par définition n’est pas un emprisonnement, ne peut à plus forte raison être prise en compte dans le calcul visant à déterminer les dates d’admissibilité à la libération conditionnelle.

[19] En outre, affirme le demandeur, le calcul de la Commission est fondé sur une interprétation erronée des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » de la LSCMLC. La Commission interprète à tort la définition de ces termes comme comprenant à la fois la période de garde et la période non privative de liberté d’une « peine spécifique » entendue au sens de la LSJPA, plus précisément au sens de son sous-alinéa 42(2)(g)(ii). La manière contemporaine d’envisager l’interprétation des lois, telle que défini dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, exige l’application d’une méthode contextuelle, fait valoir le demandeur. Il invoque les paragraphes 89(1) et 89(3) de la LSJPA à l’appui de sa thèse. On trouve respectivement dans ces deux paragraphes les expressions « purger sa peine » [non souligné dans l’original] et « qui purge sa peine dans un établissement correctionnel provincial pour adultes » [non souligné dans l’original]. Or, raisonne le demandeur, l’adolescent ne peut « purger » rien d’autre dans un établissement pour adultes que la période de garde comprise dans sa peine.

[20] Enfin, le demandeur fait valoir que si la Cour dégage deux interprétations également plausibles, elle doit retenir celle qui se révèle la plus compatible avec la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Or, en l’occurrence, affirme le demandeur, l’interprétation de la Commission établit une discrimination contre lui, le désavantage et va à l’encontre des objets et des principes du système de justice pénale pour les adolescents.

Respondent's Submissions

[21] The respondent submits that the legislation is clear and unambiguous in defining what constitutes a “sentence” for the purpose of calculating parole eligibility and does not support the applicant’s interpretation.

[22] The inclusion of “youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*” in the definition of “sentence” [in subsection 2(1) (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39)] under the CCRA was a consequential amendment stemming from Parliament’s adoption of the YCJA. The YCJA provides for the committal or transfer of a young person to an adult correctional facility under certain circumstances. Absent these provisions, namely sections 89, 92 and 93 of the YCJA, a reference to “youth sentence” in the CCRA would be unnecessary, the respondent contends.

[23] In the respondent’s submission, the applicant has misconstrued the clear and unambiguous definition of “sentence” in the CCRA and is asking the Court to “read out” a part of the definition. “Youth sentence” under the YCJA includes a sentence imposed under section 42 of that Act. The applicant was sentenced under subparagraph 42(2)(g)(ii), which is a 7-year sentence comprised of a committal to custody and a placement under conditional supervision to be served in the community. The respondent maintains that both the period of custody and the period of community supervision ordered under the YCJA constitute a single sentence pursuant to the definition of “sentence” under the CCRA and cites cases which stand for the proposition that “sentence” under the YCJA means the custodial portion and the portion to be served under community supervision: *R. v. C.W.W.*, 2005 ABPC 214, 388 A.R. 170; *R. v. S.J.L.*, 2005 BCSC 177; *R. v. C. (D.L.)* (2003), 13 C.R. (6th) 329 (N.L. Prov. Ct.).

Les moyens du défendeur

[21] Le défendeur soutient que les dispositions applicables définissent clairement et sans ambiguïté la « peine » ou la « peine d’emprisonnement » aux fins de la détermination des dates d’admissibilité à la libération conditionnelle, et que leur texte infirme l’interprétation du demandeur.

[22] L’inclusion du membre de phrase « d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* » dans la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » [au paragraphe 2(1) (édicte par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39)] que donne la LSCMLC est une modification corrélatrice ou accessoire rendue nécessaire par l’adoption de la LSJPA. Celle-ci prévoit l’incarcération ou le transfert des adolescents dans des établissements correctionnels pour adultes en certains cas. N’étaient les dispositions en question, à savoir celles des articles 89, 92 et 93 de la LSJPA, la mention de la « peine spécifique » dans la LSCMLC serait inutile selon le défendeur.

[23] Toujours suivant le défendeur, le demandeur a mal interprété la définition claire et non équivoque des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » que donne la LSCMLC et demande en fait à la Cour d’écarter une partie de cette définition. La « peine spécifique », selon la LSJPA, comprend les sanctions prononcées sous le régime de son article 42. Or le demandeur a été condamné, sous le régime du sous-alinéa 42(2)g(ii), à une peine de sept ans consistant en une mesure de placement sous garde et en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité. Le défendeur soutient que la période de garde et la période de surveillance au sein de la collectivité que prévoit l’ordonnance prononcée sous le régime de la LSJPA constituent ensemble une seule peine selon la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » de la LSCMLC, et il cite des précédents suivant lesquels le terme « peine » tel qu’il est employé dans la LSJPA désigne à la fois la période de garde et la période de surveillance au sein de la collectivité : *R. v. C.W.W.*, 2005 ABPC 214, 388 A.R. 170; *R. v. S.J.L.*, 2005 BCSC 177; et *R. v. C. (D.L.)* (2003), 13 C.R. (6th) 329 (C.P.T.-N.-L.).

[24] Moreover, the respondent argues, a young offender serving a youth sentence in an adult facility is not disadvantaged in comparison to an offender serving an adult sentence for the same offence in an adult facility. It is artificial to compare both sentences given that an adult sentence for second degree murder is imprisonment for life with a possibility of parole after 10 years. The youth sentence for second degree murder under subparagraph 42(2)(g)(ii) is a 7-year sentence comprised of a custodial portion and a conditional supervision portion to be served in the community. An offender required to serve a 58-month “adult sentence” would not be treated more favourably than the applicant for the purposes of calculating parole eligibility under sections 119 [as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; 1997, c. 17, s. 20; 2000, c. 24, s. 37] and 120 [as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, c. 42, s. 34; 2000, c. 24, s. 38] of the CCRA. These provisions apply equally to both types of sentences and parole eligibility is calculated based on the total sentence in both scenarios, 58 months.

[25] The respondent further submits that the applicant has conflated the separate and distinct concepts of entitlement to release (i.e. based on earned remission) and discretionary release (i.e. conditional release, including day parole and full parole). Offenders subject to a determinate sentence are required to serve at least 2/3 of their sentence before they are entitled to release from custody. This entitlement can take several forms. Under the CCRA, an offender serving a determinate sentence is entitled to release after serving a period of custody of no less than 2/3 of his/her sentence. In the provincial correctional system, the same principle takes the form of early release based on remission (section 6 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 82; 2002, c. 1, s. 197] of the *Prisons and Reformatories Act* [R.S.C., 1985, c. P-20]). An adult offender serving less than a two-year sentence can earn a reduction of his/her sentence of 15 days per month served in custody. The period of remission cannot exceed 1/3 of the sentence, therefore entitlement to release can only occur once the offender has served 2/3 of his/her sentence. The respondent argues that the

[24] En outre, poursuit le défendeur, le jeune délinquant qui purge une peine spécifique dans un établissement pour adultes n'est pas désavantagé par rapport au délinquant qui purge une peine d'adulte pour la même infraction dans un tel établissement. Il est artificiel de comparer les deux peines, étant donné que la peine applicable aux adultes pour le meurtre au deuxième degré est l'emprisonnement à perpétuité avec possibilité de libération conditionnelle après dix ans, tandis que la peine spécifique qui sanctionne le même crime sous le régime du sous-alinéa 42(2)g(ii) est une peine de sept ans consistant en une période à purger sous garde et en une période de liberté sous condition au sein de la collectivité. Le délinquant ayant à purger une « peine d'adulte » de 58 mois ne recevrait pas un traitement plus favorable que le demandeur pour ce qui concerne la fixation des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime des articles 119 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; 1997, ch. 17, art. 20; 2000, ch. 24, art. 37] et 120 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 34; 2000, ch. 24, art. 38] de la LSCMLC. Ces dispositions s'appliquent également aux deux types de peines, et, dans les deux cas, les dates d'admissibilité à la libération conditionnelle sont déterminées sur la base de la durée totale de la peine, soit 58 mois.

[25] Le défendeur fait en outre valoir que le demandeur a confondu les concepts distincts du droit à la libération (c'est-à-dire la réduction méritée de peine) et de la libération discrétionnaire (c'est-à-dire la mise en liberté sous condition, qui comprend la semi-liberté et la libération conditionnelle totale). Les délinquants condamnés à une peine de durée déterminée doivent en purger au moins les deux tiers avant d'avoir droit à la libération. Ce droit peut prendre plusieurs formes. Sous le régime de la LSCMLC, le délinquant qui purge une peine de durée déterminée a le droit d'être libéré après avoir purgé en détention au moins les deux tiers de sa peine. Dans le système correctionnel provincial, le même principe revêt la forme de la libération anticipée fondée sur une réduction de peine (article 6 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 82; 2002, ch. 1, art. 197] de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* [L.R.C. (1985), ch. P-20]). Le délinquant adulte qui purge une peine inférieure à deux ans peut mériter une réduction à raison de 15 jours pour chaque mois purgé en détention. La réduction ne peut dépasser le tiers de la peine, de sorte que le délinquant ne peut

balance of an offender's sentence that remains beyond the point of his/her entitlement to release is not excluded for the purpose of calculating parole eligibility.

[26] Lastly, the respondent challenges the applicant's argument that his youth sentence is conceptually indistinguishable from an adult sentence that has a custodial portion and a non-custodial portion, such as probation or long-term supervision. The respondent contends that neither a probation order nor a long-term supervision order is included in the definition of "sentence" for the purpose of calculating parole eligibility. Probation and long-term supervision orders are additional sanctions that *may* be added to a sentence of imprisonment. Subparagraph 42(2)(g)(ii), however, is a mandatory sentence for second degree murder. It is a single sentence comprised of a custody order in conjunction with a supervision order. There is no discretion to impose custody without supervision or supervision without custody. Moreover, the respondent submits, subsection 56(5) of the YCJA specifies that probation is a distinct sanction that comes into force at the end of the period of supervision if a young person receives a sentence that includes a period of continuous custody and supervision. As such, probation does not form part of a "youth sentence" for the purpose of calculating parole eligibility; however, the period of supervision following the period of custody does.

Analysis

[27] The YCJA replaced the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1 (YOA) on April 1, 2003, and made consequential amendments to the CCRA and the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C., 1985, c. P-20 (PRA). The YCJA was a policy response by Parliament to concerns about charging, prosecution and sentencing practices and, in particular, to the over-reliance on custodial dispositions that had arisen under the YOA. Part 4 [ss. 38–82] of the

avoir droit à la libération qu'après avoir purgé les deux tiers de sa peine. Le défendeur fait valoir que la partie de la peine qui reste après l'ouverture du droit à la libération n'est pas exclue aux fins de la fixation des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle.

[26] Enfin, le défendeur conteste le moyen du demandeur selon lequel sa peine spécifique ne se distinguerait pas conceptuellement d'une peine d'adulte comprenant une période de garde et une période non privative de liberté, par exemple de probation ou de surveillance de longue durée. Selon le défendeur, la définition de la « peine » ou de la « peine d'emprisonnement », aux fins de la fixation des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle, ne comprend ni une ordonnance de probation ni une ordonnance de surveillance de longue durée. Les ordonnances de cette nature sont des sanctions additionnelles, qui *peuvent* être ajoutées à une peine d'emprisonnement, alors que la peine que prévoit le sous-alinéa 42(2)(g)(ii) est une peine obligatoire pour le meurtre au deuxième degré. Il s'agit d'une peine unique consistant en une ordonnance de garde et en une ordonnance de surveillance, qui ne donne pas lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'imposer la garde sans surveillance ou la surveillance sans garde. Qui plus est, ajoute le défendeur, le paragraphe 56(5) de la LSJPA spécifie que la probation est une sanction distincte qui devient exécutoire à la date d'expiration de la surveillance lorsque l'adolescent a été condamné à une peine comportant le placement sous garde de façon continue et la surveillance. Par conséquent, la probation ne fait pas partie de la « peine spécifique » aux fins de la fixation des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle — mais la période de surveillance qui suit la période de garde, elle, en fait bel et bien partie.

Analyse

[27] La LSJPA a remplacé la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 (la LJC), le 1^{er} avril 2003, et elle a entraîné des modifications corrélatives à la LSCMLC et à la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. (1985), ch. P-20 (la LPMC). Le législateur a adopté la LSJPA en réponse aux inquiétudes touchant les pratiques d'inculpation, de poursuite et de détermination des peines — en particulier

YCJA now defines the purpose of youth sentencing, provides factors and principles to be considered when a youth sentence is imposed, creates new youth sentences, sets out conditions that must exist before a custodial sentence is imposed and includes a supervision portion as part of all custodial sentences.

[28] The purpose of sentencing under the YCJA is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation into society, thereby contributing to the long-term protection of the public: section 38 of the YCJA. A *just* sanction under the YCJA is one imposed in accordance with the sentencing principles under subsection 38(2) of the Act.

[29] When a youth justice court finds a young person guilty of second degree murder, it shall order the young person to serve a maximum 7-year sentence comprised of a committal to custody for a period not to exceed four years (subject to subsection 104(1)) and a placement under conditional supervision to be served in the community: subparagraph 42(2)(g)(ii) of the YCJA. While the 7-year term is fixed, and a supervision term is a mandatory component of the sentence, the ways in which the custodial portion and the non-custodial portion are served can vary. For instance, if satisfied that there are reasonable grounds to believe that a young person is likely to commit an offence causing the death of or serious harm to another person before the expiry of the youth sentence the young person is serving, the youth justice court can order that the young person remain in custody for a period not exceeding the remainder of the total youth sentence (section 104 of the YCJA).

[30] In the case at bar, the applicant was charged with second degree murder and ordered to serve a 7-year sentence under subparagraph 42(2)(g)(ii) of the YCJA comprised of a 22-month custodial portion and a 36-month conditional supervision portion. As the applicant was over the age of 20 at the time of sentencing, he was required to serve the custodial portion of his youth sentence in a

la place trop importante prise par les peines comportant la garde — qu'avait fait naître le régime de la LJC. La partie 4 [art. 38 à 82] de la LSJPA définit l'objet de la détermination des peines spécifiques, expose les facteurs et les principes à prendre en considération par le tribunal qui prononce une telle peine, crée de nouvelles peines spécifiques, fixe les conditions auxquelles est subordonnée l'infliction de peines comportant la garde et prévoit l'inclusion d'une période de surveillance dans toutes les peines de cette dernière nature.

[28] La LSJPA dispose que l'assujettissement de l'adolescent aux peines prévues a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public (article 38). Une sanction *juste* sous le régime de la LSJPA est une sanction conforme aux principes de détermination de la peine que définit son paragraphe 38(2).

[29] Dans le cas où il déclare un adolescent coupable de meurtre au second degré, le tribunal le condamne à une peine maximale de sept ans consistant en une mesure de placement sous garde pour une période maximale de quatre ans, sous réserve du paragraphe 104(1), et en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (sous-alinéa 42(2)g(ii) de la LSJPA). La durée de sept ans est fixe et la période de surveillance est un élément obligatoire de la peine, mais la façon dont sont purgées la période de garde et la période non privative de liberté peut varier. Par exemple, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'adolescent commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un dommage grave à autrui, le tribunal pour adolescents peut ordonner son maintien sous garde pour une période n'excédant pas le reste de sa peine totale (article 104 de la LSJPA).

[30] Dans la présente espèce, le demandeur a été inculpé de meurtre au deuxième degré et condamné sous le régime du sous-alinéa 42(2)g(ii) de la LSJPA à une peine de sept ans consistant en une période de garde de 22 mois et en une période de liberté sous condition au sein de la collectivité de 36 mois. Comme le demandeur avait plus de 20 ans au moment où sa peine a été prononcée, il a

provincial correctional facility for adults (subsection 89(1) of the YCJA).

[31] When a youth sentence is served in an adult facility, the rules and regulations of the CCRA and the PRA apply, except to the extent that they conflict with Part 6 [ss. 110–129] of the YCJA (subsection 89(3) of the YCJA), and subject to certain exceptions. These exceptions are explained in a manual issued by the Department of Public Safety and Emergency Preparedness entitled *Sentence Calculation: A Handbook for Judges, Lawyers and Correctional Officials* (at pages 55–56):

The rules applicable to adult sentences govern the administration and calculation of the sentence subject to the exceptions set out below. Consequently, the rules with respect to youth justice court reviews do not apply to these sentences since the parole reviews are available under the adult system. However, the provisions of the YCJA which require the young person to be released to the community under supervision and the continuance of custody applications under sections 98 and 104 continue to apply to young persons who have been transferred to a provincial correctional facility for adults pursuant to section 89, 92 or 93. (See section 197 of the YCJA, which adds subsection 6(7.3) to the PRA). This allows for the enforcement of the community portion of a custody and supervision order after the release of the young person as result of remission. It also allows for the continuation of custody past the release date established pursuant to subsection 6(7.1) and (7.2) of the PRA – remission release date or release date established pursuant to paragraphs 42(2)(o), (q), or (r). [Footnote omitted.]

This manual does not form part of the tribunal record before me; however it is a public document that serves as a helpful guideline. Recently in *Sychuk v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 105, 91 Admin. L.R. (4th) 56, Justice François Lemieux was guided in his analysis by a National Parole Board policy manual. He observed the following at paragraph 11:

dû être incarcéré dans un établissement correctionnel provincial pour adultes pour y purger la période de garde de sa peine spécifique, conformément au paragraphe 89(1) de la LSJPA.

[31] La LSCMLC, la LPMC, ainsi que les règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de ces lois, s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement carcéral pour adultes, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 [art. 110 à 129] de la LSJPA (paragraphe 89(3) de la LSJPA) et sous réserve de certaines exceptions. Ces exceptions sont définies dans un guide du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile intitulé *Le calcul des peines : Guide pour les juges, les avocats et les responsables correctionnels* (à la page 60) :

Les règles applicables aux peines pour adultes régissent l'administration et le calcul de la peine sous réserve des exceptions énumérées ci-après. Ainsi, les règles concernant les examens par le tribunal pour adolescents ne s'appliquent pas à ces peines, parce que les examens en vue d'une libération conditionnelle sont disponibles dans le cadre du système pour adultes. Toutefois, les dispositions de la LSJPA qui stipulent que l'adolescent doit être libéré sous surveillance dans la collectivité et nécessitant une demande de maintien du placement sous garde de l'adolescent en vertu des articles 98 et 104 continuent de s'appliquer aux délinquants qui sont transférés dans des établissements correctionnels provinciaux pour adultes conformément aux articles 89, 92 ou 93. (Voir l'article 197 de la LSJPA, qui ajoute le paragraphe 6(7.3) à la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*.) Cela permet de mettre à exécution une ordonnance de placement sous garde et de surveillance après la mise en liberté du délinquant à la suite d'une réduction de peine. Cela permet également de prolonger la garde après la date de libération conformément aux paragraphes 6(7.1) et (7.2) de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* – date de libération réduite ou date de libération établie conformément aux alinéas 42(2)(o), (q) ou (r). [Note en bas de page omise.]

Ce manuel ne fait pas partie du dossier du tribunal déposé devant moi, mais c'est un document public qui donne des indications utiles. Dans une décision récente de notre Cour, soit *Sychuk c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 105, le juge François Lemieux s'est inspiré dans son analyse d'un guide de politique de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il formulait les observations suivantes au paragraphe 11 de cette décision :

It is also settled law that policy manuals, like guidelines, are not law and, as such are not binding on the decision-maker. However, it has been recognized by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraph 72, guidelines are useful indicators and the fact the decision reached contrary to the guidelines “is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the power”.

[32] Part II [ss. 99–156] of the CCRA governs the conditional release, supervision and long-term supervision of offenders serving their sentence in an adult facility. The parole provisions fall under sections 119 and 120 of the Act. The operative portions of these sections for our purposes read as follows:

119. (1) Subject to section 746.1 of the *Criminal Code*, subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, the portion of a sentence that must be served before an offender may be released on day parole is

...

(c) where the offender is serving a sentence of two years or more, other than a sentence referred to in paragraph (a) or (b), the greater of

(i) the portion ending six months before the date on which full parole may be granted, and

(ii) six months; or

...

120. (1) Subject to sections 746.1 and 761 of the *Criminal Code* and to any order made under section 743.6 of that Act, to subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and to any order made under section 140.4 of that Act, and to subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of one third of the sentence and seven years. [Emphasis added.]

[33] To be eligible for full parole, an offender must serve the lesser of 1/3 of his/her sentence or seven years.

Il est de jurisprudence constante que, tout comme les directives, les manuels de politiques n’ont pas force de loi et ne lient donc pas les autorités chargées de prendre des décisions. La Cour suprême du Canada a toutefois reconnu, dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 72, que les directives fournissent des indications utiles et le fait que la décision était contraire aux directives « est d’une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir ».

[32] C’est la partie II [art. 99 à 156] de la LSCMLC qui régit la mise en liberté sous condition, la liberté surveillée et la surveillance de longue durée des délinquants qui purgent leur peine dans un établissement pour adultes. La libération conditionnelle fait l’objet des articles 119 et 120 de cette Loi. La partie qui nous concerne du dispositif de ces articles est libellée comme suit :

119. (1) Sous réserve de l’article 746.1 du *Code criminel*, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, le temps d’épreuve pour l’admissibilité à la semi-liberté est :

[...]

c) dans le cas du délinquant qui purge une peine d’emprisonnement égale ou supérieure à deux ans, à l’exclusion des peines visées aux alinéas a) et b), six mois ou, si elle est plus longue, la période qui se termine six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale;

[...]

120. (1) Sous réserve des articles 746.1 et 761 du *Code criminel* et de toute ordonnance rendue en vertu de l’article 743.6 de cette loi, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et de toute ordonnance rendue en vertu de l’article 140.4 de cette loi, et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, le temps d’épreuve pour l’admissibilité à la libération conditionnelle totale est d’un tiers de la peine à concurrence de sept ans. [Je souligne.]

[33] Pour être admissible à la libération conditionnelle totale, le délinquant doit avoir purgé le tiers de sa peine

The portion of an offender's sentence that must be served before he/she may be released on day parole is the greater of six months before the date on which full parole may be granted and six months. Eligibility for day parole will necessarily depend upon eligibility for full parole.

[34] The issue at bar turns on the correct interpretation of "sentence" within the meaning of these provisions. The applicant's position is that only the 22-month custodial portion of his sentence can be considered "the sentence" for the purpose of calculating parole eligibility. The respondent argues that parole eligibility is based on an offender's total sentence, which in the applicant's case is 58 months.

[35] At first impression, this issue can be resolved on a plain and ordinary reading of the relevant legislation. The term "sentence" is defined under subsection 2(1) of the CCRA as follows:

2. (1) ...

"sentence" means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*;

[36] Thus, a "youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*" is included within the meaning of "sentence" for the purposes of the CCRA. A "youth sentence" under the YCJA is "a sentence imposed under sections 42, 51 or 59 or any of sections 94 to 96 and includes a confirmation or a variation of that sentence" (subsection 2(1) of the YCJA).

[37] Section 42 of the YCJA lists a number of possible sanctions or "youth sentences" available to a sentencing judge. The "youth sentence" that falls under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA is a single sentence comprised of two components:

à concurrence de sept ans. Quant à la semi-liberté, le délinquant y devient admissible après avoir purgé six mois ou, si elle est plus longue, la période qui se termine six mois avant la date de son admissibilité à la libération conditionnelle totale. L'admissibilité à la semi-liberté dépend donc nécessairement de l'admissibilité à la libération conditionnelle totale.

[34] La réponse à la question en litige dépend de l'interprétation à donner au terme « peine » pour l'application de ces dispositions. Selon le demandeur, seule la période de garde de 22 mois que comprend sa peine peut être considérée comme « la peine » aux fins de la fixation des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Le défendeur soutient quant à lui que l'admissibilité à la libération conditionnelle est fondée sur la durée totale de la peine prononcée, qui dans le cas du demandeur est de 58 mois.

[35] À première vue, on peut trancher cette question en interprétant les dispositions applicables suivant le sens ordinaire et grammatical de leurs termes. La LSCMLC porte la définition suivante des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » :

2. (1) [...]

« peine » ou « peine d'emprisonnement » S'entend notamment d'une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d'une peine d'emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[36] Ainsi, la définition des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » que donne la LSCMLC comprend « une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* ». Or l'expression « peine spécifique » se définit sous le régime de la LSJPA comme étant « [t]oute peine visée aux articles 42, 51, 59 ou 94 à 96 ou confirmation ou modification d'une telle peine » (paragraphe 2(1) de la LSJPA).

[37] L'article 42 de la LSJPA énumère un certain nombre de sanctions ou « peines spécifiques » que peut prononcer le juge. La « peine spécifique » que prévoit le sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la LSJPA est une peine unique consistant en deux éléments :

42. (2) ...

(ii) in the case of second degree murder, seven years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that must not, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), exceed four years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 105. [Emphasis added.]

[38] Based on a literal reading of these provisions, the custodial portion and the placement under conditional supervision portion form the total “youth sentence” included in the definition under subsection 2(1) of the YCJA, which, in turn, is included within the meaning of “sentence” under the CCRA.

[39] A statutory interpretation analysis is not complete, however, if it is founded on the wording of the legislation alone. As per Professor Driedger’s often quoted principle, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament”: Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), at page 67.

[40] The applicant submits that, based on the modern approach to statutory interpretation as described in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, above, the term “youth sentence” within the meaning of subsection 2(1) of the CCRA can mean nothing other than the custodial portion of the applicant’s sentence. I agree. The Board’s decision is therefore inconsistent with the correct contextual interpretation of “sentence” under the provisions of the CCRA.

42. (2) [...]

(ii) dans le cas d’un meurtre au deuxième degré, d’une peine maximale de sept ans consistant, d’une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de quatre ans à compter de sa mise à exécution, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), et, d’autre part, en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l’article 105. [Non souligné dans l’original.]

[38] On peut donc conclure d’une lecture littérale de ces dispositions que la période de garde et la période de liberté sous condition au sein de la collectivité forment la « peine spécifique » totale définie au paragraphe 2(1) de la LSJPA, laquelle peine spécifique entre dans la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » que porte la LSCMLC.

[39] Cependant, la tâche d’interprétation législative n’est pas achevée si n’a été pris en considération que le libellé des dispositions en question. Il convient en effet d’appliquer la maxime souvent citée de Driedger selon laquelle [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une Loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi, l’objet de la Loi et l’intention du législateur » (Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, Toronto : Butterworths, 1974, à la page 67).

[40] Le demandeur soutient que, si l’on se fonde sur la méthode contemporaine d’interprétation des dispositions législatives qui est exposée dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, précité, l’expression « peine spécifique » telle qu’elle est employée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC ne peut rien signifier d’autre que la période de garde comprise dans sa peine. Je souscris à ce moyen. La décision de la Commission est donc incompatible avec l’interprétation contextuelle correcte des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » de la LSCMLC.

[41] The YCJA expressly states that placements of young persons where they are treated as adults must not disadvantage them with respect to their eligibility for and conditions of release (paragraph 83(2)(e) of the YCJA). “Young person” as defined in subsection 2(1) of the YCJA includes a person who is charged under the Act with having committed an offence while he was between 12 and 18 years of age. Here, the applicant is a “young person” serving a “youth sentence” in an adult provincial facility. This placement entitles him to conditional release under the CCRA. Under the terms of the YCJA, he must not be disadvantaged in the calculation of his sentence to determine his eligibility for release.

[42] The meaning of “sentence” under sections 119 and 120 of the CCRA can be inferred from a conceptual and purposive interpretation of the parole scheme under the Act. Parole is a discretionary form of conditional release which allows offenders to serve the balance of their sentence outside of an institution under supervision and specific conditions. At its Web site, the Board describes parole as a “carefully constructed bridge between incarceration and return to the community”: <http://www.npb-cnrc.gc.ca/parole/parole-eng.shtml>. Since parole is a discretionary decision allowing offenders to serve the balance of their sentences of imprisonment outside an institution, it cannot attach to a sanction or a portion thereof that is already ordered to be served in the community, such as the conditional supervision portion of a sentence under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA.

[43] In his submissions, the applicant cites the Supreme Court of Canada’s decision in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, an excerpt of which is particularly instructive for this analysis (at paragraph 62):

In short, the history, structure and existing practice of the conditional release system collectively indicate that a grant of parole represents a change in the conditions [underlining in the original] under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction [underlining in the original] of the judicial

[41] La LSJPA dispose expressément que le placement qui vise à traiter les adolescents comme des adultes ne doit pas les désavantager en ce qui concerne leur admissibilité à la libération conditionnelle et les conditions afférentes (alinéa 83(2)e) de la LSJPA). Le terme « adolescent » tel qu’il est défini au paragraphe 2(1) de la LSJPA désigne toute personne accusée sous le régime de cette Loi d’avoir commis une infraction entre les âges de 12 et de 18 ans. Le demandeur à la présente instance est un « adolescent » qui purge une « peine spécifique » dans un établissement correctionnel provincial pour adultes. Ce placement lui donne droit à la mise en liberté sous condition sous le régime de la LSCMLC, et la LSJPA dispose qu’il ne doit pas être désavantagé dans le calcul par lequel on déterminera les dates de son admissibilité à la libération sur la base de sa peine.

[42] On peut déduire la signification du terme « peine », pour l’application des articles 119 et 120 de la LSCMLC, d’une interprétation conceptuelle et téléologique du régime des libérations conditionnelles qu’établit cette Loi. La libération conditionnelle est une forme discrétionnaire de mise en liberté sous condition qui permet aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d’un établissement carcéral, sous surveillance et à des conditions déterminées. Sur son site Web, la Commission définit la libération conditionnelle comme « un pont soigneusement construit entre la vie en milieu carcéral et la vie en société » (<http://www.npb-cnrc.gc.ca/parole/parole-fra.shtml>). Comme la libération conditionnelle est une mesure discrétionnaire permettant aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors du milieu carcéral, elle ne peut se rapporter à une sanction ou à une partie de sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité, telle que la période de liberté sous condition faisant partie de la peine prévue au sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la LSJPA.

[43] Le demandeur cite dans ses conclusions un arrêt de la Cour suprême du Canada — *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 —, dont le passage suivant du paragraphe 62 est particulièrement instructif aux fins de la présente analyse :

Bref, l’histoire, la structure et les pratiques actuelles du système de liberté sous condition indiquent collectivement que l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions [souligné dans l’original] aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée

sentence itself. Needless to say, an offender enjoys a greater measure of freedom and liberty when the conditions of his or her imprisonment are changed from physical confinement to full parole. [Emphasis added.]

This excerpt highlights the bridging aspect of parole. This “bridge” links physical confinement to a greater measure of liberty in the community. As such, it can only attach to a sentence, or a portion thereof, required to be served in confinement.

[44] Moreover, the statutory definition of “sentence” in the CCRA is indicative of Parliament’s intent:

2. (1) ...

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*. [Emphasis added.]

[45] The use of the verbs “means” and “includes” in the same statutory definition suggests a two-step analysis. Justice Dolores Hansen’s comments in *Hrushka v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 69, 340 F.T.R. 81 are helpful in this regard (at paragraph 16):

As stated in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* ... there are two kinds of statutory definitions, exhaustive and non-exhaustive. Exhaustive definitions are normally introduced with the term “means” and serve the following purposes: “to clarify a vague or ambiguous term; to narrow the scope of a word or expression; to ensure that the scope of a word or expression is not narrowed; and to create an abbreviation or other concise form of reference to a lengthy expression.” Non-exhaustive definitions are normally introduced by the word “includes” and serve “to expand the ordinary meaning of a word or expression; to deal with borderline applications; and to illustrate the application of a word or expression by setting examples.” Thus, it can be seen that a statutory definition does not typically have substantive content. Indeed, the inclusion of substantive content in a definition is viewed as a drafting error.

plutôt qu’une réduction [souligné dans l’original] de la peine elle-même. Il va sans dire que le délinquant jouit d’une liberté et d’une latitude plus grandes lorsque les conditions de sa peine passent de l’incarcération à la libération conditionnelle totale. [Non souligné dans l’original.]

Cet extrait fait ressortir la fonction de « pont » que remplit la libération conditionnelle. Ce pont est jeté entre la vie carcérale et la vie plus libre au sein de la collectivité. Par conséquent, la libération conditionnelle ne peut se rapporter qu’à une peine, ou à une partie de peine, qui doit être purgée en détention.

[44] En outre, la définition que donne la LSCMLC des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » est une indication de l’intention du législateur :

2. (1) [...]

« peine » ou « peine d’emprisonnement » S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d’une peine d’emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. [Je souligne.]

[45] L’emploi d’une conjonction marquant l’équivalence et de la charnière « s’entend notamment » dans la même définition paraît appeler une analyse en deux temps. Les observations formulées par la juge Dolores Hansen dans la décision *Hrushka c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 69, se révèlent utiles dans ce contexte (au paragraphe 16) :

Comme il est indiqué dans l’ouvrage *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes* [...] il existe deux types de définitions dans les lois, les définitions exhaustives et celles qui ne le sont pas. Les définitions exhaustives se font généralement sans l’emploi d’une charnière ou avec l’emploi d’une charnière comme « s’entend de » et leur objet est le suivant : [TRADUCTION] « clarifier un terme vague ou ambigu, restreindre la portée d’un terme ou d’une expression, s’assurer que la portée d’un terme ou d’une expression n’est pas restreinte, et créer une abréviation ou toute autre forme de référence concise pour une longue expression ». Les définitions non exhaustives commencent habituellement par l’emploi d’une charnière telle que « s’entend notamment » et visent [TRADUCTION] « à élargir le sens ordinaire d’un terme ou d’une expression, à traiter des cas limites, et à illustrer l’application d’un terme ou d’une expression en donnant des exemples ». On peut donc voir qu’une définition

[46] In my view, both aspects of the definition of “sentence” under the CCRA must be interpreted consistently and with regard to the purpose for the inclusion of the statutory cross-references. The phrase “means a sentence of imprisonment” narrows the scope of the term “sentence” to one of incarceration. The use of “includes” in reference to sentences imposed by foreign jurisdictions on offenders transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and to youth sentences under the YCJA encompasses the carceral portions of those sentences but not those portions to be served in the community under supervision.

[47] The *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 applies to Canadian offenders who are “detained, subject to supervision by reason of conditional release or probation or subject to any other form of supervision in a foreign entity” as per the definition in section 2 of that Act. Pursuant to sections 23 to 27 of that Act, offenders serving sentences of imprisonment in the foreign jurisdiction are eligible for statutory remission and parole in Canada. Under section 107 [as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, c. 42, ss. 28(E), 70(E), 71(F); 2000, c. 24, s. 36; 2004, c. 21, s. 40] of the CCRA, the Board has the jurisdiction and discretion to grant parole or to revoke or suspend the release of such offenders. The object of including the reference to the sentences of transferred offenders in the CCRA definition of “sentence” is intended to ensure that the custodial release provisions of that statute apply to Canadian offenders serving sentences of imprisonment who are transferred to this country under an arrangement with a foreign entity.

[48] The term “youth sentence” as defined under subsection 2(1) of the YCJA applies to a broad range of

prévue par la loi ne comporte normalement pas d’élément de fond. En fait, l’inclusion d’éléments de fond dans une définition est considérée comme une erreur de rédaction.

[46] À mon avis, les deux aspects de la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » que porte la LSCMLC doivent être interprétés en harmonie l’un avec l’autre et en tenant compte de l’objet des renvois à d’autres lois. L’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » restreint la portée du terme « peine » à la détention. L’emploi de la charnière « [s]’entend notamment de », relativement aux peines d’emprisonnement imposées par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* et aux peines spécifiques imposées en vertu de la LSJPA, a pour effet d’inclure dans la définition la partie carcérale de ces peines, mais pas la partie à purger sous surveillance dans la collectivité.

[47] La *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, s’applique aux délinquants canadiens. Le « délinquant canadien », selon la définition donnée à l’article 2 de cette Loi est un citoyen canadien qui est « soit détenu, soit sous surveillance en raison d’une ordonnance de probation ou d’une mise en liberté sous condition, soit assujéti à une autre forme de liberté surveillée, dans une entité étrangère ». Selon les articles 23 à 27 de cette même Loi, les délinquants qui purgent une peine d’emprisonnement à l’étranger sont admissibles à la libération d’office et à la libération conditionnelle au Canada. L’article 107 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 28(A), 70(A), 71(F); 2000, ch. 24, art. 36; 2004, ch. 21, art. 40] de la LSCMLC dispose que la Commission a toute compétence et latitude pour accorder une libération conditionnelle aux délinquants de cette catégorie, ou pour mettre fin à leur libération conditionnelle ou d’office ou la révoquer. La mention des peines infligées aux délinquants transférés dans la définition que porte la LSCMLC des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » a pour objet de faire en sorte que les dispositions relatives à la libération de cette loi s’appliquent aux délinquants canadiens purgeant une peine d’emprisonnement qui sont transférés au Canada en vertu d’une entente avec une entité étrangère.

[48] L’expression « peine spécifique » telle que la définit le paragraphe 2(1) de la LSJPA s’applique à un

possible sentence dispositions that may be imposed. Youth sentences which involve custody will have a non-custodial portion. The inclusion of the term “youth sentence” in the definition of “sentence” in the CCRA is intended solely to ensure that the conditional release provisions of the CCRA are available to offenders serving the custodial portion of their youth sentences in adult facilities. Thus the definition has to read as referring to the custodial portion and not to the community supervision portion.

[49] I note that a “conditional sentence of imprisonment” pursuant to section 742.1 of the *Criminal Code* is a “sentence of imprisonment” that is served in the community instead of in an institution. As per the Supreme Court’s decision in *R. v. Proulx*, above, parole cannot attach to a conditional sentence of imprisonment because the offender is not actually incarcerated and he or she does not need to be reintegrated into society (at paragraph 43). Similarly, parole cannot be granted to a transferred offender or a young offender who has already been conditionally released.

[50] The conditional supervision portion in sentences under the YCJA is an alternative to detention and is intended to be served in the community. While an application may be made under section 98 for a continuation of the custody portion and a remand into custody is possible under section 102 for breach of the conditions, these are exceptional procedures which do not derogate from the principle that reintegration into the community is a fundamental part of any custodial sentence under the YCJA.

[51] The fact that warrants of committal for youth sentences in British Columbia include the total length of the sentence, including the custodial and conditional supervision components, does not alter this analysis. A warrant of committal is not the sentence of the Court, but merely “the machinery” which provides proof of a legal authority to hold the prisoner in custody for the specified period: *Ewing v. Mission Institution* (1994), 92

ensemble de peines très diverses que peuvent prononcer les tribunaux pour adolescents. Les peines spécifiques qui comportent une période de garde comprennent aussi une période non privative de liberté. La mention de la « peine spécifique » dans la définition de « peine » ou « peine d’emprisonnement » que donne la LSCMLC a pour seul objet de faire en sorte que puissent bénéficier des dispositions de cette loi relatives à la mise en liberté sous condition les délinquants qui purgent la période de garde que comporte leur peine spécifique dans un établissement pour adultes. Par conséquent, cette définition doit être comprise comme s’appliquant à la période de garde et non à la période de liberté surveillée.

[49] Je note que, à l’article 742.1 du *Code criminel*, la « peine avec sursis » est considérée comme un « emprisonnement » qu’on purge dans la collectivité au lieu de le faire dans un établissement. La Cour suprême du Canada fait observer au paragraphe 43 de l’arrêt *R. c. Proulx*, précité, qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne donne pas ouverture à libération conditionnelle parce que le délinquant n’est pas proprement incarcéré et qu’il n’est donc pas nécessaire de le réinsérer dans la société. De même, on ne peut accorder la libération conditionnelle à un délinquant transféré ou à un jeune délinquant qui a déjà été libéré sous condition.

[50] La période de liberté sous condition que comprennent les peines prononcées sous le régime de la LSJPA est une solution de rechange à la détention et est conçue pour être purgée dans la collectivité. S’il est vrai que l’article 98 permet la présentation d’une demande de maintien sous garde et que l’article 102 autorise la mise sous garde pour manquement aux conditions, ce sont là des mesures exceptionnelles qui ne changent rien au principe que la réinsertion sociale constitue un élément fondamental de toute peine comportant la garde qui peut être prononcée sous le régime de la LSJPA.

[51] Le fait que les mandats de dépôt relatifs aux peines spécifiques décernés en Colombie-Britannique comprennent la durée totale de la peine, c’est-à-dire à la fois la période de garde et la période de liberté sous condition, n’infirmes en rien cette analyse. Le mandat de dépôt n’est pas la peine prononcée par le tribunal, mais seulement [TRADUCTION] « l’instrument » qui atteste l’autorisation légale de tenir le prisonnier sous garde

C.C.C. (3d) 484 (B.C.C.A.), at paragraphs 33 and 34. In the context of youth sentences, the outside limit of such authority must be observed as section 104 of the YCJA allows a youth justice court to order the continuation of an offender's custody for a period not to exceed the remainder of his/her youth sentence. A warrant of committal may, therefore, remain in force until the date on which the full term of a youth offender's sentence expires.

Issue 2: When does the Board's authority over an offender serving a youth sentence in an adult facility expire?

Applicant's Submissions

[52] The applicant argues that the Board's jurisdiction expires at the end of his 22-month custodial sentence. The Board's jurisdiction is to grant, terminate or revoke parole. This power can only exist where an offender continues to be subject to a "sentence of imprisonment" from which parole may be granted.

[53] Including the conditional supervision portion of the applicant's youth sentence in the calculation of parole eligibility has the effect of extending the Board's jurisdiction over the applicant during his 36-month conditional supervision term. Extending the Board's authority beyond the custodial term, the applicant contends, is inconsistent with Parliament's chosen scheme for conditional supervision. Parliament has empowered the provincial director and the youth justice court with the authority to impose conditions and to monitor young offenders subject to conditional supervision. It is submitted that the exclusive purpose of the CCRA is to manage sentences of imprisonment. The CCRA is silent with respect to a number of non-custodial components of a sentence, including the conditional supervision portion of a youth sentence.

pour la période spécifiée : *Ewing v. Mission Institution* (1994), 92 C.C.C. (3d) 484 (C.A.C.-B.), aux paragraphes 33 et 34. Dans le contexte des peines spécifiques, la limite extérieure de cette autorisation doit être observée, étant donné que l'article 104 de la LSJPA ne permet au tribunal pour adolescents d'ordonner la prolongation de la garde que pour une durée n'excédant pas le reste de la peine. Le mandat de dépôt peut donc rester en vigueur jusqu'à l'expiration de la durée totale de la peine spécifique.

Deuxième question : À quel moment prend fin la compétence de la Commission à l'égard d'un délinquant qui purge une peine spécifique dans un établissement pour adultes?

Les moyens du demandeur

[52] Le demandeur soutient que la compétence de la Commission prend fin à l'expiration de la période de garde de 22 mois que comprend sa peine. La Commission a compétence pour accorder la libération conditionnelle, y mettre fin ou la révoquer. Ce pouvoir ne peut exister que pour autant que le délinquant continue de faire l'objet d'un « emprisonnement » susceptible de donner ouverture à la libération conditionnelle.

[53] La prise en compte de la période de liberté sous condition que comprend la peine spécifique du demandeur dans le calcul opéré pour déterminer les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle a pour effet d'étendre la compétence de la Commission à son égard de manière qu'elle s'applique aussi à sa période de liberté surveillée de 36 mois. Or, soutient le demandeur, l'extension de la compétence de la Commission au-delà de la période de garde est incompatible avec la formule de liberté sous condition retenue par le législateur. Ce dernier a conféré au directeur provincial et au tribunal pour adolescents le pouvoir de fixer les conditions de la liberté surveillée et de contrôler la conduite des jeunes délinquants qui y sont soumis. Le demandeur affirme que la LSCMLC a pour objet exclusif la gestion des peines d'emprisonnement proprement dites. Cette Loi est muette concernant un bon nombre des éléments non privatifs de liberté des peines, y compris la période de liberté sous condition comprise dans une peine spécifique.

[54] The applicant further submits that there is a real danger of inconsistent conditions being imposed by the Board and the youth justice court or the provincial director. It is submitted that Parliament could not have intended such an unnecessary burden on both the parole and conditional supervision schemes.

[55] The applicant seeks a declaration that the Board's authority over the applicant expires at the end of the 22-month custodial portion of his youth sentence.

Respondent's Submissions

[56] The respondent submits that if the Board grants the applicant full parole, and the applicant remains on full parole at the time his period of custody expires (after 22 months), then the Board will continue to exercise its jurisdiction for the remainder of the applicant's youth sentence (for the balance of the 58-month sentence). This is the only conclusion that can be reached, the respondent submits, considering that subsection 89(3) of the YCJA, which provides for transfers of young offenders to adult facilities and for the application of the provisions of the CCRA in such cases, supports that finding.

[57] Nothing in the legislative scheme prevents the parole and youth justice authorities from taking a co-operative approach in the management of the offender's sentence, in the respondent's view. If the jurisdiction of the authorities overlap, the respondent adds, the systems will adapt.

Analysis

[58] Subsection 89(3) of the YCJA expressly states that the CCRA and the PRA apply to a young person serving a youth sentence in an adult facility. However, it is not clear from the statutes that youth justice principles cease to apply to such an offender. Recently in *R. v. K.(C.)* (2008), 233 C.C.C. (3d) 194 (Ont. C.J.), a case dealing with whether the review provisions of the YCJA apply to a young person serving his sentence in an adult facility, Justice B. W. Duncan of the Ontario Court of Justice

[54] Le demandeur fait en outre valoir qu'il existe un danger réel que la Commission, d'une part, et le tribunal pour adolescents ou le directeur provincial, d'autre part, fixent des conditions incompatibles les unes avec les autres. Il affirme que le législateur ne peut avoir prévu un tel alourdissement inutile des régimes de la libération conditionnelle et de la liberté surveillée.

[55] Le demandeur sollicite une déclaration comme quoi la compétence de la Commission à son égard prend fin à l'expiration de la période de garde de 22 mois comprise dans sa peine spécifique.

Les moyens du défendeur

[56] Le défendeur soutient que, si elle accorde la libération conditionnelle totale au demandeur et que celui-ci en conserve le bénéfice à l'expiration de sa période de garde (soit après 22 mois), la Commission conservera compétence à son égard pour le reste de sa peine spécifique (c'est-à-dire pour le reste de la peine de 58 mois). C'est là la seule conclusion possible, affirme le défendeur, étant donné qu'elle s'accorde avec le paragraphe 89(3) de la LSJPA, qui prévoit le transfèrement des jeunes délinquants dans des établissements pour adultes et l'application à de tels cas de la LSCMLC.

[57] Selon le défendeur, aucun élément du régime applicable n'empêche les instances respectivement chargées des libérations conditionnelles et de l'administration de la justice pour les adolescents de gérer ensemble dans un esprit de collaboration la peine du délinquant. Si leurs compétences se chevauchent, ajoute le défendeur, les systèmes s'adapteront à la situation.

Analyse

[58] Le paragraphe 89(3) de la LSJPA dispose expressément que la LSCMLC et la LPMC s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement correctionnel pour adultes. Cependant, il ne ressort pas clairement des dispositions législatives en question que les principes de la justice pour adolescents cessent de s'appliquer à un tel délinquant. Dans *R. v. K.(C.)* (2008), 233 C.C.C. (3d) 194, décision récente portant sur le point de savoir si les dispositions de la LSJPA relatives à

criticised the legislation for this uncertainty (at paragraph 18):

An offender serving a youth sentence who enters or is transferred to an adult facility enters a legal no man's land. The *YOA* provided for discretionary transfer at the age of 18 but made it clear that "the provisions of this Act shall continue to apply in respect of that person" (s. 24.5 *YOA*). The *YCJA* contains no such provision. Nor does it specifically state the opposite — that the youth statute or any parts of the sections of it cease to apply. As a consequence it is not clear whether the Act or principles of youth justice apply or whether a transferred youth is even entitled to a review.

[59] Justice Duncan noted that youth serving their sentences in an adult facility continue to fall within the definitions and language used in the *YCJA*. Such an offender is within the definition of a "young person" (subsection 2(1)) and is serving a "youth sentence". Even though not in a "youth custody facility" (subsection 2(1)), the youth is still within the "youth custody and supervision system" because the statement of purpose and principles in relation to that system includes youth who have been placed "where they are treated as adults" (section 83).

[60] Justice Duncan resolved the ambiguity in favour of the youth and held, at paragraphs 24 and 25 of his reasons, that the principles of the *YCJA* continue to apply to offenders who have entered an adult facility to serve part or all of a youth sentence. One of the implications of this, he found, is that the adult facility must accommodate the person in a way that conforms to the principles of youth criminal justice.

[61] In the case at bar, the Board's initial reasons for refusing day parole to the applicant state that "if released on his eligibility date, he would be subject to the terms and conditions of his Full Parole through to his warrant expiry date 2013/01/06". Such a statement has significant implications. Most importantly, it means that the terms and conditions of parole set by the Board would apply for the remainder of the applicant's youth sentence. It is

l'examen s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement pour adultes, le juge B. W. Duncan de la Cour de justice de l'Ontario a reproché cette incertitude à la législation (au paragraphe 18) :

[TRADUCTION] Le délinquant purgeant une peine spécifique qui est incarcéré ou transféré dans un établissement pour adultes entre dans un *no man's land* juridique. La LJC prévoyait le transfert discrétionnaire à l'âge de 18 ans, mais précisait (à son article 24.5) que ses dispositions continuaient « à s'appliquer à la personne visée ». Or la LSJPA ne contient aucune disposition de cette nature, pas plus qu'elle ne prévoit explicitement le contraire, à savoir qu'elle cesserait de s'appliquer en tout ou en partie. Par conséquent, on ne sait pas avec certitude si la Loi ou les principes de la justice pour adolescents restent applicables ou si l'adolescent transféré a même droit à un examen.

[59] Le juge Duncan fait remarquer que les définitions et le libellé de la LSJPA continuent d'inclure l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement pour adultes. Un tel délinquant reste un « adolescent » selon la définition du paragraphe 2(1) et purge une « peine spécifique ». Même s'il n'est pas dans un « lieu de garde », c'est-à-dire un « lieu désigné [...] pour le placement des adolescents » (paragraphe 2(1)), il reste soumis au « régime de garde et de surveillance applicable aux adolescents » parce que l'exposé des objectifs et des principes de ce régime s'applique aussi au « placement qui vise à traiter les adolescents comme des adultes » (article 83).

[60] Le juge Duncan a résolu l'ambiguïté en faveur de l'adolescent et a conclu, aux paragraphes 24 et 25 de ses motifs, que les principes de la LSJPA continuent de s'appliquer aux délinquants incarcérés dans un établissement pour adultes pour y purger une partie ou la totalité d'une peine spécifique. L'une des conséquences de ce fait, a-t-il ajouté, est que l'établissement pour adultes doit adapter ses pratiques au jeune délinquant d'une manière conforme aux principes de la justice pénale pour les adolescents.

[61] Dans la présente espèce, l'exposé des motifs par lesquels la Commission justifiait son premier rejet de la demande de semi-liberté du demandeur portent que, [TRADUCTION] « s'il était libéré à la date de son admissibilité, il serait assujéti aux conditions de sa libération conditionnelle totale jusqu'à la date d'expiration de son mandat de dépôt, soit le 6 janvier 2013 ». Une telle affirmation a de notables conséquences, dont la

not clear how this would be reconciled with the supervision principles under the YCJA and the conditions imposed by the sentencing Judge. It is also unclear how the Board, which is accustomed to dealing with adult offenders, would accommodate YCJA principles in supervising this offender.

[62] An aspect of the legislative scheme that supports the respondent's position that Parliament intended that the Board would have jurisdiction until the end of the offender's sentence, is that, as discussed above, the custodial portion of the sentence could in exceptional circumstances be extended to "warrant expiry". In that situation, the offender would continue to be detained (or returned to custody following a review in the case of a breach of his conditions), in an adult correctional facility and would remain within the scope of the CCRA and the Board's jurisdiction.

[63] Absent a decision to continue custody or to return the offender to custody for the remainder of the sentence, the Board's jurisdiction expires, in my view, when the applicant is no longer required to be detained under the terms of the custodial portion of his sentence. This conclusion does not lead to a jurisdictional void as he will remain under the supervision of the provincial director and the sentencing court.

JUDGMENT

IT IS THE JUDGMENT OF THIS COURT that

1. For the purpose of calculating the applicant's eligibility for day and full parole, only the 22-month custodial portion of the applicant's sentence is to be included by the National Parole Board and the calculation shall not include the conditional supervision portion of the sentence;

plus importante est que les modalités de la libération conditionnelle fixées par la Commission resteraient applicables pour le reste de la peine spécifique du demandeur. On ne voit pas bien comment cette conclusion se concilierait avec les principes de surveillance de la LSJPA et avec les conditions fixées par le juge qui a prononcé la peine. On ne voit pas bien non plus comment la Commission, qui a ordinairement affaire à des délinquants adultes, appliquerait les principes de la LSJPA à la surveillance de ce délinquant.

[62] Un aspect du régime qui étaye la thèse du défendeur selon laquelle le législateur voulait que la Commission conserve compétence jusqu'à la fin de la peine est que, comme nous l'avons vu plus haut, la période de garde comprise dans la peine peut, dans des cas exceptionnels, être prolongée jusqu'à [TRADUCTION] « la date d'expiration [du] mandat de dépôt ». Dans un tel cas, le délinquant continuerait d'être détenu (ou, n'ayant pas respecté les conditions de sa libération, serait à la suite d'un examen remis sous garde) dans un établissement correctionnel pour adultes, et resterait ainsi sous le régime de la LSCMLC et la compétence de la Commission.

[63] En l'absence d'une décision de maintien sous garde ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission prend fin à mon avis au moment où le demandeur n'a plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine. Cette conclusion ne conduit pas à un vide juridique puisqu'il reste alors sous la surveillance du directeur provincial et du tribunal qui a prononcé sa peine.

JUGEMENT

LA COUR STATUE CE QUI SUIT :

1. Aux fins de la fixation des dates d'admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle, la Commission nationale des libérations conditionnelles ne doit tenir compte que de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine de celui-ci et exclure de son calcul la période de liberté sous condition au sein de la collectivité que comporte cette même peine;

2. The National Parole Board's jurisdiction to grant, terminate or revoke parole and to supervise the applicant expires at the end of the 22-month custodial portion of the applicant's youth sentence subject to the following provision;

3. Should custody be continued until the end of the conditional supervision portion of the sentence or the applicant is returned to custody for the remainder of the sentence by order of the youth justice court, the Board will retain jurisdiction;

4. The applicant is awarded costs for this application according to the normal scale.

2. La compétence de la Commission nationale des libérations conditionnelles pour accorder une libération conditionnelle, y mettre fin ou la révoquer, et pour surveiller le demandeur, prend fin à l'expiration de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine spécifique de celui-ci, sous la réserve suivante;

3. Dans le cas où le demandeur serait maintenu sous garde jusqu'à la fin de la période de liberté sous condition comprise dans sa peine ou remis sous garde pour le reste de cette peine par décision du tribunal pour adolescents, la Commission conserverait compétence à son égard;

4. Les dépens afférents à la présente demande sont adjugés au demandeur suivant l'échelle normale.

ANNEX

Corrections and Conditional Release Act

2. (1) ...

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*;

...

119. (1) Subject to section 746.1 of the *Criminal Code*, subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, the portion of a sentence that must be served before an offender may be released on day parole is

...

(c) where the offender is serving a sentence of two years or more, other than a sentence referred to in paragraph (a) or (b), the greater of

(i) the portion ending six months before the date on which full parole may be granted, and

(ii) six months; or

ANNEXE

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition

2. (1) [...]

« peine » ou « peine d'emprisonnement » S'entend notamment d'une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d'une peine d'emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[...]

119. (1) Sous réserve de l'article 746.1 du *Code criminel*, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté est :

[...]

c) dans le cas du délinquant qui purge une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à deux ans, à l'exclusion des peines visées aux alinéas a) et b), six mois ou, si elle est plus longue, la période qui se termine six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale;

...

[...]

120. (1) Subject to sections 746.1 and 761 of the *Criminal Code* and to any order made under section 743.6 of that Act, to subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and to any order made under section 140.4 of that Act, and to subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of one third of the sentence and seven years.

120. (1) Sous réserve des articles 746.1 et 761 du *Code criminel* et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 743.6 de cette loi, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 140.4 de cette loi, et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est d'un tiers de la peine à concurrence de sept ans.

Youth Criminal Justice Act

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents

2. (1) ...

2. (1) [...]

“youth sentence” means a sentence imposed under section 42, 51 or 59 or any of sections 94 to 96 and includes a confirmation or a variation of that sentence.

« peine spécifique » Toute peine visée aux articles 42, 51, 59 ou 94 à 96 ou confirmation ou modification d'une telle peine.

...

[...]

38. (1) The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

38. (1) L'assujettissement de l'adolescent aux peines visées à l'article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

...

[...]

42. (1) A youth justice court shall, before imposing a youth sentence, consider any recommendations submitted under section 41, any pre-sentence report, any representations made by the parties to the proceedings or their counsel or agents and by the parents of the young person, and any other relevant information before the court.

42. (1) Le tribunal pour adolescents tient compte, avant d'imposer une peine spécifique, des recommandations visées à l'article 41 et du rapport pré-décisionnel qu'il aura exigés, des observations faites à l'instance par les parties, leurs représentants ou avocats et par les père et mère de l'adolescent et de tous éléments d'information pertinents qui lui ont été présentés.

(2) When a youth justice court finds a young person guilty of an offence and is imposing a youth sentence, the court shall, subject to this section, impose any one of the following sanctions or any number of them that are not inconsistent with each other and, if the offence is first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231 of the *Criminal Code*, the court shall impose a sanction set out in paragraph (q) or subparagraph (r)(ii) or (iii) and may impose any other of the sanctions set out in this subsection that the court considers appropriate:

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, dans le cas où il déclare un adolescent coupable d'une infraction et lui impose une peine spécifique, le tribunal lui impose l'une des sanctions ci-après en la combinant éventuellement avec une ou plusieurs autres compatibles entre elles; dans le cas où l'infraction est le meurtre au premier ou le meurtre au deuxième degré au sens de l'article 231 du *Code criminel*, le tribunal lui impose la sanction visée à l'alinéa q) ou aux sous-alinéas r)(ii) ou (iii) et, le cas échéant, toute autre sanction prévue au présent article qu'il estime indiquée :

...

[...]

(q) order the young person to serve a sentence not to exceed

q) l'imposition par ordonnance :

...

[...]

(ii) in the case of second degree murder, seven years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that must not, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), exceed four years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 105;

...

83. (1) The purpose of the youth custody and supervision system is to contribute to the protection of society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe, fair and humane custody and supervision of young persons; and

(b) assisting young persons to be rehabilitated and reintegrated into the community as law-abiding citizens, by providing effective programs to young persons in custody and while under supervision in the community.

(2) In addition to the principles set out in section 3, the following principles are to be used in achieving that purpose:

(a) that the least restrictive measures consistent with the protection of the public, of personnel working with young persons and of young persons be used;

(b) that young persons sentenced to custody retain the rights of other young persons, except the rights that are necessarily removed or restricted as a consequence of a sentence under this Act or another Act of Parliament;

(c) that the youth custody and supervision system facilitate the involvement of the families of young persons and members of the public;

(ii) dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, d'une peine maximale de sept ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de quatre ans à compter de sa mise à exécution, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l'article 105;

[...]

83. (1) Le régime de garde et de surveillance applicable aux adolescents vise à contribuer à la protection de la société, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires, justes et humaines, et, d'autre part, en aidant, au moyen de programmes appropriés pendant l'exécution des peines sous garde ou au sein de la collectivité, à la réadaptation des adolescents et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

(2) Outre les principes énoncés à l'article 3, les principes suivants servent à la poursuite de ces objectifs :

a) les mesures nécessaires à la protection du public, des adolescents et du personnel travaillant avec ceux-ci doivent être le moins restrictives possible;

b) l'adolescent mis sous garde continue à jouir des droits reconnus à tous les autres adolescents, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est imposée;

c) le régime de garde et de surveillance applicable aux adolescents facilite la participation de leur famille et du public;

(d) that custody and supervision decisions be made in a forthright, fair and timely manner, and that young persons have access to an effective review procedure; and

(e) that placements of young persons where they are treated as adults not disadvantage them with respect to their eligibility for and conditions of release.

...

89. (1) When a young person is twenty years old or older at the time the youth sentence is imposed on him or her under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r), the young person shall, despite section 85, be committed to a provincial correctional facility for adults to serve the youth sentence.

(2) If a young person is serving a youth sentence in a provincial correctional facility for adults pursuant to subsection (1), the youth justice court may, on application of the provincial director at any time after the young person begins to serve a portion of the youth sentence in a provincial correctional facility for adults, after giving the young person, the provincial director and representatives of the provincial and federal correctional systems an opportunity to be heard, authorize the provincial director to direct that the young person serve the remainder of the youth sentence in a penitentiary if the court considers it to be in the best interests of the young person or in the public interest and if, at the time of the application, that remainder is two years or more.

(3) If a young person is serving a youth sentence in a provincial correctional facility for adults or a penitentiary under subsection (1) or (2), the *Prisons and Reformatories Act* and the *Corrections and Conditional Release Act*, and any other statute, regulation or rule applicable in respect of prisoners or offenders within the meaning of those Acts, statutes, regulations and rules, apply in respect of the young person except to the extent that they conflict with Part 6 (publication, records and information) of this Act, which Part continues to apply to the young person.

...

92. (1) When a young person is committed to custody under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r), the youth justice court may, on application of the provincial director made at any time after the young person attains the age of eighteen years, after giving the young person, the provincial director and representatives of the provincial correctional system an opportunity to be heard, authorize the provincial director to direct that the young person, subject to subsection (3), serve the remainder of the youth sentence in a provincial correctional facility for adults,

d) les décisions relatives à la garde ou à la surveillance des adolescents doivent être claires, équitables et opportunes, ceux-ci ayant accès à des mécanismes efficaces de règlement de griefs;

e) le placement qui vise à traiter les adolescents comme des adultes ne doit pas les désavantager en ce qui concerne leur admissibilité à la libération et les conditions afférentes.

[...]

89. (1) L'adolescent âgé de vingt ans ou plus au moment où une peine spécifique lui est imposée en vertu des alinéas 42(2)n), o), q) ou r) doit, malgré l'article 85, être détenu dans un établissement correctionnel provincial pour adultes pour y purger sa peine.

(2) Dans le cas où l'adolescent est détenu dans un établissement correctionnel provincial pour adultes au titre du paragraphe (1), le tribunal pour adolescents, sur demande présentée par le directeur provincial à tout moment après que l'adolescent a commencé à purger sa peine spécifique dans cet établissement, peut, après avoir donné l'occasion de se faire entendre à l'adolescent, au directeur provincial et aux représentants des systèmes correctionnels fédéral et provincial, s'il estime que la mesure est préférable pour l'adolescent ou dans l'intérêt public et si, au moment de la demande, le temps à courir sur la peine est de deux ans ou plus, autoriser le directeur à ordonner que le reste de la peine soit purgé dans un pénitencier.

(3) Les lois — notamment la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* —, règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de ces lois, règlements ou autres règles de droit s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement correctionnel provincial pour adultes ou un pénitencier au titre des paragraphes (1) ou (2), dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 (dossiers et confidentialité des renseignements) de la présente loi, qui continue de s'appliquer à l'adolescent.

[...]

92. (1) Dans le cas où l'adolescent est placé sous garde en application des alinéas 42(2)n), o), q) ou r), le tribunal pour adolescents, sur demande présentée par le directeur provincial à tout moment après que l'adolescent a atteint l'âge de dix-huit ans, peut, après avoir donné l'occasion de se faire entendre à l'adolescent, au directeur provincial et aux représentants du système correctionnel provincial et, s'il estime que cette mesure est préférable pour l'adolescent ou dans l'intérêt public, autoriser le directeur à ordonner, sous réserve du paragraphe (3), que le

if the court considers it to be in the best interests of the young person or in the public interest.

(2) The youth justice court may authorize the provincial director to direct that a young person, subject to subsection (3), serve the remainder of a youth sentence in a penitentiary

(a) if the youth justice court considers it to be in the best interests of the young person or in the public interest;

(b) if the provincial director applies for the authorization at any time after the young person begins to serve a portion of a youth sentence in a provincial correctional facility for adults further to a direction made under subsection (1);

(c) if, at the time of the application, that remainder is two years or more; and

(d) so long as the youth justice court gives the young person, the provincial director and representatives of the provincial and federal correctional systems an opportunity to be heard.

(3) If the provincial director makes a direction under subsection (1) or (2), the *Prisons and Reformatories Act* and the *Corrections and Conditional Release Act*, and any other statute, regulation or rule applicable in respect of prisoners and offenders within the meaning of those Acts, statutes, regulations and rules, apply in respect of the young person except to the extent that they conflict with Part 6 (publication, records and information) of this Act, which Part continues to apply to the young person.

...

98. (1) Within a reasonable time before the expiry of the custodial portion of a young person's youth sentence, the Attorney General or the provincial director may apply to the youth justice court for an order that the young person remain in custody for a period not exceeding the remainder of the youth sentence.

reste de la peine spécifique imposée à l'adolescent soit purgé dans un établissement correctionnel provincial pour adultes.

(2) Le tribunal pour adolescents, sur demande présentée par le directeur provincial à tout moment après que l'adolescent a commencé à purger une partie de sa peine spécifique dans un établissement correctionnel provincial pour adultes suivant le prononcé de l'ordre visé au paragraphe (1), peut, après avoir accordé à l'adolescent, au directeur provincial et aux représentants des systèmes correctionnels fédéral et provincial l'occasion de se faire entendre, s'il estime que la mesure est préférable pour l'adolescent ou dans l'intérêt public et si, au moment de la demande, le temps à courir sur la peine est de deux ans ou plus, autoriser le directeur à ordonner, sous réserve du paragraphe (3), que le reste de la peine soit purgé dans un pénitencier.

(3) Les lois — notamment la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* —, règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de ces lois, règlements ou autres règles de droit s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement correctionnel provincial pour adultes ou un pénitencier au titre des paragraphes (1) ou (2), dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 (dossiers et confidentialité des renseignements) de la présente loi, qui continue de s'appliquer à l'adolescent.

[...]

98. (1) Dans un délai raisonnable avant l'expiration de la période de garde imposée à l'adolescent, le procureur général ou le directeur provincial peut présenter au tribunal pour adolescents une demande visant son maintien sous garde pour une période ne dépassant pas le reste de sa peine spécifique.

(2) If the hearing for an application under subsection (1) cannot be completed before the expiry of the custodial portion of the youth sentence, the court may order that the young person remain in custody pending the determination of the application if the court is satisfied that the application was made in a reasonable time, having regard to all the circumstances, and that there are compelling reasons for keeping the young person in custody.

(3) The youth justice court may, after giving both parties and a parent of the young person an opportunity to be heard, order that a young person remain in custody for a period not exceeding the remainder of the youth sentence, if it is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) the young person is likely to commit a serious violent offence before the expiry of the youth sentence he or she is then serving; and

(b) the conditions that would be imposed on the young person if he or she were to serve a portion of the youth sentence in the community would not be adequate to prevent the commission of the offence.

...

102. (1) If the provincial director has reasonable grounds to believe that a young person has breached or is about to breach a condition to which he or she is subject under section 97 (conditions to be included in custody and supervision orders), the provincial director may, in writing,

(a) permit the young person to continue to serve a portion of his or her youth sentence in the community, on the same or different conditions; or

(b) if satisfied that the breach is a serious one that increases the risk to public safety, order that the young person be remanded to any youth custody facility that the provincial director considers appropriate until a review is conducted.

...

104. (1) When a young person on whom a youth sentence under paragraph 42(2)(o), (q) or (r) has been imposed is held in custody and an application is made to the youth justice court by the Attorney General, within a reasonable time before the expiry of the custodial portion of the youth sentence, the

(2) S'il ne peut décider de la demande avant l'expiration de la période de garde imposée, le tribunal peut, s'il est convaincu que la demande a été présentée dans un délai raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances, et qu'il existe des motifs impérieux pour la prise de cette mesure, ordonner le maintien sous garde de l'adolescent jusqu'à l'aboutissement de la demande.

(3) Le tribunal peut, après avoir fourni aux parties et aux père ou mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, ordonner son maintien sous garde pour une période n'excédant pas le reste de sa peine spécifique, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'adolescent pourrait vraisemblablement perpétrer avant l'expiration de sa peine une infraction grave avec violence et que les conditions qui seraient imposées s'il purgeait une partie de sa peine sous surveillance au sein de la collectivité ne pourraient empêcher adéquatement la perpétration de l'infraction.

[...]

102. (1) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'un adolescent a enfreint — ou est sur le point d'enfreindre — une condition imposée aux termes de l'article 97 (ordonnance de garde et de surveillance — conditions), le directeur provincial peut, par écrit :

a) soit permettre à l'adolescent de continuer de purger sa peine spécifique au sein de la collectivité, aux mêmes conditions ou non;

b) soit, s'il estime qu'il s'agit d'un manquement important aux conditions qui augmente le risque pour la sécurité du public, ordonner la mise sous garde de l'adolescent au lieu de garde qu'il estime indiqué jusqu'à ce que soit effectué l'examen.

[...]

104. (1) Dans le cas où l'adolescent est tenu sous garde en vertu d'une peine spécifique imposée en application des alinéas 42(2)o, q) ou r) et où le procureur général présente une demande en ce sens au tribunal pour adolescents dans un délai raisonnable avant l'expiration de la période de garde, le

provincial director of the province in which the young person is held in custody shall cause the young person to be brought before the youth justice court and the youth justice court may, after giving both parties and a parent of the young person an opportunity to be heard and if it is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the young person is likely to commit an offence causing the death of or serious harm to another person before the expiry of the youth sentence the young person is then serving, order that the young person remain in custody for a period not exceeding the remainder of the youth sentence.

(2) If the hearing of an application under subsection (1) cannot be completed before the expiry of the custodial portion of the youth sentence, the court may order that the young person remain in custody until the determination of the application if the court is satisfied that the application was made in a reasonable time, having regard to all the circumstances, and that there are compelling reasons for keeping the young person in custody.

directeur provincial de la province où l'adolescent est tenu sous garde doit le faire amener devant le tribunal; celui-ci, après avoir fourni aux parties et aux père ou mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, peut, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'adolescent commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un dommage grave à autrui, ordonner son maintien sous garde pour une période n'excédant pas le reste de sa peine.

(2) S'il ne peut décider de la demande avant l'expiration de la période de garde, le tribunal peut, s'il est convaincu que la demande a été présentée dans un délai raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances, et qu'il existe des motifs impérieux pour la prise de cette mesure, ordonner le maintien sous garde de l'adolescent jusqu'à l'aboutissement de la demande.

T-1162-07
2009 FC 647

T-1162-07
2009 CF 647

League for Human Rights of B'nai Brith Canada
(Applicant)

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada
(demanderesse)

v.

c.

Her Majesty the Queen, the Attorney General of Canada and Wasyl Odynsky (Respondents)

Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et Wasyl Odynsky (défendeurs)

INDEXED AS: LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : LIGUE DES DROITS DE LA PERSONNE DE B'NAI BRITH CANADA c. CANADA (C.F.)

Federal Court, Barnes J.—Toronto, March 16 and 17; Ottawa, June 19, 2009.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 16 et 17 mars; Ottawa, 19 juin 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of Governor in Council's (GIC) decision declining to exercise power conferred thereupon by Citizenship Act, s. 10 to revoke Canadian citizenship of respondent Mr. Odynsky — Minister giving Mr. Odynsky notice of intention to seek revocation of citizenship after learning latter not disclosing, when immigrating to Canada, having worked as guard under German SS during World War II — In reference, Federal Court finding Mr. Odynsky obtaining citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances — Whether GIC erred in exercising authority under Act, s. 10 — Express mention of material misrepresentation in Act, s. 10 not intended to remove from GIC's discretion consideration of other factors before issuing order to revoke citizenship — While material misrepresentation only prerequisite to revocation decision, all other factors not necessarily excluded from Minister, GIC's consideration — GIC's discretion under Act, s. 10 extending beyond consideration of existence of material misrepresentation — Also no basis for concluding GIC's decision unreasonable, made in breach of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère l'art. 10 de la Loi sur la citoyenneté de révoquer la citoyenneté canadienne du défendeur, M. Odynsky — Le ministre avait transmis à M. Odynsky un avis de son intention de demander la révocation de sa citoyenneté après avoir appris que celui-ci avait omis de divulguer, lorsqu'il a immigré au Canada, le fait qu'il avait travaillé comme garde sous la direction de la SS allemande pendant la Seconde Guerre mondiale — Dans le cadre du renvoi, la Cour fédérale a conclu que M. Odynsky avait acquis sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Il s'agissait de savoir si la gouverneure en conseil avait commis une erreur en exerçant le pouvoir que lui confère l'art. 10 de la Loi — En mentionnant explicitement les fausses déclarations à l'art. 10 de la Loi, le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher le gouverneur en conseil de tenir compte d'autres facteurs avant de prendre un décret révoquant la citoyenneté — Même si l'existence de fausses déclarations sur des faits essentiels constitue la seule condition préalable à la prise d'une décision de révocation, il ne s'ensuit pas nécessairement que le ministre ou le gouverneur en conseil ne peuvent pas tenir compte des autres facteurs — Le pouvoir discrétionnaire que l'art. 10 de la Loi confère au gouverneur en conseil s'étend au-delà de l'existence de fausses déclarations — Rien ne permettait de conclure que la décision de la gouverneure en conseil était déraisonnable ou qu'elle contrevenait à la Charte canadienne des droits et libertés — Demande rejetée.

Construction of Statutes — Citizenship Act, s. 10 conferring discretion on Governor in Council (GIC) to revoke Canadian citizenship in cases of fraud — Although Act, s. 10 not conferring legislative discretion in direct way, creating automatic revocation of citizenship to take effect as of such date as may be fixed by

Interprétation des lois — L'art. 10 de la Loi sur la citoyenneté confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de révoquer la citoyenneté en cas de fraude — Même si l'art. 10 de la Loi ne confère pas un pouvoir discrétionnaire directement, il prévoit une révocation automatique de la citoyenneté qui

GIC — This language suggesting scope of GIC's discretion enlarged beyond consideration of material misrepresentation — Parliament's permissive language indicating intent to confer broad discretion on GIC in exercising revocation authority.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Duty of fairness not owed to public at large, third-party not directly involved in decision-making process — To extent fairness requiring decision maker to provide reasons, obligation owed only to parties directly affected — Scope of duty of fairness varying based on impact of decision on those affected.

Practice — Parties — Standing — Applicant seeking judicial review of Governor in Council's decision not to exercise power to revoke respondent Odynsky's citizenship — Although applicant having no direct interest, not directly affected by decision, meeting requirements for public interest standing — Raising serious issue of statutory construction; having genuine interest in outcome of case; proceeding representing only realistic means for applicant to seek declaratory relief.

This was an application for judicial review of the Governor in Council's (GIC) decision declining to exercise the power conferred upon it by section 10 of the *Citizenship Act* to revoke the Canadian citizenship of the respondent Mr. Odynsky. The applicant claimed that the GIC exceeded its authority by considering matters that were outside the scope of section 10 and, in particular, evidence concerning the personal circumstances of Mr. Odynsky. It also challenged the decision under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and for an alleged breach of the duty of fairness.

The Minister of Citizenship and Immigration became aware that during World War II, Mr. Odynsky had worked as a guard in a forced labour camp in the Ukraine under the German SS. The Minister was concerned that Mr. Odynsky had not disclosed this fact when he sought entry to Canada as a landed immigrant in 1949. In accordance with section 18 of the Act, Mr. Odynsky was given notice that the Minister intended to seek the revocation of his Canadian citizenship, at which point Mr. Odynsky requested that his case be referred to the Federal Court. The Federal Court found that Mr. Odynsky had obtained his Canadian citizenship

prend effet à la date fixée par décret du gouverneur en conseil — Ce libellé permet de penser que le législateur a élargi la portée du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en lui permettant de tenir compte d'autres facteurs que les seules fausses déclarations — La formulation facultative du législateur permet de penser que celui-ci entendait conférer au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir de révocation.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Aucune obligation d'équité n'est reconnue dans le cas du public en général; les tiers ne participent pas directement au processus de prise de décision — Dans la mesure où l'équité peut obliger un décideur à motiver sa décision, cette obligation n'existe qu'envers les personnes directement visées par la décision — La portée de l'obligation d'équité dépend des incidences de la décision sur la vie des personnes qu'elle vise.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La demanderesse sollicitait le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d'exercer son pouvoir de révoquer la citoyenneté du défendeur, M. Odynsky — Même si la demanderesse n'avait aucun intérêt direct et qu'elle n'était pas directement touchée par la décision, elle satisfaisait au critère de l'intérêt véritable pour se faire reconnaître la qualité pour agir — Elle avait soulevé une question sérieuse d'interprétation de la loi; elle avait un intérêt légitime dans l'issue de l'affaire; la procédure représentait le seul moyen réaliste par lequel la demanderesse pouvait solliciter un jugement déclaratoire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* de révoquer la citoyenneté canadienne du défendeur, M. Odynsky. La demanderesse affirmait que la gouverneure en conseil avait outrepassé sa compétence en tenant compte de facteurs qui débordaient le cadre de l'article 10, en particulier, en tenant compte d'éléments de preuve concernant la situation personnelle de M. Odynsky. Elle invoquait aussi l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour contester la décision et affirmait qu'il y avait eu un manquement à l'obligation d'équité.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a appris qu'au cours de la Seconde Guerre mondiale, M. Odynsky avait travaillé comme garde dans un camp de travail forcé en Ukraine, sous la direction de la SS allemande. Le ministre craignait que M. Odynsky avait omis de divulguer ce fait lorsqu'il avait demandé d'être admis au Canada comme immigrant ayant obtenu le droit d'établissement en 1949. Le ministre a fait connaître son intention de demander la révocation de la citoyenneté canadienne de M. Odynsky en avisant celui-ci en ce sens conformément à l'article 18 de la Loi. M. Odynsky a alors

by false representation or by knowingly concealing material circumstances. The Minister then recommended to the GIC that Mr. Odynsky's citizenship be revoked.

The issues were whether the applicant had standing in this case and, if so, whether the GIC erred in exercising its authority under section 10 of the Act by considering matters other than whether Mr. Odynsky had obtained his Canadian citizenship based on a material misrepresentation or omission; whether the GIC owed a duty of fairness to the applicant; whether the GIC's decision was reasonable; and whether section 7 of the Charter applied.

Held, the application should be dismissed.

The applicant had no "direct interest" or was not "directly affected" by the GIC's decision concerning Mr. Odynsky. However, it did have public interest standing for the following reasons. The applicant unquestionably raised a serious issue of statutory construction. It also had a genuine interest in the outcome of the case given its longstanding involvement in the advancement of human rights and in war crimes issues. Furthermore, no other outside party would have a greater interest in the outcome of a case such as this one than the applicant. Finally, this proceeding represented the only realistic means for the applicant to seek a declaration regarding the point of statutory interpretation it asserted, in particular since citizenship was not revoked in this case and the GIC's decision would never be judicially reviewed except where a third party would seek to do so.

The express mention of a material misrepresentation in section 10 of the Act was not intended to remove from the GIC the discretion to consider other factors before issuing an order for revocation of citizenship. While a material misrepresentation is the only prerequisite to a revocation decision and that such a finding underpins the entire process of revocation, it does not necessarily follow that all other factors are thereby excluded from consideration either by the Minister or by the GIC. The legislative context supports the position that the GIC's authority under section 10 is more than a mere formality and that it enjoys a broad discretion to consider matters beyond the issue of material misrepresentation. Although section 10 does not confer legislative discretion in a direct way by using the word "may", it creates an automatic revocation of citizenship to take

demandé que l'affaire soit renvoyée à la Cour fédérale. Cette dernière a conclu que M. Odynsky avait acquis sa citoyenneté canadienne au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Le ministre a alors recommandé à la gouverneure en conseil la révocation de la citoyenneté de M. Odynsky.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir en l'espèce et, dans l'affirmative, si la gouverneure en conseil avait commis une erreur en exerçant le pouvoir que lui confère l'article 10 de la Loi en tenant compte d'éléments autres que le fait que M. Odynsky avait acquis la citoyenneté canadienne au moyen d'une fausse déclaration sur des faits essentiels ou de l'omission de divulguer des faits essentiels; si la gouverneure en conseil était soumise à une obligation d'équité envers la demanderesse; si la décision de la gouverneure en conseil était raisonnable et si l'article 7 de la Charte s'appliquait.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demanderesse n'avait aucun « intérêt direct » et elle n'était pas « directement touchée » par la décision de la gouverneure en conseil au sujet de M. Odynsky. Cependant, elle avait qualité pour agir dans l'intérêt public pour les motifs suivants : il n'y avait aucun doute que la demanderesse avait soulevé une question sérieuse d'interprétation de la loi, elle avait aussi un intérêt réel dans l'issue de l'affaire parce qu'elle milite depuis longtemps en faveur de la défense des droits de la personne et au sujet de questions relatives aux crimes de guerre et, de plus, il n'y avait personne d'autre qui pourrait avoir un intérêt plus grand que la demanderesse en ce qui concerne l'issue de la présente affaire. Enfin, la présente procédure représentait le seul moyen réaliste par lequel la demanderesse pouvait solliciter un jugement déclaratoire relativement à la question d'interprétation législative qu'elle soulevait, notamment parce qu'il n'y a pas eu révocation de la citoyenneté en l'espèce et la décision de la gouverneure en conseil ne ferait jamais l'objet d'un contrôle judiciaire, à moins qu'un tiers ne le demande.

En mentionnant explicitement les fausses déclarations à l'article 10 de la Loi, le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher le gouverneur en conseil de tenir compte d'autres facteurs avant de prendre un décret révoquant la citoyenneté. Même s'il est vrai que la constatation de l'existence de fausses déclarations sur des faits essentiels constitue la seule condition préalable à la prise d'une décision de révocation et que ce constat est à la base de tout le processus de révocation, il ne s'ensuit pas nécessairement que le ministre ou le gouverneur en conseil ne peuvent pas tenir compte des autres facteurs. Le contexte législatif étaye la thèse des défendeurs suivant laquelle le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'article 10 est davantage qu'une simple formalité et suivant laquelle le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir

effect as of such date as may be fixed by order of the GIC. This language seems to suggest an enlargement to the scope of the GIC's discretion beyond consideration of the single issue of material misrepresentation. Within the complete context of section 10, Parliament's permissive language is indicative of an intent to confer a broad discretion upon the GIC in exercising its revocation authority. The requirement for a finding of material misrepresentation in section 10 was not intended by Parliament to remove other matters from consideration in the exercise of the GIC's discretion. That issue was highlighted to ensure that citizenship could not be revoked except where that prerequisite had been established.

There is no recognized duty of fairness owed to the public at large. To the extent that fairness may require a decision maker to provide reasons, it is an obligation owed only to the parties directly affected and no further. The scope of the duty of fairness, including the obligation to give reasons for a decision, will vary according to the importance or impact of the decision to the lives of those affected by it. It therefore cannot be said that a decision maker owes any duty of fairness to a third party which claims to represent the public interest but which is not directly involved in the decision-making process at first instance.

Finally, there was also no basis for concluding that the GIC's decision to reject the Minister's recommendation was unreasonable or was made in breach of the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, column III.
Revised Statutes of Canada, 1985 Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, s. 4.

discrétionnaire qui lui permet de tenir compte d'autres éléments en plus des fausses déclarations. Même si l'article 10 ne confère pas un pouvoir discrétionnaire directement en utilisant le mot « peut », il prévoit une révocation automatique de la citoyenneté qui prend effet à la date fixée par décret du gouverneur en conseil. Ce libellé permet de penser que le législateur a élargi la portée du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en lui permettant de tenir compte d'autres facteurs que les seules fausses déclarations. Eu égard à l'ensemble du contexte de l'article 10, cette formulation facultative permet de penser que le législateur entendait conférer au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir de révocation. En exigeant, à l'article 10, que l'on conclut à l'existence de fausses déclarations, le législateur n'avait pas l'intention de soustraire d'autres facteurs à l'examen du gouverneur en conseil lorsque ce dernier exerce son pouvoir discrétionnaire. Le législateur a plutôt fait ressortir ce facteur pour s'assurer que la citoyenneté ne soit révoquée que lorsque cette condition préalable est d'abord remplie.

Aucune obligation d'équité n'est reconnue dans le cas du public en général. Dans la mesure où l'équité peut obliger un décideur à motiver sa décision, cette obligation n'existe qu'envers les personnes directement visées par la décision. La portée de l'obligation d'équité, y compris l'obligation de motiver la décision, dépend de l'importance ou des incidences de la décision sur la vie des personnes qu'elle vise. On ne peut donc pas dire que l'auteur de la décision est assujéti à quelque obligation d'équité à l'égard d'un tiers qui prétend représenter l'intérêt public mais qui n'a pas participé au départ au processus de prise de décision.

Enfin, rien ne permettait par ailleurs de conclure que la décision de la gouverneure en conseil de rejeter la recommandation du ministre était déraisonnable ou qu'elle contrevenait à la Charte.

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 canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18.
Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40, art. 4.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne III.

CASES CITED

APPLIED:

League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada, 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63, revg 2008 FC 146, 79 Admin. L.R. (4th) 161, 323 F.T.R. 174; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3, 241 D.L.R. (4th) 146, 320 N.R. 366.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, 14 Imm. L.R. (3d) 3; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, 336 F.T.R. 179, 75 Imm. L.R. (3d) 114; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1997), 144 F.T.R. 1, 42 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493, (1997), 51 C.R.R. (2d) 65, 140 F.T.R. 183 (T.D.); *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112, 343 N.R. 246; *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean*, [1998] 1 F.C. 433, (1997), 218 N.R. 321 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271, 4 Admin. L.R. (2d) 121; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

REFERRED TO:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575, (1981), 130 D.L.R. (3d) 588, [1982] 1 W.W.R. 97; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211, (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 280, 157 F.T.R. 123 (T.D.); *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419, [2000] 3 C.T.C. 220 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, (1977), 74 D.L.R. (3d) 1, 33 C.C.C. (2d) 366; *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, (1977), 2 A.R. 539, 75 D.L.R. (3d) 257.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada, 2008 CF 732, infirmant 2008 CF 146; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky, 2001 CFPI 138; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin*, [1998] A.C.F. n° 211 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.); *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112; *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL); *Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch c. Dean*, [1998] 1 C.F. 433 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS CITÉES :

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1^{re} inst.); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPLICATION for judicial review of the Governor in Council's decision (Order in Council P.C. 2007-804) declining to exercise the power conferred upon it by section 10 of the *Citizenship Act* to revoke the Canadian citizenship of the respondent Mr. Odynsky. Application dismissed.

APPEARANCES

David Matas for applicant.
David Gates for respondents Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada.
Barbara L. Jackman for respondent Wasyl Odynsky.

SOLICITORS OF RECORD

David Matas, Winnipeg, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada.
Jackman & Associates, Toronto, for respondent Wasyl Odynsky.

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

[1] BARNES J.: This is an application by the League for Human Rights of B'nai Brith Canada (B'nai Brith) challenging the lawfulness of Order in Council P.C. 2007-804 rendered by the Governor in Council (GIC) on May 17, 2007. In that decision, and notwithstanding the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration (Minister), the GIC declined to exercise the power conferred upon it by section 10 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (Act) to revoke the Canadian citizenship of the respondent, Wasyl Odynsky. This decision is challenged by B'nai Brith on the basis that the GIC exceeded its authority by taking into consideration matters which were outside the scope of section 10 of the Act and, in particular, evidence concerning the personal circumstances of Mr. Odynsky. B'nai Brith contends that the only matter that the GIC could lawfully consider was whether Mr. Odynsky obtained his Canadian citizenship

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision (décret C.P. 2007-804) par laquelle la gouverneure en conseil a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* de révoquer la citoyenneté canadienne du défendeur, M. Odynsky. Demande rejetée.

ONT COMPARU

David Matas pour la demanderesse.
David Gates pour les défendeurs Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada.
Barbara L. Jackman pour le défendeur Wasyl Odynsky.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

David Matas, Winnipeg, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada.
Jackman & Associates, Toronto, pour le défendeur Wasyl Odynsky.

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

[1] LE JUGE BARNES : La Cour est saisie d'une demande présentée par la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada (B'nai Brith) en vue de contester la légalité du décret C.P. 2007-804 pris par la gouverneure en conseil le 17 mai 2007. Dans cette décision, et malgré la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre), la gouverneure en conseil a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), de révoquer la citoyenneté canadienne du défendeur, Wasyl Odynsky. Cette décision est contestée par B'nai Brith au motif que la gouverneure en conseil a outrepassé sa compétence en tenant compte de facteurs qui débordaient le cadre de l'article 10 de la Loi et, en particulier, en tenant compte d'éléments de preuve concernant la situation personnelle de M. Odynsky. Suivant B'nai Brith, la seule question dont la gouverneure en

on the strength of a material misrepresentation. This argument is based on the language of section 10 which states that a person ceases to be a citizen where the GIC, on a report from the Minister, is satisfied that citizenship was obtained by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Since the Federal Court had conclusively made a finding of material misrepresentation against Mr. Odynsky in a reference proceeding brought under section 18 of the Act, B'nai Brith says that the GIC had no option but to issue an order for revocation of his citizenship. In addition, B'nai Brith challenges the GIC decision under section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and for an alleged breach of the duty of fairness.

I. Background

[2] At some point the Minister became aware that during World War II Mr. Odynsky had worked as a guard in the Poniatowa forced labour camp in the Ukraine under the direction of the German SS. In that camp in November 1943, thousands of Jewish prisoners were massacred by killing squads commanded by the SS. The Minister was concerned that Mr. Odynsky had not disclosed this history when he sought entry to Canada as a landed immigrant in 1949.

[3] On September 24, 1997 the Minister indicated an intention to seek the revocation of Mr. Odynsky's Canadian citizenship by giving notice to him in accordance with section 18 of the Act. Mr. Odynsky then exercised his right under section 18 for a referral of his case to the Federal Court. That reference was perfected by the Minister on December 11, 1997.

[4] The Federal Court reference was heard by Justice Andrew MacKay in late 1998 and continued into August of 1999 (see: *Canada (Minister of Citizenship and*

conseil pouvait légitimement tenir compte était celle de savoir si M. Odynsky avait acquis la citoyenneté canadienne au moyen d'une fausse déclaration portant sur des faits essentiels. Cet argument est fondé sur le libellé de l'article 10 qui prévoit que l'intéressé perd sa citoyenneté si le gouverneur en conseil est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition de la citoyenneté est intervenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Comme la Cour fédérale a conclu de façon péremptoire que M. Odynsky a fait une fausse déclaration sur des faits essentiels dans le cadre d'une demande de renvoi présentée en vertu de l'article 18 de la Loi, B'nai Brith affirme que la gouverneure en conseil n'avait d'autre choix que de prendre un décret révoquant la citoyenneté de M. Odynsky. En outre, B'nai Brith invoque l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] pour contester la décision de la gouverneure en conseil et affirme qu'il y a eu un manquement à l'obligation d'équité.

I. Contexte

[2] À un certain moment, le ministre a appris qu'au cours de la Seconde Guerre mondiale, M. Odynsky avait travaillé comme garde au camp de travail forcé de Poniatowa, en Ukraine, sous la direction de la SS allemande. Dans ce camp, en novembre 1943, des milliers de prisonniers juifs ont été massacrés par des brigades d'exécution commandées par la SS. Le ministre craignait que M. Odynsky ait omis de divulguer ces faits lorsqu'il avait demandé d'être admis au Canada comme immigrant ayant obtenu le droit d'établissement en 1949.

[3] Le 24 septembre 1997, le ministre a fait connaître son intention de demander la révocation de la citoyenneté canadienne de M. Odynsky en avisant celui-ci en ce sens conformément à l'article 18 de la Loi. M. Odynsky a ensuite exercé le droit que lui reconnaît l'article 18 de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale. Le renvoi a été mis en état par le ministre le 11 décembre 1997.

[4] Le renvoi à la Cour fédérale a été instruit par le juge Andrew MacKay à la fin de 1998 et l'instruction s'est poursuivie jusqu'en août 1999 (*Canada (Ministre de la*

Immigration) v. Odynsky, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1). Justice MacKay heard evidence from witnesses in the Ukraine and in Toronto and found, on a balance of probabilities, that Mr. Odynsky had obtained a visa for entry to Canada by lying to Canadian authorities when asked about his wartime experiences. On the strength of this conclusion Justice MacKay made a declaration pursuant to section 18 of the Act that Mr. Odynsky obtained his Canadian citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances. His decision included these additional findings, at paragraphs 225–226:

In considering any report to the Governor General in Council concerning Mr. Odynsky pursuant to s-s. 10(1) of the Act, the Minister may wish to consider that

- 1) on the evidence before me I find that Mr. Odynsky did not voluntarily join the SS auxiliary forces, or voluntarily serve with them at Trawniki or Poniatowa, or later with the Battalion Streibel;
- 2) there was no evidence of any incident in which he was involved that could be considered as directed wrongfully at any other individual, whether a forced labourer-prisoner, or any other person;
- 3) no evidence was presented of any wrongdoing by Mr. Odynsky since he came to Canada, now more than 50 years ago;
- 4) evidence as to his character from some of those who have known him in Canada, uncontested at trial, commended his good character and reflected his standing within his church and within the Ukrainian community in Toronto.

While those factors may be relevant to any discretion the Minister or the Governor in Council may exercise, they are not relevant in this proceeding.

[5] Before submitting a report under section 10 of the Act to the GIC, the Minister invited further submissions from Mr. Odynsky. He responded with extensive material attesting to his good character and setting out a number of other mitigating factors.

Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky, 2001 CFPI 138). Le juge MacKay a entendu le témoignage de témoins en Ukraine et à Toronto et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que M. Odynsky avait obtenu un visa d'entrée au Canada en mentant aux autorités canadiennes lorsqu'il avait répondu aux questions qui lui avaient été posées au sujet de sa vie durant la guerre. Sur la foi de cette conclusion, le juge MacKay a déclaré, en vertu de l'article 18 de la Loi, que M. Odynsky avait acquis la citoyenneté canadienne au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Il a également conclu ce qui suit, aux paragraphes 225 et 226 :

Dans l'examen de tout rapport qu'il peut établir à l'intention du gouverneur en conseil au sujet de M. Odynsky en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi, le ministre pourra juger utile de prendre en compte les facteurs suivants :

- 1) sur le fondement de la preuve dont je suis saisi, je conclus que M. Odynsky ne s'est pas joint volontairement aux forces auxiliaires de la SS ni n'a servi volontairement dans ces forces à Trawniki ou à Poniatowa, ou par la suite dans le Bataillon Streibel;
- 2) il n'y a pas eu de preuve que M. Odynsky ait participé à un incident où l'on pourrait voir une faute de sa part à l'endroit de détenus-travailleurs forcés ou de toute autre personne;
- 3) on n'a présenté aucune preuve d'une faute quelconque de M. Odynsky depuis son arrivée au Canada, il y a plus de 50 ans;
- 4) les témoignages quant à sa moralité présentés par certaines personnes qui l'ont connu au Canada, non contestés à l'instruction, ont fait l'éloge de sa bonne moralité et ont reflété sa position dans son église et dans la communauté ukrainienne à Toronto.

Ces facteurs, s'ils peuvent être pertinents par rapport au pouvoir discrétionnaire que peuvent exercer le ministre ou le gouverneur en conseil, ne sont pas pertinents par rapport à la présente procédure.

[5] Avant de soumettre à la gouverneure en conseil le rapport prévu à l'article 10 de la Loi, le ministre a invité M. Odynsky à lui présenter d'autres observations. M. Odynsky a répondu en produisant d'abondants documents attestant sa bonne moralité et invoquant plusieurs autres circonstances atténuantes.

[6] Notwithstanding Mr. Odynsky's entreaties, the Minister proceeded with a report to the GIC recommending that his citizenship be revoked. The basis for that recommendation was as follows:

Before deciding to recommend revocation, I have also balanced the personal interests of Mr. Odynsky against the public interest. In doing so, I have considered the personal interest issues raised on Mr. Odynsky's behalf by his counsel and his family in appendices C, D, F, H and J attached to this report, and in letters of support from other Canadian individuals and organizations, including the letters which form part of those appendices. I have concluded, for the following reasons, that the public interest in holding him accountable for the seriousness of his deceit regarding his wartime activities outweighs Mr. Odynsky's personal interests:

1. Mr. Odynsky's citizenship was obtained through deceit. The length of time he has been in Canada should not be conclusive in deciding whether that citizenship should be revoked, at least in a situation such as the instant case where the deceit foreclosed inquiries relating to reprehensible acts committed in wartime. Otherwise, the effect would be to allow Mr. Odynsky to benefit now from his deception on entry about such grave matters.
2. Notwithstanding the evidence regarding Mr. Odynsky's good character since he came to Canada, the fact remains that Mr. Odynsky would not have enjoyed any life in Canada as a Canadian citizen if he had told the truth when he applied to come to this country.
3. Mr. Odynsky's personal interest in staying in Canada does not outweigh the public interest in ensuring Canada will not be a safe haven for persons complicit in wartime crimes or atrocities and in ensuring the integrity of the Canadian citizenship process. Moreover, it is inappropriate to put a great deal of emphasis on Mr. Odynsky's personal interest in maintaining citizenship in order to maintain family ties. Revocation of citizenship does not automatically lead to deportation. Removal proceedings do not ensue unless I choose to refer an inadmissibility report by an immigration officer to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for an admissibility hearing.
4. The considerations of state sponsored health care and protection of the elderly do not outweigh the serious misrepresentation made by Mr. Odynsky. As a result of his

[6] Malgré les instances formulées par M. Odynsky, le ministre a soumis à la gouverneure en conseil un rapport dans lequel il recommandait la révocation de la citoyenneté de M. Odynsky. Voici les motifs invoqués au soutien de cette recommandation :

Avant de décider de recommander la révocation, j'ai également pesé les intérêts personnels de M. Odynsky au regard de l'intérêt public. Pour ce faire, j'ai tenu compte des questions d'intérêts personnels soulevées au nom de M. Odynsky par son avocate et par les membres de sa famille dans les annexes C, D, F, H et J jointes au présent rapport, et dans les lettres d'appui provenant d'autres Canadiens et organismes, dont les lettres qui font partie de ces annexes. J'ai conclu que l'intérêt public, qui réclame qu'il réponde de la gravité de ses fausses déclarations concernant ses activités pendant la guerre, l'emporte sur l'intérêt personnel de M. Odynsky. J'invoque les éléments suivants à l'appui de ma décision :

1. M. Odynsky a obtenu sa citoyenneté par des fausses déclarations. Le temps qu'il a passé au Canada ne devrait pas être déterminant pour décider si sa citoyenneté doit être révoquée, du moins dans un cas comme celui qui nous intéresse en l'espèce où les fausses déclarations ont fait obstacle à la recherche de renseignements au sujet des actes répréhensibles commis pendant la guerre. S'il devait l'être, cela aurait pour effet de lui permettre de profiter maintenant d'avoir, à son arrivée, fait des fausses déclarations afin de dissimuler des éléments d'une telle gravité.
2. En dépit des éléments de preuve ayant trait à la bonne moralité de M. Odynsky depuis son arrivée au Canada, le fait demeure qu'il n'aurait pas vécu au Canada comme citoyen canadien s'il avait dit la vérité lorsqu'il a demandé à émigrer vers ce pays.
3. L'intérêt personnel qu'a M. Odynsky à demeurer au Canada ne l'emporte pas sur l'intérêt public qui exige que le Canada ne soit un refuge pour les personnes complices d'atrocités ou de crimes commis pendant la guerre, et qui exige d'assurer l'intégrité du processus d'obtention de la citoyenneté canadienne. Par ailleurs, il n'est pas indiqué d'insister sur l'intérêt personnel qu'a M. Odynsky à maintenir ses liens familiaux. La révocation de citoyenneté n'aboutit pas automatiquement à l'expulsion. Les procédures relatives au renvoi ne surviennent que si je choisis de déférer le constat d'interdiction de territoire préparé par un agent d'immigration, à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié chargée de faire enquête.
4. Les considérations relatives au régime public de soins de santé et à la protection des personnes âgées ne l'emportent pas sur la gravité des fausses déclarations faites par

deceit in entering Canada, Mr. Odynsky gained the status that entitled him to enjoy 50 years of state sponsored health care. His interest in maintaining the benefits of that status are outweighed by the public interest described above.

5. Mr. Odynsky's personal interest in remaining in Canada does not outweigh the public interest in ensuring:
- a. that Canada will not be a safe haven for persons who have committed or been complicit in war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts regardless of when or where they were committed; and
 - b. the integrity of the Canadian citizenship process.

Furthermore, I have concluded that Mr. Odynsky's case is still placed within the policy of Canada's War Crimes Program regarding World War II cases although it was concluded by Mr. Justice MacKay that Mr. Odynsky's service with the Germans was not voluntary. As indicated by Justice Counsel in her submissions of November 22, 2001: "(...) membership alone was not the basis for commencement of proceedings, Mr. Odynsky served as a paid, armed guard at a Forced Labour Camp primarily populated by Jewish prisoners, both before and after those prisoners were massacred as part of the 'Final Solution'". The nature of Mr. Odynsky's service, whether voluntary or not, had no bearing on his admissibility to Canada in 1949. The fact that his service was found to be involuntary does not change the fact that he did not reveal anything about that service when he applied to come to Canada. [Emphasis added.]

[7] After considering the Minister's report the GIC issued an Order in Council stating:

Her Excellency the Governor General in Council, having considered the report of the Minister of Citizenship and Immigration made under section 10 of the *Citizenship Act* in relation to the person named in the annexed schedule, hereby declines to exercise the power conferred by section 10 of the *Citizenship Act* with respect to that person.

It is from this decision that B'nai Brith seeks declaratory and other prerogative relief.

M. Odynsky. Il a, grâce à ses fausses déclarations, indûment bénéficié d'une couverture médicale assurée par l'État pendant 50 ans. L'intérêt qu'a M. Odynsky à conserver les avantages de cette couverture doit céder le pas à l'intérêt public décrit précédemment.

5. L'intérêt personnel qu'a M. Odynsky à demeurer au Canada ne l'emporte pas sur l'intérêt public qui exige :
- a. que le Canada ne soit un refuge pour les personnes qui ont commis des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou d'autres actes répréhensibles, ou qui en ont été complices, peu importe le moment ou l'endroit où ces crimes ont été commis;
 - b. d'assurer l'intégrité du processus d'obtention de la citoyenneté canadienne.

De plus, je conclus que le cas de M. Odynsky est toujours visé par la politique du Canada portant sur les dossiers relatifs à la Seconde Guerre mondiale même s'il a été conclu par M. le juge McKay que le service de M. Odynsky supportant l'occupant allemand n'était pas volontaire. Tel qu'il appert des représentations de l'avocate du ministère de la Justice en date du 22 novembre 2001, [TRADUCTION] « l'introduction de la présente instance n'était pas motivée uniquement par le fait que M. Odynsky faisait partie de la SS, mais aussi par le fait qu'il avait servi comme gardé armé rémunéré dans un camp de travail forcé composé principalement de prisonniers qui ont été massacrés dans le cadre de la « Solution finale ». La nature du service de M. Odynsky, à savoir volontaire ou non, n'avait aucune pertinence quant à son admissibilité au Canada en 1949. Le fait qu'il fut conclu que la prestation de ce service aurait été involontaire ne change rien au fait qu'il n'a jamais rien révélé quant à ce service lorsqu'il a demandé à entrer au Canada. [Caractères gras ajoutés.]

[7] Après avoir étudié le rapport du ministre, la gouverneure en conseil a pris le décret suivant :

Son Excellence la Gouverneure générale en conseil, ayant examiné le rapport de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration établi au titre de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* concernant la personne mentionnée à l'annexe ci-jointe, refuse d'exercer le pouvoir conféré par l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* à l'égard de cette personne.

C'est la décision à l'égard de laquelle B'nai Brith réclame un jugement déclaratoire ainsi que d'autres réparations sous forme de brefs de prérogative.

II. Issues

[8] (a) Does the applicant have standing and, if so, did the GIC err in the exercise of its authority under section 10 of the Act by taking into account matters other than whether Mr. Odynsky had obtained his Canadian citizenship on the basis of a material misrepresentation or omission?

(b) Did the GIC owe a duty of fairness to B'nai Brith?

(c) Was the GIC's decision reasonable?

(d) Does section 7 of the Charter apply?

III. Analysis

Standing

[9] There is no basis for B'nai Brith's contention that it has a "direct interest" or is "directly affected" by the GIC's decision concerning Mr. Odynsky. This issue was conclusively determined by Justice Eleanor Dawson in the earlier appeal from the Prothonotary's summary dismissal order [2008 FC 146, 79 Admin. L.R. (4th) 161] in this proceeding (see: *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63). It cannot be reargued now.

[10] Justice Dawson left open the question of whether B'nai Brith should be granted public interest standing but her decision, nevertheless, contains a thorough and very helpful analysis of the relevant evidence and authorities on that issue.

[11] There is no disagreement among the parties that an applicant for public interest standing must satisfy a conjunctive three-part test. It is required that:

II. Questions en litige

[8] a) La demanderesse a-t-elle qualité pour agir et, dans l'affirmative, la gouverneure en conseil a-t-elle commis une erreur en exerçant le pouvoir que lui confère l'article 10 de la Loi en tenant compte d'éléments autres que le fait que M. Odynsky avait acquis la citoyenneté canadienne au moyen d'une fausse déclaration sur des faits essentiels ou de l'omission de divulguer des faits essentiels?

b) La gouverneure en conseil est-elle soumise à une obligation d'équité envers B'nai Brith?

c) La décision de la gouverneure en conseil était-elle raisonnable?

d) L'article 7 de la Charte s'applique-t-il?

III. Analyse

Qualité pour agir

[9] L'argument de B'nai Brith suivant lequel elle a un « intérêt direct » ou qu'elle est « directement touchée » par la décision prise par la gouverneure en conseil au sujet de M. Odynsky est mal fondé. Cette question a été tranchée définitivement par la juge Eleanor Dawson dans un appel antérieur de l'ordonnance par laquelle un protonotaire avait rejeté sommairement une requête [2008 CF 146] dans le cadre de la présente instance (*Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2008 CF 732). On ne peut débattre de nouveau cette question.

[10] La juge Dawson ne s'est pas prononcée sur la question de savoir s'il convenait de reconnaître à B'nai Brith la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais on trouve néanmoins dans sa décision une analyse très approfondie et utile des éléments de preuve et des précédents pertinents sur la question.

[11] Les parties s'entendent pour dire que la personne demandant qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir dans l'intérêt public doit satisfaire à un critère à trois volets en démontrant, à la fois que :

- | | |
|--|---|
| i. There is a serious question raised; | i. il y a une question sérieuse à juger; |
| ii. The applicant has a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and | ii. le requérant a un intérêt réel et direct en ce qui concerne l'issue du procès; |
| iii. There is no other reasonable or effective way to bring the issue before the Court. | iii. il n'y a pas d'autre façon raisonnable ou efficace de soumettre la question à la Cour. |

See *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211 (T.D.); and *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2. R.C.S. 575; *Sierra Club du Canada. c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1^{re} inst.) et *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

[12] There is no question that B'nai Brith has raised a serious issue of statutory construction in this proceeding and the Attorney General did not strenuously argue otherwise. Justice Dawson also felt this was a serious issue worthy of further consideration, and I can find no basis for taking issue with her finding.

[12] Il n'y a aucun doute que B'nai Brith a soulevé dans la présente instance une question sérieuse d'interprétation de la loi, et le procureur général n'a pas énergiquement soutenu le contraire. La juge Dawson était elle aussi d'avis qu'il y avait une question sérieuse qui méritait un examen plus approfondi et je ne vois aucune raison de remettre en question sa conclusion.

[13] The question of whether B'nai Brith has a genuine or direct interest in the GIC's decision is somewhat more vexing. Because of its longstanding involvement in the advancement of human rights and in war crimes issues, B'nai Brith claims to have sufficient expertise and interest to challenge what it contends was an unlawful interpretation of section 10 of the Act.

[13] La question de savoir si B'nai Brith a un intérêt réel ou direct dans la décision de la gouverneure en conseil est un peu plus délicate. Parce qu'elle milite depuis longtemps en faveur de la défense des droits de la personne et au sujet des questions relatives aux crimes de guerre, B'nai Brith affirme posséder des connaissances spécialisées et un intérêt suffisants pour contester ce qu'elle estime être l'interprétation illégitime de l'article 10 de la Loi.

[14] Having reviewed the authorities including *Sierra Club*, above, *Canadian Council of Churches*, above, and *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.) and considering the affidavit of Alan Yusim, Director, MidWest Region for B'nai Brith, I am satisfied that B'nai Brith has met the genuine interest requirement necessary for public interest standing in this case. Indeed, I cannot think of any other outside party which would have a greater interest in the outcome of a case like this one than B'nai Brith.

[14] Après avoir examiné la jurisprudence applicable, et notamment les arrêts *Sierra Club*, précité, *Conseil canadien des Églises*, précité, et *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.) et après avoir pris connaissance de l'affidavit souscrit par M. Alan Yusim, directeur de la région du MidWest de B'nai Brith, je suis convaincu que B'nai Brith satisfait au critère de l'intérêt véritable auquel elle devait répondre pour pouvoir se faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public en l'espèce. D'ailleurs, il n'y a personne d'autre à qui je peux songer qui pourrait avoir un intérêt plus grand que B'nai Brith en ce qui concerne l'issue de la présente affaire.

[15] Ordinarily it is the third requirement for public interest standing that will be a stumbling block for a

[15] Habituellement, c'est la troisième condition à remplir pour se faire reconnaître la qualité pour agir dans

party like B'nai Brith (see *Sierra Club*, above, and *Canadian Council of Churches*, above). That is so because in most cases involving a dispute between the Crown and a private interest litigant, one party will be aggrieved by the outcome and will almost always be better placed than a public interest party to challenge it. That is not the case here. The history of the few reported cases involving citizenship revocation indicates that both the Crown and the affected person have consistently maintained that the GIC has a broad discretion under section 10 of the Act. In cases like *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35 (*Oberlander* (2003)) where the person affected seeks judicial review of a negative decision by the GIC, the option of intervening will not be attractive for the reasons already expressed by Justice Dawson in the earlier proceeding in this case, at paragraph 64:

However, there is jurisprudence to the effect that an intervener takes the pleadings and the record as it finds them, and that an intervener may not litigate new issues. See, for example, *Maurice v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2000), 183 F.T.R. 45 (T.D.). In the *Oberlander* case, both the Attorney General and Mr. Oberlander proceeded on the basis that the Governor in Council could engage in a balancing of the individual's personal interests. A similar position has been adopted by the Attorney General in this case.

[16] In a case like this one where citizenship is not revoked, the GIC's decision will never be judicially reviewed except where a third party seeks to do so.

[17] I do not accept the argument advanced by Mr. Odynsky's counsel that a party like B'nai Brith can never be permitted to directly challenge the outcome of an administrative process between private litigants. The suggested option of bringing a wholly independent application for declaratory relief ignores the problem that such a proceeding would have to be advanced hypothetically without an evidentiary record or a reviewable decision. To my thinking this proceeding represents the only realistic means for B'nai Brith to seek a declaration

l'intérêt public qui représente une pierre d'achoppement pour un intervenant comme B'nai Brith (*Sierra Club*, précité, et *Conseil canadien des Églises*, précité). Cette situation tient au fait que, dans la plupart des affaires concernant un différend entre l'État et un plaideur qui défend des intérêts privés, une des parties se trouvera lésée par l'issue du procès et sera presque toujours mieux placée qu'une partie qui défend l'intérêt public pour la contester. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort d'un examen des quelques décisions publiées en matière de révocation de la citoyenneté que l'État et la personne visée ont systématiquement maintenu que le gouverneur en conseil jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 10 de la Loi. Dans des affaires comme *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944 (*Oberlander* (2003)) dans laquelle la personne visée demandait le contrôle judiciaire d'une décision défavorable du gouverneur en conseil, l'option d'intervenir ne s'avère pas avantageuse pour les raisons déjà exposées par la juge Dawson dans la décision rendue auparavant dans la présente affaire, au paragraphe 64 :

[TRADUCTION] Toutefois, suivant la jurisprudence, un intervenant doit prendre les actes de procédure et le dossier tels qu'ils sont et il ne peut pas débattre de nouvelles questions litigieuses (voir, par exemple le jugement *Maurice c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (2000), 183 F.T.R. 45 (C.F. 1^{re} inst.). Dans l'affaire *Oberlander*, tant le procureur général que M. Oberlander ont tenu pour acquis que le gouverneur en conseil pouvait pondérer les intérêts personnels de l'intéressé. Le procureur général a adopté un point de vue analogue en l'espèce.

[16] Dans une affaire comme la présente dans laquelle il n'y a pas eu révocation de la citoyenneté, la décision du gouverneur en conseil ne fera jamais l'objet d'un contrôle judiciaire, à moins qu'un tiers ne le demande.

[17] Je ne retiens pas l'argument invoqué par l'avocat de M. Odynsky suivant lequel un intervenant comme B'nai Brith ne peut jamais être autorisé à contester directement l'issue d'une procédure administrative qui intéresse des plaideurs privés. La solution qui a été proposée, en l'occurrence celle d'introduire une demande entièrement distincte en vue d'obtenir un jugement déclaratoire, trahit une méconnaissance du problème que constitue le fait qu'il faudrait introduire une telle instance sur une base hypothétique, sans dossier de preuve et sans

with respect to the point of statutory interpretation it asserts.

Standard of Review

[18] Before addressing the statutory interpretation issue raised on this application it is necessary to identify the appropriate standard of review. This was an issue thoroughly canvassed by the Federal Court of Appeal in *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3 (*Oberlander (F.C.A.)*) and later by Justice Michael Phelan in *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358 (*Oberlander (2008)*) and I need not repeat that analysis here. It is sufficient for present purposes to conclude that the scope of section 10 of the Act is a matter of law to be resolved on the standard of correctness. With respect to the review of the GIC decision on the merits and subject, of course, to the modifications established more recently in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, I would adopt the following statement of Justice Robert Décary in *Oberlander (F.C.A.)*, at paragraphs 55 and 56:

The case at bar resembles *Suresh* to the extent that the Governor in Council is dealing with a self-imposed government policy, but it cannot be said here that there is a negligible legal dimension in determining whether a person falls within the ambit of the war criminals policy. A Canadian citizen ought not, in my view, be declared stateless and be stigmatized as a suspected war criminal by a decision which would be reviewed on a standard affording greater deference than on the standard of reasonableness *simpliciter*.

Application of the standard of review

I agree with the reviewing Judge that there was no obligation on the Governor in Council to mention all the elements it considered before reaching its decision and that the fact that peripheral elements are not mentioned is no proof that they were not considered or that they were arbitrarily discarded. I also agree that a reviewing court should not enter into a

dossier à contrôler. À mon sens, la présente procédure représente le seul moyen réaliste par lequel B'nai Brith peut solliciter un jugement déclaratoire relativement à la question d'interprétation législative qu'elle soulève.

Norme de contrôle

[18] Avant d'aborder la question d'interprétation législative soulevée dans la présente demande, il est nécessaire de déterminer la norme de contrôle applicable. Cette question a été analysée à fond par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3 (*Oberlander (C.A.F.)*) et, par la suite, par le juge Michael Phelan dans le jugement *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358 (*Oberlander (2008)*), et il n'y a pas lieu de reprendre cette analyse ici. Il suffit, pour trancher le présent litige, de conclure que le champ d'application de l'article 10 de la Loi est une question de droit à juger selon la norme de la décision correcte. Quant à l'examen au fond de la décision de la gouverneure en conseil et, sous réserve, évidemment, des modifications apportées récemment aux principes applicables dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, je fais miens les propos suivants tenus par le juge Robert Décary dans l'arrêt *Oberlander (C.A.F.)*, aux paragraphes 55 et 56 :

La présente affaire ressemble à l'affaire *Suresh* dans la mesure où le gouverneur en conseil a devant lui une politique gouvernementale qu'il a lui-même établie, mais on ne peut pas dire ici qu'il existe un aspect juridique négligeable lorsqu'il s'agit de déterminer si la politique sur les crimes de guerre s'applique à un individu. À mon avis, un citoyen canadien ne devrait pas être déclaré apatride et être stigmatisé parce qu'il est soupçonné d'être un criminel de guerre à la suite d'une décision qui serait examinée selon une norme autorisant une plus grande retenue que la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

Application de la norme de contrôle

Je souscris à l'avis du juge saisi en révision lorsqu'il dit que le gouverneur en conseil n'est pas tenu de mentionner tous les éléments dont il a tenu compte avant d'arriver à sa décision et que le fait que des éléments secondaires ne sont pas mentionnés n'établit pas que ces éléments n'ont pas été pris en considération ou qu'ils ont arbitrairement été écartés. Je suis également

re-weighing of the evidence and the factors submitted by the parties.

Previous Authorities

[19] Counsel for the Attorney General argued before me that the scope of the GIC's discretion under section 10 was settled by the Federal Court of Appeal decision in *Oberlander* (F.C.A.), above, and by other authorities which have at least implicitly recognized a broad discretion at that stage of the citizenship revocation process. There is no question that the Attorney General took the position in the proceedings involving Mr. Oberlander that the GIC's authority included a delicate balancing of policy, personal interests and the public interest, but I do not agree that the Court unreservedly accepted that position. Rather, the Court found it unnecessary to resolve the point and simply assumed that the Attorney General's position was well founded (see *Oberlander* (F.C.A.), at paragraph 42). On this point, I am in complete agreement with the views of my colleague Justice Dawson who, in dealing with the interlocutory appeal in this proceeding, interpreted the decision in *Oberlander* (F.C.A.) as follows, at paragraphs 42–44:

I read this to be a clear reservation that the Court of Appeal accepted, for the purpose of the appeal, the Attorney General's acknowledgment of the need to balance interests, but that such acceptance was not intended to foreclose future argument on the issue.

In the circumstance where the Court of Appeal's decision was expressly stated to be based upon the Minister's acknowledgment, I do not find that the applicant's argument is bereft of any possibility of success because of the *Oberlander* decision.

This view is consistent with the observation of Justice Pratte in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Taggar*, [1989] 3 F.C. 576 (C.A.), at page 582, that the authority of a prior decision "is very limited since, rightly or wrongly, it was partly based on the concession made by counsel for the Minister."

d'accord pour dire qu'une cour de révision ne devrait pas amorcer une réévaluation de la preuve et des facteurs soumis par les parties.

Jurisprudence

[19] L'avocat du procureur général a soutenu devant moi que la question de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par l'article 10 a été réglée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Oberlander* (C.A.F.), précité, de même que dans d'autres précédents qui ont reconnu, à tout le moins implicitement, que le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire à l'étape du processus de révocation de la citoyenneté. Il est incontestable que le procureur général a adopté le point de vue, dans l'instance portant sur M. Oberlander, que le gouverneur en conseil pouvait entreprendre la tâche délicate de soulever les politiques ainsi que les intérêts personnels de l'individu et l'intérêt public, mais je ne suis pas d'accord pour dire que la Cour a accepté sans réserve cette thèse. La Cour a plutôt estimé qu'il n'était pas nécessaire de résoudre cette question, se contentant de présumer que la position du procureur général était bien fondée (voir l'arrêt *Oberlander* (C.A.F.), au paragraphe 42). À cet égard, j'abonde tout à fait dans le sens de ma collègue la juge Dawson qui, saisie de l'appel interlocutoire interjeté dans la présente affaire, a interprété comme suit l'arrêt *Oberlander* (C.A.F.), aux paragraphes 42 à 44 :

[TRADUCTION] À mon sens, la Cour d'appel a, pour trancher l'appel dont elle était saisie, pris acte du fait que le procureur général reconnaissait la nécessité de soulever les intérêts en jeu, sans exclure pour l'avenir d'autres arguments sur la question.

Comme il s'agit d'un cas dans lequel la Cour d'appel a expressément déclaré que sa décision reposait sur la reconnaissance, par le ministre, de cette nécessité, je ne crois pas que l'argument de la demanderesse n'ait pas la moindre chance d'être retenu en raison de l'arrêt *Oberlander*.

Cette façon de voir s'accorde avec les observations formulées par le juge Pratte dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Taggar*, [1989] 3 C.F. 576 (C.A.), à la page 582, suivant lesquelles une décision antérieure « n'a qu'un poids limité car, à tort ou à raison, elle reposait en partie sur le fait que l'avocat du ministre a admis ».

[20] Other relevant authorities have only lightly touched on the issue of the scope of the GIC's authority under section 10. This is not entirely surprising because both the Minister's and the GIC's past working assumption seems to have been based on the existence of a broad statutory discretion. At the same time it would not have been of any interest to the person affected to argue for a more limited authority based solely on the determination of the question of material misrepresentation. That was the situation in the underlying reference hearing in this case, where Justice MacKay found that Mr. Odynsky had obtained his citizenship on the strength of false representations or by knowing concealment of material circumstances about his wartime activities (see paragraph 221). Nevertheless, Justice MacKay went on to make a number of additional findings concerning the degree of Mr. Odynsky's complicity and his good character. These matters, he said [at paragraph 226], were not relevant to the issue he had to decide but "may be relevant to any discretion the Minister or the Governor in Council may exercise".

[21] In *Oberlander* (2003) Justice Luc Martineau held that the GIC's authority under section 10 was to be exercised independently from the Federal Court reference finding. He also identified no legal error arising from the GIC's consideration of the Government's "no safe haven" policy. Those findings, though, were made in the context of argument from both parties that the GIC had a broad discretion under section 10.

[22] When the *Oberlander* case was recently redetermined, Justice Michael Phelan came to the same conclusion but, again, in the context of common ground between the parties as to the scope of the GIC's section 10 authority: see *Oberlander* (2008), above.

[23] In an earlier decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin*

[20] Les autres précédents pertinents ont seulement effleuré la question de la portée du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'article 10, ce qui ne devrait pas trop nous surprendre, si l'on considère que, par le passé, tant le ministre que le gouverneur en conseil semblaient tenir pour acquis que la loi accordait un vaste pouvoir discrétionnaire au gouverneur en conseil. Par ailleurs, il aurait été sans intérêt que l'intéressé plaide en faveur d'un pouvoir plus restreint en se fondant uniquement sur la réponse donnée à la question des fausses déclarations. C'était la situation qui existait dans le renvoi qui a été formé dans la présente affaire, dans lequel le juge MacKay a conclu que M. Odynsky avait acquis la citoyenneté en raison d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, c'est-à-dire ses activités pendant la guerre (paragraphe 221). Le juge MacKay a toutefois poursuivi en tirant plusieurs autres conclusions au sujet du degré de complicité de M. Odynsky et de sa bonne moralité. Ces facteurs, a-t-il précisé [au paragraphe 226], n'étaient pas pertinents quant à la question qu'il devait trancher, mais ils pouvaient « être pertinents par rapport au pouvoir discrétionnaire que peuvent exercer le ministre ou le gouverneur en conseil ».

[21] Dans la décision *Oberlander* (2003), le juge Luc Martineau a statué que le pouvoir que l'article 10 confère au gouverneur en conseil devait être exercé indépendamment de la conclusion tirée à l'issue du renvoi formé devant la Cour fédérale. Il a par ailleurs estimé que le gouverneur en conseil n'avait pas commis d'erreur de droit dans son examen de la politique gouvernementale relative à l'« absence de havre ». Il convient toutefois de signaler que ces conclusions avaient été tirées dans le cadre d'un débat dans lequel les deux parties s'entendaient pour dire que l'article 10 confère un vaste pouvoir discrétionnaire au gouverneur en conseil.

[22] Lorsque l'affaire *Oberlander* a été récemment jugée de nouveau, le juge Michael Phelan est arrivé à la même conclusion mais, là encore, dans le cadre d'un débat dans lequel les deux parties étaient d'accord au sujet de la portée du pouvoir que l'article 10 confère au gouverneur en conseil (*Oberlander* (2008), précité).

[23] Dans une décision antérieure rendue par la Cour dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

(1997), 144 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), Justice William McKeown observed that under paragraph 10(1)(a) of the Act there is an automatic cessation of citizenship where the GIC is satisfied that citizenship was obtained by material misrepresentation. To the same effect is the decision by Justice Donna McGillis in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.). Notwithstanding those comments, in both decisions there is a recognition that the Federal Court reference decision is merely one step in a process which may or may not result in the revocation of citizenship. Neither of those decisions undertook a detailed analysis of the scope of the GIC's mandate. Indeed, the passages relied upon appear to me to be first-impression and inconclusive *obiter*.

[24] My review of the relevant authorities indicates that the issue before me has not been previously analysed in the context of thorough or competing argument and, in the result, there has yet to be a considered decision on point. It is therefore necessary to consider the scope of the GIC's authority under section 10 of the Act.

The Scope of the GIC's Authority Under Section 10 of the Act

[25] The process for revoking Canadian citizenship under the Act is clear enough.¹ Under section 18, where the Minister has formed a preliminary view that a person may have obtained Canadian citizenship by false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances, the Minister cannot pursue revocation without first giving notice of an intention to do so. The affected person is then entitled to request that the Minister refer the case for adjudication in the Federal Court. Where the Federal Court determines that Canadian citizenship was obtained by false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances, it will issue a declaration to that effect. The Minister may then submit a report to the GIC recommending an order

¹ The relevant statutory provisions are attached to these reasons as the appendix.

l'Immigration) c. Bogutin, [1998] A.C.F. n° 211 (1^{re} inst.) (QL), le juge William McKeown a fait observer que l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté* emporte la perte automatique de la citoyenneté lorsque le gouverneur en conseil est convaincu que l'intéressé a obtenu la citoyenneté en dissimulant des faits essentiels. La juge Donna McGillis a rendu une décision dans le même sens dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.). Malgré ces observations, on trouve dans ces deux décisions une reconnaissance du fait que la décision rendue par la Cour fédérale sur le renvoi n'est qu'une des étapes du processus qui peut se solder ou non par la révocation de la citoyenneté. Dans aucune de ces décisions le tribunal n'a-t-il entrepris une analyse fouillée de la portée du mandat du gouverneur en conseil. D'ailleurs, les passages invoqués me semblent n'être que des opinions incidentes non déterminantes fondées sur une première impression.

[24] Il ressort de mon examen de la jurisprudence pertinente que la question qui m'est soumise n'a pas encore été analysée dans le cadre d'un débat contradictoire approfondi, de sorte qu'on ne dispose pas encore de décision réfléchie sur la question. Il est donc nécessaire d'examiner la portée du pouvoir que l'article 10 de la Loi confère au gouverneur en conseil.

Portée du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'article 10 de la Loi

[25] La procédure prévue par la Loi pour révoquer la citoyenneté canadienne est claire¹. Selon l'article 18, lorsqu'il a formé l'opinion préliminaire que l'intéressé a pu acquérir la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels, le ministre ne peut poursuivre ses démarches en vue de recommander la révocation de la citoyenneté sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens. L'intéressé a alors la faculté de demander au ministre de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale. Lorsqu'elle décide qu'il y a eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels, la Cour fédérale rend un jugement déclaratoire en ce sens. Le ministre peut alors soumettre au gouverneur en

¹ Les dispositions législatives applicables sont reproduites à l'annexe.

for revocation of citizenship. Upon the GIC being “satisfied” that the person obtained citizenship by false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances, the person ceases to be a citizen “as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council”.

[26] The determination of whether Canadian citizenship was obtained through a material and willful misrepresentation or omission is a threshold issue that is carried forward through the revocation process. The Minister cannot consider a revocation without forming a preliminary view on the point. Upon the request of the person affected, the Federal Court must resolve that issue on a balance of probabilities and, where so determined, issue a declaration.

[27] On a report from the Minister the GIC must then be “satisfied” that citizenship was fraudulently obtained before it can make the final order for revocation.

[28] There is a practical necessity for resolving the material misrepresentation question in a judicial hearing. This is a question of fundamental importance to the rights of the affected person requiring a careful assessment of considerable evidence such that a process of independent adjudication is essential to its proper determination.² It is not a matter that either the Minister or the GIC is appropriately placed to resolve. Accordingly there is a clear purpose served by segregating that part of the process from what follows under section 10.

[29] The question that remains, though, is whether the express mention of a material misrepresentation in

conseil un rapport recommandant la prise d'un décret révoquant la citoyenneté de l'intéressé. Lorsqu'il est « convaincu » que l'acquisition de la citoyenneté est intervenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, le gouverneur en conseil peut prendre un décret aux termes duquel l'intéressé perd sa citoyenneté « à compter de la date qui y est fixée ».

[26] La question de savoir si l'acquisition de la citoyenneté est intervenue au moyen d'une fausse déclaration intentionnelle sur des faits essentiels ou de l'omission intentionnelle de divulguer ces faits est une question préliminaire qui est reprise tout le long du processus de révocation. Le ministre ne peut envisager la possibilité de recommander la révocation de la citoyenneté sans avoir d'abord formé une opinion sur la question. Sur demande de l'intéressé, la Cour fédérale tranche la question selon la prépondérance des probabilités et, lorsqu'elle répond par l'affirmative à la question, elle rend un jugement déclaratoire en conséquence.

[27] Sur rapport du ministre, le gouverneur en conseil doit ensuite être « convaincu » que la citoyenneté a été obtenue par fraude avant de pouvoir finalement prendre un décret révoquant la citoyenneté de l'intéressé.

[28] Il existe des raisons d'ordre pratique qui expliquent pourquoi il est nécessaire de trancher la question des fausses déclarations dans le cadre d'une audience judiciaire. En effet, cette question revêt une importance fondamentale en ce qui touche les droits de la personne visée et elle commande un examen attentif d'une masse d'éléments de preuve, de sorte qu'il est essentiel qu'elle soit soumise à un tribunal judiciaire indépendant si l'on veut qu'elle soit tranchée convenablement². Ce n'est pas une question que le ministre ou le gouverneur en conseil est bien placé pour résoudre. Il est donc logique de dissocier cette partie du processus du reste de la procédure prévue à l'article 10.

[29] La question qui continue toutefois à se poser est celle de savoir si, en mentionnant explicitement les fausses

² By way of example, in the Federal Court reference underlying this proceeding Justice MacKay heard evidence at hearings in the Ukraine and in Toronto over a span of 29 days.

² À titre d'exemple, dans le cadre du renvoi formé à la Cour fédérale dans le présent dossier, le juge MacKay a entendu des témoignages dans le cadre d'audiences qui se sont déroulées sur une période de 29 jours en Ukraine et à Toronto.

section 10 was intended to remove all other matters from consideration in the exercise of the GIC's discretion, or whether it was intended only to identify or highlight that issue as an essential precondition to the GIC's revocation order.

[30] The principle of statutory interpretation that underlies B'nai Brith's argument is that Parliament's expression of the single consideration of material misrepresentation by the GIC necessarily excludes all other considerations from the exercise of its section 10 discretion. This, it argues, reflects the principle of implied exclusion: that the legislative expression of one thing excludes another. This principle and its limitations were discussed at length by the Federal Court of Appeal in *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112, at paragraphs 26–28 and 31–32:

The appellant's argument in relation to the implied exclusion rule is attractive, but it gives this rule of construction an absolutism that the cases and authorities quite uniformly do not grant it.

First, this rule of statutory interpretation, also known as the “*a contrario* argument” (see Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at page 336), operates in the following way, according to Professor Sullivan in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at pages 186-187:

An implied exclusion argument lies whenever there is reason to believe that if the legislature had meant to include a particular thing within its legislation, it would have referred to that thing expressly. Because of this expectation, the legislature's failure to mention the thing becomes grounds for inferring that it was deliberately excluded. Although there is no express exclusion, exclusion is implied. The force of the implication depends on the strength and legitimacy of the expectation of express reference. The better the reason for anticipating express reference to a thing, the more telling the silence of the legislature. [Emphasis added.]

But important and useful as it may be, this rule of construction is very far from being a general rule of application or interpretation: see *Congrégation des Frères de l'Instruction Chrétienne*

déclarations à l'article 10, le législateur avait l'intention de soustraire tous les autres facteurs de l'examen du gouverneur en conseil dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou s'il cherchait seulement à signaler que ce facteur constitue une condition préalable essentielle à la prise d'un décret par le gouverneur en conseil.

[30] Le principe d'interprétation des lois à la base de l'argument de B'nai Brith est que le fait que le législateur mentionne uniquement les fausses déclarations implique nécessairement que le gouverneur en conseil ne peut tenir compte d'aucun autre facteur lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 10. Il s'agit là, selon B'nai Brith, d'un exemple de l'application de la règle d'exclusion implicite suivant laquelle la mention par le législateur d'un élément permet de déduire qu'il a exclu les autres éléments. La Cour d'appel fédérale a analysé ce principe et ses limites dans *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112, aux paragraphes 26 à 28, 31 et 32 :

L'argument de l'appelant en rapport avec la règle d'exclusion implicite est attrayant, mais il donne à la règle d'interprétation un absolutisme que les auteurs et la jurisprudence tout uniment ne lui reconnaissent pas.

Premièrement, cette règle d'interprétation législative, aussi connue sous le vocable « d'argument *a contrario* » (voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal : Éditions Thémis, 1999, à la page 423) opère de la façon suivante selon ce qu'écrit la professeure Sullivan dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto : Butterworths, 2002, aux pages 186 et 187 :

[TRADUCTION]

Un argument fondé sur l'exclusion implicite est recevable lorsqu'on a des raisons de croire que, si le législateur avait voulu inclure une chose particulière dans le cadre de sa mesure législative, il aurait mentionné cette chose expressément. En raison de cette attente, le fait que le législateur n'ait pas mentionné la chose permet de déduire que cette chose a été délibérément exclue. Bien que n'étant pas expresse, l'exclusion est implicite. La force de l'implication dépend de la force et de la légitimité de l'attente d'une mention expresse. Plus la raison de s'attendre à une mention expresse à une chose est bonne, plus le silence du législateur est significatif. [Je souligne.]

Mais aussi importante et utile qu'elle puisse être, cette règle d'interprétation est bien loin d'être une règle d'application ou d'interprétation générale : voir les arrêts *Congrégation des*

v. Commissaires d'écoles (Grand'pré), [1977] 1 S.C.R. 429, at page 435; *Murray Bay Motor Co. Ltd. v. Belair Insurance Co.*, [1975] 1 S.C.R. 68, at page 74. In fact, in *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) v. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 858, at page 862, Mr. Justice Pigeon, discussing the rule and speaking for the Court, writes:

The principle that the mention of a particular case excludes application of other cases not mentioned is far from being recognized as a general rule of interpretation. On the contrary, an affirmative provision of limited scope does not ordinarily exclude the application of a general rule otherwise established. [Emphasis added.]

...

Second, this rule of statutory interpretation relied on by the appellant must be used with the utmost caution: see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation*, at page 337. Lacking absolute intrinsic value, the rule must be set aside when other statutory provisions relevant to the issue under review suggest that its consequences would go against the statute's purpose (see P.-A. Côté in his work, at page 339; *Ternette v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 486 (T.D.)), are manifestly absurd (*Congrégation des Frères de l'Instruction Chrétienne*, at page 436) or lead to incoherence and injustice (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at pages 321-322).

In short, the *expressio unius est exclusio alterius* rule cannot be used to thwart the intention of Parliament and make it inoperative. "Like all arguments based on these presumptions", writes Professor Sullivan, at page 193 of her work, referring to the rule, "its weight depends on a range of contextual factors and the weight of competing considerations. Even if an implied exclusion argument is not rebutted, it may be outweighed by other indicators of legislative intent."

[31] In my view, the isolation of the material misrepresentation issue in section 10 was not intended to remove from the GIC the discretion to consider other factors before issuing an order for revocation of citizenship. It is true that a material misrepresentation is the only prerequisite to a revocation decision and that such a finding underpins the entire process of revocation. But it does not necessarily follow that all other factors are thereby excluded from consideration either by the Minister or by the GIC. The reason why the implied exclusion does not

Frères de l'Instruction Chrétienne c. Commissaires d'écoles (Grand'pré), [1977] 1 R.C.S. 429, à la page 435; *Murray Bay Motor Co. Ltd. c. Compagnie d'Assurance Bélair*, [1975] 1 R.C.S. 68, à la page 74. De fait, dans l'affaire *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) c. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 858, à la page 862, le juge Pigeon, traitant de la règle et s'exprimant pour la Cour, écrit :

Le principe que la mention d'un cas particulier exclut l'application des autres cas non mentionnés est bien loin d'être reconnu comme une règle générale d'interprétation. Au contraire, un texte affirmatif de portée restreinte n'a pas ordinairement pour effet d'écarter l'application d'une règle générale qui existe par ailleurs. [Je souligne.]

[...]

Deuxièmement, le recours à cette règle d'interprétation législative que l'appelant invoque doit se faire avec prudence et parcimonie : voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, à la page 427. Sans valeur intrinsèque absolue, la règle doit être mise de côté lorsque d'autres dispositions législatives pertinentes à la question sous examen amènent à penser que son application conduirait à un résultat contraire à l'objet de la loi (voir P.-A. Côté dans son ouvrage, à la page 429; *Ternette c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 486 (1^{re} inst.)), à un résultat manifestement absurde (*Congrégation des Frères de l'Instruction Chrétienne*, à la page 436) ou encore mènerait à des incohérences, des illogismes ou une injustice (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, aux pages 321-322).

Bref, la règle *expressio unius est exclusio alterius* ne peut être utilisée pour contrecarrer l'intention législative et empêcher de lui donner effet. [TRADUCTION] « Comme tous les arguments fondés sur ces présomptions », écrit la professeure Sullivan, à la page 193 de son ouvrage, se référant à la règle, [TRADUCTION] « son poids dépend d'un éventail de facteurs contextuels et du poids des considérations concurrentes. Même si un argument relatif à l'exclusion implicite n'est pas réfuté, d'autres indicateurs de l'intention du législateur peuvent l'emporter ».

[31] À mon avis, en mentionnant explicitement les fausses déclarations à l'article 10, le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher le gouverneur en conseil de tenir compte d'autres facteurs avant de prendre un décret révoquant la citoyenneté de l'intéressé. Il est vrai que la constatation de l'existence de fausses déclarations sur des faits essentiels constitue la seule condition préalable à la prise d'une décision de révocation et que ce constat est à la base de tout le processus de révocation. Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que le ministre ou le

apply in this situation is explained in the following passage from Professor Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 250:

There are several ways to rebut an implied exclusion argument. One is to offer an alternative explanation of why the legislature expressly mentioned some things and was silent with respect to others. The legislature may have wished, for example, to emphasize the importance of the matters mentioned or, out of excessive caution (*ex abundanti cautela*), to ensure that the mentioned matters were not overlooked. Express reference to something may be necessary or appropriate in one context but unnecessary or inappropriate in another. [Footnotes omitted.]

Also see *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 130 and *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, at page 68.

[32] Here the legislative context supports the respondents' position that the GIC's authority under section 10 is more than a mere formality and that it enjoys a broad discretion to consider matters beyond the issue of material misrepresentation.

[33] The usual way to confer a legislative discretion upon a decision maker is to couple the authority to decide a matter with the word "may". Section 10 does not use that convention in a direct way but, instead, creates an automatic revocation of citizenship to take effect as of such date as may be fixed by order of the GIC. While this is an atypical approach to the conferral of a discretion, this language seems to me to suggest an enlargement to the scope of the GIC's discretion beyond consideration of the single issue of material misrepresentation. If it was otherwise intended, Parliament could easily have used the mandatory words "as of such date as shall be fixed by order of the GIC", thereby excluding the possibility that the GIC might choose not to fix any date for the revocation of a person's citizenship based on its own consideration of relevant factors. Within the complete context of section

gouverneur en conseil ne peuvent pas tenir compte des autres facteurs. La raison pour laquelle l'exclusion tacite ne s'applique pas en l'espèce est expliquée dans le passage suivant de l'ouvrage de la professeure Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), à la page 250 :

[TRADUCTION] Il y a plusieurs façons de réfuter un argument tiré de l'exclusion implicite. Une de ces façons consiste à proposer une autre explication pour justifier le choix du législateur de mentionner expressément certaines choses et de rester muet sur d'autres. Il se peut, par exemple, que le législateur ait souhaité souligner l'importance des éléments qu'il mentionne par surcroît de précaution (*ex abundanti cautela*), pour s'assurer que l'on n'oublie pas les éléments qu'il mentionne. Il peut être nécessaire ou approprié de nommer explicitement certains éléments dans un contexte déterminé mais pas dans d'autres. [Renvois omis.]

Voir également les arrêts *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 130 et *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, à la page 68.

[32] En l'espèce, le contexte législatif étaye la thèse des défendeurs suivant laquelle le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'article 10 est davantage qu'une simple formalité et suivant laquelle le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de tenir compte d'autres éléments en plus des fausses déclarations.

[33] La façon habituelle de conférer à un décideur un pouvoir discrétionnaire dans un texte de loi est d'ajouter le mot « peut » à la disposition qui lui confère un pouvoir de décision. À l'article 10, le législateur n'emploie pas directement cette méthode mais prévoit plutôt une révocation automatique de la citoyenneté qui prend effet à la date fixée par décret du gouverneur en conseil. Bien que cette façon de conférer un pouvoir discrétionnaire soit atypique, la façon dont l'article 10 est libellé permet de penser que le législateur a élargi la portée du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en lui permettant de tenir compte d'autres facteurs que les seules fausses déclarations. Si son intention était différente, le législateur aurait facilement pu employer en anglais une formule impérative comme « *as of such date as shall be fixed by order of the Governor in Council* », excluant ainsi la

10, Parliament's permissive language is indicative of an intent to confer a broad discretion upon the GIC in the exercise of its revocation authority.

[34] Moreover, while the Federal Court of Appeal decision in *Oberlander* (F.C.A.) does not conclusively resolve the scope of the GIC's discretion under section 10, it does offer some insight into other aspects of the decision-making process which helps to understand the GIC's mandate. Of particular significance is the observation at paragraph 40 of the decision that the Minister's report to the GIC is not a means by which the Federal Court finding of material misrepresentation can be challenged. That misrepresentation finding is said to be final, non-reviewable and binding as an "indisputable fact" upon the GIC. This is, of course, consistent with the clear stipulation in paragraph 18(1)(b) of the Act that the Federal Court "decides" whether or not there has been a material misrepresentation. Then, at paragraph 36 of the *Oberlander* (F.C.A.) decision, the Court characterized the role of the Minister in preparing a report as follows:

Section 10 of the *Citizenship Act* requires the Minister to prepare "a report". In the absence of any mandatory formula which the Minister should adopt, a wide latitude should be given to her. The prosecutor's brief in *Suresh*—the content of which is not described in the reasons for judgment—should not be taken out of its statutory and factual context, even more so since the principal reason why it was not accepted was that it was not articulate nor rational. The reviewing Judge was correct in finding that the report of the Minister was part of the reasons of the Governor in Council. [Emphasis added.]

[35] It is difficult to think of a purpose that would be served by a ministerial report to the GIC if the only relevant fact that the GIC can consider has already been indisputably decided on a reference to the Federal Court. I would add to this that in its earlier decision in *Luitiens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149

possibilité pour le gouverneur en conseil de ne fixer aucune date pour la révocation de la citoyenneté de l'intéressé après avoir tenu compte des facteurs pertinents. Eu égard à l'ensemble du contexte de l'article 10, cette formulation facultative permet de penser que le législateur entendait conférer au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir de révocation.

[34] De plus, dans l'arrêt *Oberlander* (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale ne tranche pas de façon concluante la question de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par l'article 10. Cet arrêt fournit plutôt certains éclaircissements au sujet d'autres aspects du processus de prise de décision qui aident à comprendre le mandat du gouverneur en conseil. Il est significatif qu'au paragraphe 40 de cet arrêt, la Cour fait observer que le rapport que le ministre soumet au gouverneur en conseil ne constitue pas un moyen par lequel on peut contester la conclusion tirée par la Cour fédérale au sujet de l'existence des fausses déclarations. Les conclusions quant à l'existence de fausses déclarations sont qualifiées de « définitives et non susceptibles d'examen » et elles ne peuvent être remises en question par le gouverneur en conseil. Cette interprétation s'accorde évidemment avec le fait que l'alinéa 18(1)b) de la Loi dispose expressément que la Cour fédérale « décide » s'il y a eu ou non des fausses déclarations. Voici, par ailleurs, comment la Cour qualifie, au paragraphe 36 de l'arrêt *Oberlander* (C.A.F.), le rôle du ministre, lorsqu'il établit son rapport :

L'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* exige que la ministre prépare un « rapport ». En l'absence d'une formule obligatoire que la ministre doit adopter, il faut donner à celle-ci une grande latitude. Le mémoire de la poursuite dans l'affaire *Suresh*—dont le contenu n'est pas décrit dans les motifs du jugement—ne devrait pas être considéré en dehors de son contexte législatif et factuel, d'autant plus que la principale raison pour laquelle il n'a pas été accepté était qu'il n'était pas clair ni rationnel. Le juge saisi en révision a eu raison de conclure que le rapport de la ministre faisait partie des motifs du gouverneur en conseil. [Non souligné dans l'original.]

[35] On voit mal à quoi servirait le rapport du ministre au gouverneur en conseil si le seul fait pertinent dont le gouverneur en conseil peut tenir compte a déjà fait l'objet d'une décision péremptoire de la part de la Cour fédérale dans le cadre d'un renvoi. Je tiens à ajouter que, dans l'arrêt *Luitiens c. Canada (Secrétaire d'État)*,

the Federal Court of Appeal described the Trial Division finding of material misrepresentation [at page 152] as “merely one stage of a proceeding which may or may not result in a final revocation of citizenship”. This statement is difficult to reconcile with the proposition that the sole determinative issue for revoking citizenship is one already conclusively determined by the Federal Court. B’nai Brith attempted to answer this point by saying that the Minister has a plenary discretion to decide whether to refer a case for revocation to the GIC notwithstanding a finding of material misrepresentation by the Federal Court. Presumably this broader discretion would permit the Minister to consider the personal circumstances of the affected person along with relevant government policies dealing with revocation of citizenship in like situations. However, as noted above, the Federal Court of Appeal in *Oberlander* (F.C.A.) observed that while there is no legislative expression to support a broad ministerial discretion, the Minister was said to have a “wide latitude” in reporting to the GIC. It appears doubtful to me that Parliament intended that only the Minister should have a plenary discretion to refer a matter to the GIC but that the GIC has no discretion to look behind the Minister’s decision. The idea that the GIC is fulfilling merely a symbolic role in this process and is bound to accept the Minister’s recommendation to revoke citizenship is not a proposition that appeals to me and it is not consistent with the Court’s view of the significance of the Minister’s reporting function as described in *Oberlander* (F.C.A.).

[36] While the Minister may well enjoy a discretion not to proceed at all with the process of revocation, once that process is initiated there is no basis in the language of section 10 to support the argument that the scope of the Minister’s discretion is any broader than that of the GIC. Once the Federal Court has found that citizenship has been conferred on the basis of a misrepresentation,

[1992] A.C.F. n° 319 (QL), la Cour d’appel fédérale avait déjà expliqué, au sujet de la conclusion concernant l’existence d’une fausse déclaration sur des faits essentiels [au paragraphe 8], qu’« [i]l ne s’agit donc que d’une étape d’une action qui peut aboutir ou non à la révocation définitive de la citoyenneté ». Il est difficile de concilier cette idée avec la thèse que le seul facteur déterminant qui permet de révoquer la citoyenneté a déjà fait l’objet d’une décision définitive de la part de la Cour fédérale. B’nai Brith a tenté de répondre à cet argument en faisant valoir que le ministre jouit du pouvoir discrétionnaire absolu de décider de l’opportunité de déférer au gouverneur en conseil la question de la révocation malgré le fait que la Cour fédérale a conclu à l’existence d’une fausse déclaration sur des faits essentiels. Ce pouvoir discrétionnaire plus large permettrait vraisemblablement au ministre de tenir compte de la situation personnelle de l’intéressé en plus des politiques gouvernementales applicables portant sur la révocation de la citoyenneté dans des situations analogues. Toutefois, ainsi que je l’ai déjà fait observer, dans l’arrêt *Oberlander* (C.A.F.), la Cour d’appel fédérale a signalé que, bien qu’on ne trouve pas dans la loi de disposition qui permette de penser que le ministre dispose d’un large pouvoir discrétionnaire, le ministre jouit d’une « grande latitude » en ce qui concerne le rapport qu’il soumet au gouverneur en conseil. Je doute que le législateur ait voulu accorder au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de renvoyer une question au gouverneur en conseil tout en privant celui-ci de la latitude nécessaire pour examiner le bien-fondé de la décision du ministre. L’idée que le gouverneur en conseil ne remplit qu’un rôle symbolique dans le cadre de ce processus et qu’il est obligé d’accepter la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté n’est pas une proposition qui m’apparaît juste et j’estime qu’elle n’est pas compatible avec l’idée que la Cour se fait de l’importance du rôle qu’exerce le ministre lorsqu’il fait rapport, ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a expliqué dans l’arrêt *Oberlander* (C.A.F.).

[36] Bien que le ministre puisse fort bien jouir du pouvoir discrétionnaire de ne pas mener à terme le processus de révocation, force est de constater que, dès lors que ce processus est enclenché, on ne trouve dans le libellé de l’article 10 rien qui appuie l’argument que le pouvoir discrétionnaire du ministre est plus large que celui du gouverneur en conseil. Dès lors que la Cour

the Act makes no distinction between the Minister's authority and that of the GIC. The GIC's authority to make an order is directly tied to a "a report from the Minister". If the Minister is entitled to report broadly to the GIC it is implicit that the GIC has a corresponding discretion to take into account any relevant factors before issuing a revocation order.

[37] B'nai Brith countered by arguing that the reason the GIC is tasked with being "satisfied" that citizenship has been fraudulently obtained is to account for situations where the person affected does not request a Federal Court reference. There the GIC must make its own misrepresentation finding. While this argument has some superficial appeal, I think it likely that if Parliament had such a specific intent it would have stated that case explicitly. Instead, Parliament adopted language in section 10 which does not distinguish between the two situations. This failure to make a distinction where one would otherwise be expected implies that the GIC's discretion was not intended to be limited but, rather, was considered plenary.

[38] Ultimately on this issue I am of the view that the requirement for a finding of material misrepresentation in section 10 of the Act was not intended by Parliament to remove other matters from consideration in the exercise of the GIC's discretion. Instead, that issue was highlighted to ensure that citizenship could not be revoked except where that prerequisite had been established.

[39] As one final point on the interpretation of section 10, I must comment on the respondents' reliance upon the use of the word "peut" that appears in the French text of the Act. This language, they say, further indicates that a broad discretion is conferred upon the GIC. I do not, however, believe that I can rely upon that reference in the French text.

fédérale a conclu que la citoyenneté a été acquise au moyen d'une fausse déclaration, la Loi ne fait aucune distinction entre le pouvoir du ministre et celui du gouverneur en conseil. Le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre un décret est directement lié au « rapport du ministre ». Si le ministre jouit de vastes pouvoirs en ce qui concerne le rapport qu'il soumet au gouverneur en conseil, le gouverneur en conseil dispose pour sa part implicitement du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de tout facteur pertinent avant de prendre un décret portant révocation de la citoyenneté.

[37] B'nai Brith riposte en faisant valoir que la raison pour laquelle le gouverneur en conseil doit être « convaincu » que la citoyenneté a été acquise par fraude est qu'on cherche à tenir compte des situations dans lesquelles l'intéressé ne demande pas que la question fasse l'objet d'un renvoi à la Cour fédérale. En pareil cas, le gouverneur en conseil doit tirer sa propre conclusion au sujet des fausses déclarations. Bien que cet argument soit séduisant à première vue, je crois que, si le législateur avait eu une intention aussi précise, il l'aurait probablement exprimée explicitement. Le législateur a plutôt adopté, à l'article 10, un libellé qui ne fait aucune distinction entre les deux situations évoquées. Le fait que le législateur n'a pas établi de distinction là où l'on se serait attendu qu'il en fasse donne à penser qu'il voulait conférer au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire absolu, et non pas limité.

[38] En fin de compte, à cet égard, je suis d'avis qu'en exigeant, à l'article 10 de la Loi, que l'on conclut à l'existence de fausses déclarations, le législateur n'avait pas l'intention de soustraire d'autres facteurs à l'examen du gouverneur en conseil lorsque ce dernier exerce son pouvoir discrétionnaire. Le législateur a plutôt fait ressortir ce facteur pour s'assurer que la citoyenneté ne soit révoquée que lorsque cette condition préalable est d'abord remplie.

[39] Un dernier aspect sur lequel j'aimerais m'attarder en ce qui concerne l'interprétation de l'article 10 est le fait que les défendeurs se fondent sur l'emploi du mot « peut » dans la version française. Ils affirment que la présence de ce mot confirme que le gouverneur en conseil est investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire. Je ne crois cependant pas que je peux me fonder sur cette interprétation de la version française de cet article.

[40] The word “peut” was first introduced into the French version of the Act in the 1985 statutory revisions. By virtue of section 4 of the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40 any such change does not operate as new law but is to be construed as a consolidation of the law as it was previously enacted. It is noteworthy that the English text was not changed through the 1985 statutory revision thereby creating a variance between the French and English that did not previously exist. This same problem was of concern to the Court of Appeal in *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean*, [1998] 1 F.C. 433, where a substantive change to the French version of the *Canada Labour Code* in the 1985 statutory revision [R.S.C., 1985, c. L-2] was held to have been made without authority and could not inform the search for Parliament’s original intent (see paragraphs 43–44). It would only be in a situation where the same change was effected in both languages that one could infer that the revision was made for clarification and to bring the text into closer conformity with the original Parliamentary intent.

Duty of Fairness

[41] B’nai Brith argues that the GIC owed it a duty of fairness, at least to the extent of providing reasons for its decision. This duty, it says, would arise at the point in time that B’nai Brith’s interests as a public interest litigant were known or could be ascertained.

[42] This argument is without merit. There is no recognized duty of fairness owed to the public at large. To the extent that fairness may require a decision maker to provide reasons it is an obligation owed only to the parties directly affected and no further. This has been made clear in decisions like *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 636 where the administrative decision maker’s duty of fairness was expressly limited “to the regulated parties whose interest they must determine.”

[40] Le mot « peut » a été ajouté à la version française de la Loi lors de la refonte de 1985. Or, aux termes de l’article 4 de la *Loi sur les lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40, les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois auxquelles elles se substituent. Il convient de signaler que la version anglaise est demeurée inchangée à la suite de la révision des lois de 1985, de sorte qu’il y a, entre le texte français et le texte anglais, une disparité qui n’existait pas auparavant. La Cour d’appel s’est penchée sur le même problème dans l’affaire *Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch c. Dean*, [1998] 1 C.F. 433. La Cour a estimé qu’un changement de fond avait été apporté à la version française du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] lors de la révision de 1985 de sorte qu’il avait été fait illégalement et ne pouvait servir à discerner l’objectif que poursuivait le législateur lors de l’adoption des dispositions en question (aux paragraphes 43 et 44). Ce n’est que dans les cas où la même modification est apportée aux deux versions qu’on peut en conclure que la révision a été faite en vue de clarifier la loi et pour rendre le texte de la loi plus conforme à l’intention initiale du législateur.

Obligation d’équité

[41] B’nai Brith soutient que la gouverneure en conseil était assujettie envers elle à une obligation d’équité, du moins dans la mesure où elle devait motiver sa décision. Suivant B’nai Brith, cette obligation est née au moment où les intérêts de B’nai Brith comme représentant de l’intérêt public ont été connus ou pouvaient être déterminés.

[42] Cet argument est mal fondé. Aucune obligation d’équité n’est reconnue dans le cas du public en général. Dans la mesure où l’équité peut obliger un décideur à motiver sa décision, cette obligation n’existe qu’envers les personnes directement visées par la décision, ainsi que la Cour suprême du Canada l’a déclaré clairement dans des arrêts comme *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 636, où la Cour affirme : « Tout corps administratif [...] est tenu d’agir équitablement envers les personnes assujetties à la réglementation, sur les intérêts desquelles il est appelé à statuer. »

[43] It is also clear in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 that the scope of the duty of fairness, including the obligation to give reasons for a decision, will vary according to the importance or impact of the decision to the lives of those affected by it. At the centre of the fairness analysis was said to be a consideration of whether [at paragraph 30] “those whose interests were affected had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly.” In light of these principles, it cannot be said that a decision maker owes any duty of fairness to a third party which claims to represent the public interest but which is not directly involved in the decision-making process at first instance.

Reasonableness

[44] B'nai Brith broadly asserted in its written argument that the GIC decision not to revoke Mr. Odynsky's citizenship is indefensible and not within the range of reasonable and acceptable outcomes. The record discloses, however, that the GIC had before it a considerable body of mitigating evidence supporting leniency, including Justice MacKay's findings that Mr. Odynsky was not a volunteer and had not been shown to have acted wrongfully towards any other person in the camps where he served. In addition, Justice MacKay noted Mr. Odynsky's favourable record since arriving in Canada in 1949. It was reasonably open to the GIC on this record to have rejected the Minister's recommendation for revocation of citizenship and B'nai Brith has not made a convincing case to the contrary.

The Application of the Charter

[45] Lastly, B'nai Brith contends that the GIC's decision not to revoke Mr. Odynsky's citizenship constitutes a breach of section 7 of the Charter and renders Canada complicit as an accessory after the fact to war crimes and crimes against humanity. This submission was not further advanced in oral argument and it is devoid of merit. I need only say that B'nai Brith has not explained how its

[43] Suivant l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, il est également clair que la portée de l'obligation d'équité, y compris l'obligation de motiver la décision, dépend de l'importance ou des incidences de la décision sur la vie des personnes qu'elle vise. Au cœur de cette analyse, il faut se demander si [au paragraphe 30] « les personnes dont les intérêts étaient en jeu ont eu une occasion valable de présenter leur position pleinement et équitablement ». Compte tenu de ces principes, on ne peut pas dire que l'auteur de la décision est assujéti à quelque obligation d'équité à l'égard d'un tiers qui prétend représenter l'intérêt public mais qui n'a pas participé au départ au processus de prise de décision.

Caractère raisonnable

[44] B'nai Brith affirme de façon générale dans sa plaidoirie écrite que la décision de la gouverneure en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky est indéfendable et qu'elle ne fait pas partie des issues raisonnable et acceptables. Il ressort toutefois du dossier que la gouverneure en conseil disposait d'abondants éléments de preuve qui faisaient état de circonstances atténuantes et qui justifiaient de faire preuve de clémence, y compris les conclusions du juge MacKay suivant lesquelles M. Odynsky n'était pas un volontaire et qu'on n'avait pas démontré qu'il avait agi de façon répréhensible envers qui que ce soit dans les camps où il avait servi. Le juge MacKay a signalé l'excellente feuille de route de M. Odynsky depuis son arrivée au Canada en 1949. Il était raisonnablement loisible à la gouverneure en conseil, au vu du présent dossier, d'écarter la recommandation de révocation de la citoyenneté que le ministre lui avait soumise, et B'nai Brith n'a pas invoqué d'arguments contraires convaincants.

Application de la Charte

[45] B'nai Brith soutient enfin que la décision de la gouverneure en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky viole l'article 7 de la Charte et fait du Canada un complice après le fait de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Cet argument n'a pas été repris lors des débats et il est mal fondé. Il suffit de dire que B'nai Brith n'a pas expliqué comment l'intérêt

corporate interests could be engaged under section 7 and its argument is otherwise hypothetical on this record.

IV. Conclusion

[46] On the basis of the foregoing, I am satisfied that the Governor in Council's discretion under section 10 of the *Citizenship Act* extends beyond a consideration of the existence of a material misrepresentation and may include other factors such as the personal circumstances of the affected person. In the result, I am satisfied that the decision under review was made in conformity with the authority conferred upon the GIC by section 10 of the Act. In addition, the GIC owes no duty of fairness to third parties in the exercise of its section 10 authority and has no obligation to provide reasons to anyone other than the person affected. There is also no basis for concluding that the GIC's decision was unreasonable or was made in breach of the Charter.

Costs

[47] Neither B'nai Brith nor the Crown sought costs against the other and, as between them, no costs are awarded. Mr. Odynsky is entitled to his costs payable by B'nai Brith under column III [of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that this application for judicial review is dismissed with costs payable to Mr. Odynsky by B'nai Brith under column III.

APPENDIX

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

public qu'elle prétend représenter pourrait donner lieu à l'application de l'article 7. Son argument est d'ailleurs hypothétique, vu l'ensemble du dossier.

IV. Conclusion

[46] Vu ce qui précède, je suis convaincu que le pouvoir que l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* confère à la gouverneure en conseil s'étend au-delà de la simple vérification de l'existence de fausses déclarations et que ce pouvoir lui permet de tenir compte d'autres facteurs tels que la situation personnelle de la personne visée. En conséquence, je suis convaincu que la décision à l'examen a été prise en conformité avec le pouvoir conféré à la gouverneure en conseil par l'article 10 de la Loi. Par ailleurs, la gouverneure en conseil n'est tenue à aucune obligation d'équité envers des tiers lorsqu'elle exerce le pouvoir que lui confère l'article 10 et elle n'est pas tenue de communiquer des motifs à qui que ce soit d'autres que la personne visée. Rien ne permet par ailleurs de conclure que la décision de la gouverneure en conseil était déraisonnable ou qu'elle contrevenait à la Charte.

Dépens

[47] Aucune des parties n'a demandé que l'autre soit condamnée aux dépens. Aucuns dépens entre parties ne sont donc adjugés. M. Odynsky a droit aux dépens qui lui sont payables par B'nai Brith en vertu de la colonne III [du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

JUGEMENT

LA COUR rejette la demande de contrôle judiciaire et condamne B'nai Brith à payer à M. Odynsky ses dépens conformément à la colonne III.

ANNEXE

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits

essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée :

(a) the person ceases to be a citizen, or

a) soit perd sa citoyenneté;

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

...

[...]

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée :

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

DES-4-08
2009 FC 342

DES-4-08
2009 CF 342

IN THE MATTER OF a certificate pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA)

DANS L'AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)

IN THE MATTER OF the referral of this certificate to the Federal Court pursuant to subsection 77(1) of the IRPA

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR

AND IN THE MATTER OF Adil Charkaoui

ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT Adil Charkaoui

AND LE BARREAU DU QUÉBEC, intervener

ET LE BARREAU DU QUÉBEC, intervenant

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

RÉPERTORIÉ: CHARKAOUI (RE) (C.F.)

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, March 10 and 11; Ottawa, April 2, 2009.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 10 et 11 mars; Ottawa, 2 avril 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Application asking Court to address questions of law posed by named person, special advocates, specifically with regard to role of judge concerning upcoming supplementary disclosure in accordance with Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) (Charkaoui II), to placing of information in Court's public files, to national security standard — Federal Courts Rules, r. 151(1) allowing for certain documents "to be filed" to be treated as confidential not applying to documents not yet filed — Possibility of invoking r. 4 to avoid this difficulty — Allowing named person to bring confidentiality motion appropriate remedy for serious harm he could suffer if denied opportunity to bring such motion — Additional information communicated under Charkaoui II not to be automatically filed in Court docket — Under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(1)(e), summary of confidential information that might be considered relevant submitted to named person — Information in question, summary only part of Court docket if parties, special advocates file it — "National security" meaning "at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada" — Role of designated judge in determining disclosure of information to named person applying criteria established through case law while taking into consideration need to preserve confidentiality, importance of providing fullest possible disclosure — Burden of proving disclosure injurious to national security, safety of any person falling on whoever making claim (in this case, government) — Standard of proof required for non-disclosure, supported by case law being balance of probabilities.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Demande à la Cour d'adresser certaines questions de droit posées par l'intéressé et les avocats spéciaux, notamment quant au rôle du juge en lien avec la divulgation supplémentaire à venir conformément à l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (Charkaoui II), au dépôt de l'information au dossier public de la Cour; et à la norme de la sécurité nationale — La règle 151(1) des Règles des Cours fédérales permettant que certains documents qui « seront déposés » soient considérés comme confidentiels ne s'applique pas aux documents qui n'ont pas encore été déposés — La règle 4 pouvait être invoquée pour contourner cette difficulté — Permettre à l'intéressé de présenter une requête en confidentialité était la réparation qui convenait au préjudice grave qu'il pourrait subir s'il n'avait pas la chance de présenter cette demande — Les renseignements additionnels communiqués en application de l'arrêt Charkaoui II ne font pas automatiquement partie du dossier de la Cour — En vertu de l'art. 83(1)e de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, un résumé des renseignements confidentiels qui pourraient être considérés pertinents est remis à l'intéressé — Les renseignements en cause ou tout résumé ne feront partie du dossier de la Cour que si l'une des parties ou les avocats spéciaux les déposent — « Sécurité nationale » s'entend « au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada » — Le rôle du juge désigné dans la détermination de divulguer à l'intéressé les renseignements est d'appliquer les critères établis par la jurisprudence en tenant compte de la nécessité de préserver la confidentialité et de

This was an application asking the Court to address certain questions of law. The application stemmed from a decision ordering the Ministers to disclose “party-to-party” any relevant evidence or information whose disclosure would not be injurious to national security or to the safety of any person. The purpose of this Order was to confirm that the Ministers had applied the principles established in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* (*Charkaoui II*), that of the information and other evidence that they had filed in the Court docket at the same time as the certificate and on which they based their arguments, any evidence that could be disclosed to the named person had been. This Order was based strictly on the evidence that had already been filed by the Ministers.

Given the extent of the disclosure needed to comply with *Charkaoui II*, additional evidence was to be provided. The named person asked the Court to address certain issues of law concerning upcoming supplementary disclosure, specifically with regard to the role of the judge with respect to supplementary disclosure and the filing of information in the Court’s public files. The special advocates also asked the Court to determine: (1) the content of the national security standard set out in the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA); (2) who bears the burden of proving whether or not the disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person; and (3) the standard of proof associated with this burden.

Held, the Court determines that:

The supplementary disclosure of relevant information and the disclosure of additional information

A distinction should be made between the disclosure of relevant information filed by the Ministers in support of the certificate and the disclosure of additional information received but not filed further to *Charkaoui II*.

Subsection 77(2) of the IRPA requires the Minister to file with the Court the evidence on which the certificate is based and a summary of this evidence for the named person. An additional summary provided to the named person would address evidence that is already in the Court file. Other evidence that until then had been classified would be provided to the named person pursuant to paragraphs 83(1)(d) and 83(1)(e). The IRPA

l’importance de donner une divulgation la plus complète possible — Le fardeau de prouver que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui revient à qui invoque une telle atteinte (en l’espèce, le gouvernement) — La norme exigée et supportée par la jurisprudence pour la non-divulgation est celle de la prépondérance des probabilités.

Il s’agissait d’une demande pour que la Cour adresse certaines questions de droit. Cette demande découlait d’une décision ordonnant aux ministres de divulguer « partie à partie » toute preuve ou renseignement pertinent pouvant être divulgué sans porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. Cette ordonnance visait entre autres à confirmer que les ministres avaient mis en application les principes établis dans l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (*Charkaoui II*), à l’effet que des renseignements et autres éléments de preuve qu’ils avaient déposés au dossier de la Cour en même temps que le certificat et sur lesquels ils appuyaient leurs prétentions, tout élément de preuve qui pouvait être divulgué à l’intéressé l’avait été. Cette ordonnance reposait uniquement sur la preuve déjà déposée par les ministres

Compte tenu de l’étendue de la divulgation nécessaire pour se conformer à l’arrêt *Charkaoui II*, une preuve additionnelle allait être produite. L’intéressé demandait à la Cour d’adresser certaines questions de droit concernant la divulgation supplémentaire à venir, notamment quant au rôle du juge en lien avec la divulgation supplémentaire et au dépôt de l’information au dossier public de la Cour. Les avocats spéciaux demandaient également à la Cour de déterminer : 1) le contenu de la norme de la sécurité nationale prévue par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR); 2) sur qui repose le fardeau de prouver que la divulgation porte ou ne porte pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui; et 3) la norme de preuve associée à ce fardeau.

Jugement, la Cour conclut que :

La divulgation supplémentaire de renseignements pertinents et la divulgation de renseignements additionnels

Une distinction s’impose entre la divulgation supplémentaire de renseignements pertinents déposés par les ministres au soutien du certificat et la divulgation de renseignements additionnels reçus mais non déposés en application de l’arrêt *Charkaoui II*.

Le paragraphe 77(2) de la LIPR exige le dépôt au dossier de la Cour des éléments de preuve justifiant le certificat ainsi qu’un résumé de cette preuve vers l’intéressé. Un résumé additionnel fourni à l’intéressé traiterai ainsi d’une preuve déjà déposée à la Cour. C’est en application des alinéas 83(1)d) et 83(1)e) que d’autres éléments de preuve jusqu’alors classifiés seraient fournis à l’intéressé. La LIPR ne prévoit aucune

does not contain any provision conferring on the named person the discretion to veto their being placed in the public files. However, placing the supplementary information in the public file even before it is provided to the named person may compromise the procedural fairness owed to him or her. Rule 151(1) of the *Federal Courts Rules* permits the Court to order that material “to be filed” be treated as confidential for reasons having to do with privacy. However, this rule applies only to documents that have not yet been filed with the Court. In order to avoid this difficulty, Rule 4, which is used to fill gaps in procedural issues, should only be used as a last resort because there would be no other way for the named person to assert his rights with regard to the confidentiality of certain information that could affect his privacy. Allowing the named person to bring a confidentiality motion was the appropriate remedy for the serious harm that he could suffer if he did not have the opportunity to bring such a motion.

The additional information that the Court ordered be communicated under *Charkaoui II* should not automatically be filed in the Court docket. Non-confidential information, if any, should first be transmitted “party-to-party” to the named person. When the Ministers and special advocates agree that this information is not relevant, the Court can rely on this agreement. Under paragraph 83(1)(e) of the IRPA, a summary of the confidential information that might be considered relevant is to be provided to the named party where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any other person. Any disagreement between the Ministers and the special advocates will be arbitrated by the Court. The information in question or any summary would only be part of the Court docket if one of the parties or the special advocates filed it in evidence.

The national security standard

The relevant objectives in the IRPA are found in subsection 3(1) of the Act and explicitly show Parliament’s intent to give priority to security. In Canadian domestic law, “national security” means “at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada”. The role of the designated judge in determining the disclosure of information to the named person where the government claims confidentiality is to apply the criteria established through case law while taking into consideration, on the one hand, the need to preserve confidentiality and, on the other, the importance of providing the fullest possible disclosure with the smallest impact on the named person’s right to know the evidence against him.

discretion à l’intéressé d’apposer un veto sur le dépôt au dossier public. Toutefois, le dépôt en preuve publique de renseignements supplémentaires avant même leur communication à l’intéressé est susceptible de compromettre l’équité procédurale à son égard. Le paragraphe 151(1) des *Règles des Cours fédérales* permet à la Cour d’ordonner que certains documents « qui seront déposés » soient considérés comme confidentiels pour des motifs liés à la vie privée. Cette règle s’applique toutefois uniquement aux documents qui n’ont pas encore été déposés au dossier de la Cour. Pour contourner cette difficulté, la règle 4, qui sert à combler les lacunes dans les questions de procédure, devait être utilisée en dernier recours puisqu’il n’y avait pas d’autre solution permettant à l’intéressé de faire valoir ses droits quant à la confidentialité de certains renseignements qui pourraient afficher sa vie privée. Lui permettre de présenter une requête en confidentialité était la réparation qui convenait au préjudice grave qu’il pourrait subir s’il n’avait pas la chance de présenter cette demande.

Les renseignements additionnels dont la communication a été ordonnée en application de l’arrêt *Charkaoui II* ne font pas automatiquement partie du dossier de la Cour. Les renseignements non confidentiels, s’il en existe, sont d’abord transmis « partie à partie » à l’intéressé. Lorsqu’il y a entente entre les ministres et les avocats spéciaux que ces renseignements ne sont pas pertinents, la Cour peut se fier à cette entente. En vertu de l’alinéa 83(1)e) de la LIPR, un résumé des renseignements confidentiels qui pourraient être considérés pertinents est remis à l’intéressé lorsque la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. Tout différend entre les ministres et les avocats spéciaux sera arbitré par la Cour. Les renseignements en cause ou tout résumé ne feront partie du dossier de la Cour que si l’une des parties ou les avocats spéciaux les déposent afin de servir de preuve.

La norme de sécurité nationale

Les objets pertinents de la LIPR se retrouvent au paragraphe 3(1) de la Loi et révèlent explicitement la volonté du législateur de donner priorité à la sécurité. En droit interne canadien, la « sécurité nationale » s’entend « au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada ». Le rôle du juge désigné dans la détermination de divulguer à l’intéressé les renseignements pour lesquels le gouvernement revendique la confidentialité est d’appliquer les critères établis par la jurisprudence en tenant compte, d’une part, de la nécessité de préserver la confidentialité, et, d’autre part, de l’importance de donner une divulgation la plus complète possible et la moins attentatoire possible au droit de l’intéressé de connaître la preuve retenue contre lui.

The burden of proof clearly falls on whoever claims that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person, hence the government. Without injuring national security, procedural fairness demands that the principles established in criminal cases be fully applied, taking into consideration the applicable administrative and immigration law in similar cases in the context of disclosure. Consequently, the Crown must justify its refusal to disclose any information.

The risks inherent in the inopportune disclosure of information related to national security call for prudence. However, the terminology used in paragraphs 83(1)(d) and (e) indicate that it is up to the Court to guarantee the confidentiality of information whose disclosure “would be injurious” to national security. The difference in language in paragraph 83(1)(c) (“could”) suggests that Parliament wanted a higher standard for non-disclosure. The standard required for non-disclosure, and supported by the case law, is that of the balance of probabilities.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 15.
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).
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 151.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), (3)(f), 77(2) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194; 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(c) (as am. *idem*), (d) (as am. *idem*), (e) (as am. *idem*), 85.1(2)(b) (as enacted *idem*), 85.2(c) (as enacted *idem*).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.
International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
Johannesburg Principles: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, UN Doc. E/CN.4/1996/39.

Le fardeau de preuve revient clairement à celui qui invoque que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, donc au gouvernement. Sans porter atteinte à la sécurité nationale, l'équité procédurale exige que les principes établis dans le cadre des procès criminels reçoivent pleine application, en tenant compte du droit administratif et de l'immigration applicable en semblables matières dans le contexte de la divulgation. En conséquence, le ministère public doit justifier son refus de divulguer tout renseignement.

Les risques inhérents à la divulgation inopportune d'informations touchant à la sécurité nationale invitent à la prudence. La terminologie utilisée au sein des alinéas 83(1)(d) et (e) indique cependant qu'il incombe à la Cour de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation « porterait atteinte » à la sécurité nationale. La différence de langage avec l'alinéa 83(1)(c) (« pourrait ») indique que le législateur a voulu une norme de preuve plus élevée pour la non-divulgation. La norme exigée et supportée par la jurisprudence pour la non-divulgation est celle de la prépondérance des probabilités.

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 canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
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 l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.
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. 3(1), (3)(f), 77(2) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194; 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(c) (mod. *idem*), (d) (mod., *idem*), (e) (mod., *idem*), 85.1(2)(b) (édité, *idem*), 85.2(c) (édité, *idem*).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 151.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.
Principes de Johannesburg : Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information, Doc. NU E/CN.4/1996/39.

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc. E/CN.4/1984/4.

Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, Doc. NU E/CN.4/1984/4.

CASES CITED

APPLIED:

Almrei (Re), 2009 FC 240, [2010] 2 F.C.R. 165, 342 F.T.R. 27; *Harkat (Re)*, 2009 FC 167, 339 F.T.R. 92, 80 Imm. L.R. (3d) 89; *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; *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; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 185 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275.

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; *Levi Strauss & Co. v. Era Clothing Inc.*, (1999), 42 C.P.C. (4th) 257, 1 C.P.R. (4th) 513, 172 F.T.R. 248 (F.C.T.D.); *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1393; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1; *McCabe v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 1262 (T.D.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fazalbhoy*, (1999), 162 F.T.R. 57, 48 Imm. L.R. (2d) 222 (F.C.T.D.); *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 420, [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, 258 D.L.R. (4th) 193, 135 C.R.R. (2d) 1; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, 42 Admin. L.R. (4th) 234; *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56; *Chalk River Technicians and Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2002 FCA 489, [2003] 3

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Almrei (Re), 2009 CF 240, [2010] 2 R.C.F. 165; *Harkat (Re)*, 2009 CF 167; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *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; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Levi Strauss & Co. c. Vêtements Era Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1181 (1^{re} inst.) (QL); *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1393; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *McCabe c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 1262 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fazalbhoy*, [1999] A.C.F. n° 51 (1^{re} inst.) (QL); *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 420, [2004] 4 R.C.F. 327; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, [2004] 3 R.C.F. 32; *Chalk River Technicians and Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2002 CAF 489, [2003] 3 C.F. 313; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 1, [2005] 3 R.C.F. 239.

F.C. 313, 298 N.R. 285; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 1, [2005] 3 F.C.R. 239, 249 D.L.R. (4th) 306, 41 Imm. L.R. (3d) 157.

REFERRED TO:

Ishmela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FC 838, 29 Imm. L.R. (3d) 204; *A.B. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (1997), 142 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *A.C. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1452; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, (1993), 51 C.P.R. (3d) 305, 69 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *International Water-Guard Industries Inc. v. Bombardier Inc.*, 2007 FC 285; *Vespoli v. Canada*, [1988] 2 F.C. 125, [1988] 1 C.T.C. 25, (1987), 15 F.T.R. 128 (T.D.); *Maple Leaf Mills Ltd. v. Baffin Bay (The)*, [1973] F.C. 1097 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125, 72 C.C.C. (3d) 214; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463, (1984), 7 D.L.R. (4th) 144, 3 Admin. L.R. 225, 10 C.C.C. (3d) 492 (C.A.); *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; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97, 83 Alta. L.R. (2d) 93; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, (1993), 141 A.R. 81, 103 D.L.R. (4th) 678, 82 C.C.C. (3d) 193; *Hijos v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154.

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “would”.

Treasury Board of Canada Secretariat. Policy on Government Security, February 1, 2002, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspxYid=12322>>.

APPLICATION by the named person and special advocates to have the Court address certain questions of law concerning upcoming supplementary disclosure in accordance with *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

APPEARANCES

Dominique Larochelle and Johanne Doyon for Adil Charkaoui.

DÉCISIONS CITÉES :

Ishmela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 838; *A.B. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1528 (1^{re} inst.) (QL); *A.C. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1452; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [1993] A.C.F. n° 1117 (1^{re} inst.) (QL); *International Water-Guard Industries Inc. c. Bombardier Inc.*, 2007 CF 285; *Vespoli c. Canada*, [1988] 2 C.F. 125 (1^{re} inst.); *Moulins Maple Leaf Ltée c. Baffin Bay (Le)*, [1973] C.F. 1097 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Hijos c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470.

DOCTRINE CITÉE

Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « would ».

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. Politique sur la sécurité du gouvernement du Canada, 1 février, 2002, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspxYid=12322>>.

DEMANDE de l'intéressé et des avocats spéciaux pour que la Cour adresse certaines questions de droit posées en lien avec une divulgation supplémentaire d'information à venir conformément à l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

ONT COMPARU

Dominique Larochelle et Johanne Doyon pour Adil Charkaoui.

François Joyal, Gretchen A. Timmins and Nancie Couture for ministers.

Denis Couture and François Dadour as special advocates.

No one appearing for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et La France, Montréal, and Doyon & Associés, Montréal, for Adil Charkaoui.

Deputy Attorney General of Canada for ministers.

Denis Couture and François Dadour as special advocates.

Filteau, Belleau, Montréal, for intervener.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

TREMBLAY-LAMER J.:

Introduction

[1] Further to the order issued by this Court on September 3, 2008, granting the motion by Mr. Charkaoui (the named party) and ordering the ministers to disclose “party-to-party” any relevant evidence or information whose disclosure would not be injurious to national security or to the safety of any person, the ministers filed a memorandum from the Assistant Director (Operations), Canadian Security Intelligence Service (CSIS), dated September 12, 2008, confirming the following:

[TRANSLATION] This is further to the September 3 order by Madam Justice Tremblay-Lamer.

On February 22, 2008, a summary that did not contain any item whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person was provided to the named person to enable him to be reasonably informed of the case made by the Ministers. The document provided to the named person was 60 pages long (including the appendices) and was accompanied by a binder containing approximately 64 documents. A revised summary was sent to the named person on September 11, 2008. It was accompanied by a binder containing four documents. This revised summary did not contain any item whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person.

François Joyal, Gretchen A. Timmins et Nancie Couture pour les ministres.

Denis Couture et François Dadour, à titre d’avocats spéciaux.

Aucune comparution pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et La France, Montréal, et Doyon & Associés, Montréal, pour Adil Charkaoui.

Le sous-procureur général du Canada pour les ministres.

Denis Couture et François Dadour, à titre d’avocats spéciaux.

Filteau, Belleau, Montréal, pour l’intervenant.

Voici les motifs de l’ordonnance et l’ordonnance rendus en français par

LA JUGE TREMBLAY-LAMER :

Introduction

[1] Suite à l’ordonnance émise par cette Cour le 3 septembre 2008 accueillant la requête de M. Charkaoui (l’intéressé) et ordonnant aux ministres de divulguer « partie à partie » toute preuve ou renseignement pertinent pouvant être divulgué sans porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui, les ministres ont déposé une note provenant du directeur adjoint du Renseignement, Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), datée du 12 septembre 2008 confirmant ce qui suit :

La présente fait suite à l’ordonnance émise par Madame le juge Tremblay-Lamer le 3 septembre dernier.

Le 22 février 2008, un résumé ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou celle d’autrui a été fourni à l’intéressé afin de lui permettre d’être suffisamment informé de la thèse des Ministres. Le document fourni à l’intéressé comptait 60 pages (incluant les annexes) et était accompagné d’un cahier comprenant quelques 64 pièces documentaires. Un résumé révisé a été envoyé à l’intéressé le 11 septembre 2008. Un cahier comprenant quatre pièces documentaires accompagnait le résumé révisé. Ce résumé révisé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou celle d’autrui.

To the best of my knowledge, through these summaries and appended documents, CSIS has disclosed to the named person all of the information and other relevant evidence, whether favourable or not to the Ministers' case, that could be disclosed to the named person without being injurious to national security or to the safety of any person.

[2] The purpose of this order was to respond to the concerns of the Court and to confirm that the ministers had applied the principles established in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*), that of the information and other evidence that they had filed in the Court docket at the same time as the certificate and on which they based their arguments, any evidence that could be disclosed to the named person, had been.

[3] This order was based strictly on the evidence that had already been filed by the ministers, and the term "party-to-party" communication in this context was intended to determine whether other classified information could be placed in the public file and thus provided to the named person.

[4] Since then, the context has changed. After hearing *in camera* the testimony of Canadian Security Intelligence Service employees, who described the extent of disclosure needed to comply with *Charkaoui II*, the Court learned that additional evidence was to be provided.

[5] On October 28, 2008, the Court issued an order explaining that the ministers and CSIS had filed before the designated proceedings section of the Court all the information and all intelligence linked to Mr. Adil Charkaoui, including rough copies, diagrams, recordings and photographs in the possession of CSIS.

[6] In a public direction dated February 18, 2009, the Court specified that this additional disclosure was to be received but not filed at this point in the proceeding, pending a decision by the Court on the merits of this issue.

[7] Since these orders, the named person has taken note of questions asked in four similar cases by Chief Justice

Au meilleur de ma connaissance, le SCRS a, par ces sommaires et documents y annexés, divulgué à l'intéressé tous les renseignements et autres éléments de preuve pertinents, favorables ou défavorables à la thèse des Ministres, pouvant être divulgués à l'intéressé sans porter préjudice à la sécurité nationale ou celle d'autrui.

[2] Cette ordonnance visait à répondre aux préoccupations de la Cour et à confirmer que les ministres avaient mis en application les principes établis dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*), à l'effet que des renseignements et autres éléments de preuve qu'ils avaient déposés au dossier de la Cour en même temps que le certificat et sur lesquels ils appuyaient leurs prétentions, tout élément de preuve qui pouvait être divulgué à l'intéressé l'avait été.

[3] Cette ordonnance reposait uniquement sur la preuve déjà déposée par les ministres et l'expression communication « partie à partie » dans ce contexte s'entendait de savoir si d'autres renseignements classifiés pouvaient être déposés au dossier public et ainsi fournis à l'intéressé.

[4] Depuis, le contexte a changé. Ainsi, après avoir entendu le témoignage à huis clos d'employés du Service canadien du renseignement de sécurité qui ont décrit l'étendue de la divulgation nécessaire pour se conformer à l'arrêt *Charkaoui II*, la Cour apprenait qu'une preuve additionnelle serait produite.

[5] Le 28 octobre 2008, la Cour émettait une ordonnance expliquant que les ministres et le SCRS avaient déposé à la section des instances désignées de la Cour toutes les informations et tous les renseignements liés à M. Adil Charkaoui, lesquels comprenaient notamment les brouillons, les diagrammes, des enregistrements et des photographies en la possession du SCRS.

[6] Dans une directive publique, datée du 18 février 2009, la Cour précisait que cette divulgation additionnelle devait être reçue et non déposée à ce stade des procédures et ce jusqu'à une décision de la Cour au mérite sur cette question.

[7] Depuis ces ordonnances, l'intéressé a pris acte des questions posées dans quatre dossiers similaires par le

Allan Lutfy in his order of January 2, 2009, as follows:

(a) What is the role of the designated judge with respect to the additional information disclosed by the Ministers pursuant to the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38? More specifically, does paragraph 62 of that decision require the judge to “verify” all information disclosed by the Ministers if the special advocates and solicitors for the Ministers all agree that a portion of that information is irrelevant to the issues before the Court?

(b) Should the information disclosed to the named persons and their solicitors be placed in the Court’s public files in these proceedings? If so, when?

[8] These questions had not been addressed in the order of September 3, 2008. The named person is asking the Court to address these issues of law concerning the upcoming supplementary disclosure.

[9] The special advocates also asked the Court in a communication dated December 5, 2008, to have the parties argue certain questions of law before the *in camera* hearings on their proposals for supplementary disclosure. These questions are as follows:

- What are the content and validity of the national security standard provided under the Act [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27]?

- Who bears the burden (through presentation or persuasion) of proving whether or not the disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person?

- What standard of proof is associated with this burden?

[10] The parties filed written submissions on all of these issues of law, and public hearings were held on March 10 and 11, 2009.

[11] This judgment aims to answer these questions.

juge en chef Lutfy dans son ordonnance du 2 janvier 2009 et qui sont les suivantes :

[TRADUCTION]

a) Quel est le rôle du juge désigné quant à l’information supplémentaire divulguée par les ministres en application de la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38? Plus spécifiquement, le paragraphe 62 de cette décision exige-t-il du juge qu’il « vérifie » toute l’information divulguée par les ministres si les avocats spéciaux et les avocats des ministres s’entendent tous à l’effet qu’une partie de cette information n’est pas pertinente aux questions soulevées devant la Cour?

b) L’information divulguée aux personnes intéressées et leurs avocats devrait-elle être déposée aux dossiers publics de la Cour dans le cadre de ces procédures ? Dans l’affirmative, à quel moment?

[8] Or, ces questions n’ont pas fait l’objet de l’ordonnance du 3 septembre 2008. L’intéressé demande à la Cour d’adresser ces questions de droit concernant la divulgation supplémentaire à venir.

[9] Les avocats spéciaux ont également demandé à la Cour, dans une communication datée du 5 décembre 2008, que certaines questions de droit puissent être débattues par les parties préalablement aux audiences à huis clos à être tenues sur leurs propositions de divulgations supplémentaires. Ces questions sont les suivantes :

- Quels sont le contenu et la validité de la norme de la sécurité nationale prévue par la Loi [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27]?

- Sur qui repose le fardeau (de présentation ou de persuasion) de prouver que la divulgation porte ou ne porte pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui?

- Quelle est la norme de preuve associée à ce fardeau?

[10] Les parties ont déposées des prétentions écrites sur toutes ces questions de droit et des audiences publiques ont eu lieu le 10 et le 11 mars 2009.

[11] Ce jugement vise à répondre à ces questions.

1. “Party-to-party” disclosure

[12] I believe that there is a distinction to be made between the supplementary disclosure of information filed by the ministers in support of the certificate (relevant information) and the additional information received but not filed (additional information) further to the order of October 28, 2008.

[13] Hence, I shall address the upcoming disclosure in two categories: the supplementary disclosure of relevant information (Phase I) and the disclosure of additional information further to *Charkaoui II*, above (Phase II).

A. The supplementary disclosure of relevant information (Phase I)

[14] Subsection 77(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194; 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) requires the Minister to file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based and a summary of this evidence for the named person:

77. ...

(2) When the certificate is referred, the Minister shall file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based, and a summary of information and other evidence that enables the person who is named in the certificate to be reasonably informed of the case made by the Minister but that does not include anything that, in the Minister’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

[15] As pointed out by the ministers, any additional summary that would be provided by the Court to the named person would address evidence that is already on file.

[16] Other evidence that until then had been classified would be provided to the named person pursuant to paragraphs 83(1)(d) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] and 83(1)(e) [as am. *idem*] of the IRPA and further to the proposals for disclosure and the answers from the ministers, if the Court decides that the evidence can be disclosed without being injurious to national security or

1. La divulgation « partie à partie »

[12] Une distinction s’impose, à mon avis, entre la divulgation supplémentaire de renseignements déposés par les ministres au soutien du certificat (renseignements pertinents), et les renseignements additionnels reçus mais non déposés (renseignements additionnels) reçus suite à l’ordonnance du 28 octobre 2008.

[13] Je traiterai donc de la divulgation à venir en deux volets, soit la divulgation supplémentaire des renseignements pertinents (Phase I) et la divulgation de renseignements additionnels en application de l’arrêt *Charkaoui II*, précité (Phase II).

A. La divulgation supplémentaire de renseignements pertinents (Phase I)

[14] Le paragraphe 77(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194; 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) exige le dépôt au dossier de la Cour des renseignements et autres éléments de preuve justifiant le certificat ainsi qu’un résumé de cette preuve vers l’intéressé :

77. [...]

(2) Le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier, ainsi qu’un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d’être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

[15] Comme le soulignent les ministres, si un résumé additionnel était fourni par la Cour à l’intéressé, celui-ci traiterait d’une preuve déjà déposée au dossier.

[16] C’est en application des alinéas 83(1)d) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] et 83(1)e) [mod., *idem*] de la LIPR et suite aux propositions de divulgation et aux réponses des ministres que d’autres éléments de preuve jusqu’alors classifiés seraient fournis à l’intéressé, la Cour jugeant qu’ils peuvent être connus sans porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. La

to the safety of any person. The IRPA does not have any provisions conferring on the named person the discretion to veto their being placed in the public files.

[17] On this point, my colleague, Madam Justice Dawson, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 240, [2010] 2 F.C.R. 165, at paragraph 60, recently stated that the open court principle requires that the information be placed in the public files:

The parties and the special advocates submit, and I agree, that because these summaries relate to information which is provided and relied upon by the ministers, and to what transpired in the *in camera* proceedings, the open court principle requires that these summaries be placed on the Court's public files.

[18] What about privacy considerations in such a case? For the named person, placing the supplementary evidence and information in the public file even before it is provided to the named person may further compromise the procedural fairness owed to him because this practice would destroy that party's right to protect the confidentiality of personal information that would be unduly prejudicial, contrary to the interests of justice.

[19] The named person submits that when the Crown sets up a file on an individual, it is required to establish the need for doing so, and to protect its confidentiality. There is no presumption that the named person has relinquished his or her privacy, including with respect to the information that he provided to CSIS or the Canada Border Services Agency since he provided it in a context where there was an expectation that this information would be treated in confidence.

[20] In this case, subsection 151(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules) permits the Court, on motion, to order that material to be filed be treated as confidential. Unless there is disclosure preceding the public filing with the Court, this power is or may be compromised.

LIPR ne prévoit aucune discrétion permettant à l'intéressé d'apposer un veto sur le dépôt au dossier public.

[17] Sur ce point, ma collègue la juge Dawson, dans l'affaire *Almrei (Re)*, 2009 CF 240, [2010] 2 R.C.F. 165, au paragraphe 60, affirmait récemment que le principe des procès publics exige que ces renseignements soient déposés au dossier public :

Je partage l'avis des parties et des avocats spéciaux selon lequel, étant donné que les résumés en l'espèce concernent de l'information que les ministres fournissent et utilisent ainsi que des renseignements sur ce qui s'est passé au cours des audiences à huis clos, il est nécessaire que ces résumés soient versés dans les dossiers publics de la Cour, eu égard au principe de la publicité des débats judiciaires.

[18] Qu'en est-il dans un tel cas des considérations liées à la vie privée? Pour l'intéressé, le dépôt en preuve publique de preuves et renseignements supplémentaires avant même leur communication à l'intéressé est susceptible de compromettre davantage l'équité procédurale à son égard puisque cette pratique anéantirait son droit de protéger la confidentialité de renseignements personnels qui seraient démesurément préjudiciables, contrairement à l'intérêt de la justice.

[19] L'intéressé soumet que l'État, lorsqu'il constitue un dossier sur une personne, est tenu d'en établir la nécessité, et d'en respecter la confidentialité. En effet, il n'existe aucune présomption que l'intéressé a renoncé à sa vie privée y compris quant aux renseignements qu'il a fournis au SCRS ou à l'Agence des services frontaliers du Canada puisqu'il les a fournis dans un contexte où il existait une expectative de confidentialité de ces renseignements.

[20] En l'espèce, le paragraphe 151(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (Règles) permet à la Cour, sur requête, d'ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels. Sans divulgation préalable au dépôt public de la Cour, ce pouvoir est compromis ou susceptible de l'être.

[21] Counsel also claim that rule 151 may be applied to enable the named person to assert his rights not only with respect to the evidence concerning his privacy but also regarding the admissibility and reliability of this evidence.

[22] In my opinion, a distinction should be made between the procedure to follow in determining the confidentiality of a document and its admissibility or reliability.

[23] Rule 151 enables the Court, on motion, to order that certain documents be treated as confidential. The reasons why the Court would make such an order have to do with privacy, for instance, the fear of reprisal against an applicant or his or her family (*Ishmela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 838, 29 Imm. L.R. (3d) 204; *A.B. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 142 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *A.C. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1452, 243 F.T.R. 211); proprietary, commercial and scientific interests (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305 (F.C.T.D.); and competitive harm (*International Water-Guard Industries Inc. v. Bombardier Inc.*, 2007 FC 285).

[24] It was never intended that a motion under this provision would address the admissibility of evidence. Thus, I am prepared to accept the possibility that information to be disclosed could be the subject of a motion under rule 151 (where it concerns the named person's privacy), but there is nothing to suggest that it could go beyond the context of a motion for a confidentiality order.

[25] As well, I would point out that rule 151 applies only to documents that have not yet been filed with the Court.

[26] Rule 151 on the filing of confidential documents reads as follows:

[21] Les procureures prétendent également que la règle 151 peut recevoir application pour permettre à l'intéressé de faire valoir ses droits non seulement quant aux éléments de preuve qui concernent sa vie privée mais aussi ses droits relatifs à l'admissibilité de cette preuve ainsi que sa fiabilité.

[22] À mon avis, une distinction s'impose entre la procédure à suivre lorsqu'il s'agit de déterminer la confidentialité d'un document et son admissibilité ou sa fiabilité.

[23] En effet, la règle 151 permet à la Cour, sur requête, d'ordonner que certains documents soient considérés comme confidentiels. Les motifs pour lesquels la Cour ordonne la confidentialité sont reliés à la vie privée, par exemple à la crainte de représailles contre le demandeur ou contre la famille d'un demandeur (*Ishmela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 838; *A.B. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1528 (1^{re} inst.) (QL); *A.C. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1452); aux droits exclusifs, commerciaux et scientifiques (*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [1993] A.C.F. n° 1117 (1^{re} inst.) (QL); et au préjudice concurrentiel (*International Water-Guard Industries Inc. c. Bombardier Inc.*, 2007 CF 285).

[24] En aucun temps il n'est prévu qu'une requête en vertu de cette disposition porte sur l'admissibilité de la preuve. Je suis donc prête à accepter la possibilité que des renseignements à être divulgués puissent faire l'objet d'une requête en vertu de la règle 151 (lorsque ceux-ci touchent des éléments concernant la vie privée de l'intéressé), mais de toute évidence, elle ne pourrait dépasser le cadre dans lequel s'inscrit une requête pour confidentialité.

[25] De plus, je note que la règle 151 s'applique uniquement aux documents qui n'ont pas encore été déposés au dossier de la Cour.

[26] La règle 151 sur le dépôt de documents confidentiels est rédigée ainsi :

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings. [My emphasis.]

[27] In *Harkat (Re)*, 2009 FC 167, 339 F.T.R. 92, Mr. Justice Noël applied rule 151 under circumstances similar to those in the case of Mr. Charkaoui. Rule 151 was used to mitigate the risks of violating Mr. Harkat's privacy and the serious harm he could suffer if certain summaries were placed in the Court's public files; all this was done in order to protect his most basic rights. Justice Noël gave Mr. Harkat the opportunity to review the summaries before placing them in the Court's public file, so that Mr. Harkat could decide whether he would file a motion for a confidentiality order under rule 151.

[28] I agree with Justice Noël's reasoning. However, I would add that, in order to avoid the difficulty associated with the terms of rule 151, which applies only to documents that have not yet been filed, I would invoke the rarely used rule 4 of the Rules, which pertains to matters not provided for, and is often called the "gap provision". Rule 4 reads as follows:

4. On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

[29] The novelty of the current situation, namely the requirement to produce summaries of the evidence and the *de facto* inapplicability of rule 151, means that rule 4 has not yet been applied in this context. However, the statements of Mr. Justice Evans in *Levi Strauss & Co. v. Era Clothing Inc.* (1999), 42 C.P.C. (4th) 257 (F.C.T.D.) are relevant. That case was an action for trade-mark infringement in which one of the parties brought a motion for a protective confidentiality order with respect to documents that had not yet been placed in the Court

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. [Je souligne.]

[27] Dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 167, le juge Noël a appliqué la règle 151 dans des circonstances semblables à celles du cas de M. Charkaoui. La règle 151 a été utilisée pour atténuer les risques d'atteinte à la vie privée de M. Harkat, et le préjudice grave qu'il pourrait subir si certains résumés étaient consignés au dossier public de la Cour, le tout dans le but de protéger ses droits les plus fondamentaux. Le juge Noël a donné à M. Harkat la possibilité d'examiner les résumés avant de les placer dans le dossier public de la Cour, pour que M. Harkat puisse décider s'il allait présenter une requête en confidentialité en vertu de la règle 151.

[28] Je souscris au raisonnement du juge Noël. J'ajouterais cependant que, pour contourner la difficulté que présente les termes de la règle 151, laquelle s'applique uniquement aux documents qui n'ont pas encore été déposés, j'invoquerais la règle 4 des Règles, assez rarement utilisée, qui porte sur les cas non prévus, règle souvent appelée « règle des lacunes ». La règle 4 est rédigée ainsi :

4. En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[29] La nouveauté de la situation présente, notamment l'exigence de production des résumés de la preuve et l'inapplicabilité *de facto* de la règle 151, signifie que la règle 4 n'a pas encore été appliquée dans ce contexte. Toutefois, les propos du juge Evans dans la décision *Levi Strauss & Co. c. Vêtements Era Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1181 (1^{re} inst.) (QL) sont pertinents. En l'espèce, il s'agissait d'une action en contrefaçon d'une marque de commerce dans le cadre de laquelle l'une des parties a présenté une requête afin qu'une ordonnance préventive

file because the parties were only at the discovery stage. Justice Evans stated in paragraph 27 of the decision:

No rule appears to provide specifically for the making of confidentiality orders with respect to material that is not to be filed, and thus does not fall under Rule 151. However, no such rule was contained in the previous Rules either. Nonetheless, the undertaking of confidentiality that is implied with respect to material disclosed in the course of discovery and elsewhere during the litigation process is sufficient to authorize the Court to issue confidentiality orders that cover material not included in Rule 151. This would seem to be an appropriate occasion for invoking Rule 4, the “gap” provision.

[30] Rule 4 is used to fill the gaps in procedural issues, not in substantive questions (*Vespoli v. Canada*, [1988] 2 F.C. 125 (T.D.)). The difference between “to be filed” and “have been filed” is a practical and procedural matter.

[31] I recognize that rule 4 must apply in a restrictive manner, and only to overcome certain difficulties in the application of the Rules, difficulties that could not have been foreseen when the Rules were written (see *Maple Leaf Mills Ltd. v. Baffin Bay (The)*, [1973] F.C. 1097 (T.D.)). It would be a euphemism to say that the problem caused by the expression “to be filed” in the context of summaries of confidential evidence, where the confidential evidence was filed and the summaries must also be considered filed, could have been avoided when the Rules were drafted. The application of a new legislative scheme (February 2008) in light of a subsequent judgment (*Charkaoui II*) raises factors that were difficult, if not impossible, to foresee.

[32] Even if we were to start from the premise that the Rules are in and of themselves a complete code and that they provide the tools needed to settle the issues brought to the Court, as indicated in *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1393, rule 4 is used as a last resort because, in this context, there would be no other way for Mr. Charkaoui to assert his rights with

de confidentialité soit rendue à l’égard de documents qui n’avaient pas encore été déposés au dossier de la Cour, en raison du fait que les parties n’en étaient qu’au stade des interrogatoires au préalable. Le juge Evans note au paragraphe 27 de la décision:

Aucune règle ne semble prévoir expressément la délivrance d’ordonnances de confidentialité à l’égard des documents ou éléments matériels qui ne seront pas déposés et qui ne sont donc pas visés par la règle 151. Toutefois, il n’existait pas non plus de disposition de ce genre dans les règles antérieures. Néanmoins, l’engagement de confidentialité qui est implicitement pris à l’égard des documents ou éléments matériels communiqués dans le cours des interrogatoires préalables et ailleurs pendant le litige suffit pour autoriser la Cour à rendre des ordonnances de confidentialité s’appliquant aux documents ou éléments matériels non visés par la règle 151. Il semblerait ici opportun d’invoquer la règle 4, la disposition relative aux “cas non prévus”.

[30] La règle 4 sert à combler les lacunes dans les questions de procédure, et non dans les questions de fond (*Vespoli c. Canada*, [1988] 2 C.F. 125 (1^{re} inst.)). La différence entre « qui seront déposés » et « qui ont déjà été déposés » est une question de pratique et de procédure.

[31] Je reconnais que la règle 4 doit s’appliquer de manière restrictive et seulement pour surmonter certaines difficultés dans l’application des Règles, difficultés qui n’auraient pu être prévues au moment de la rédaction des Règles (voir *Moulins Maple Leaf Ltée c. Baffin Bay (Le)*, [1973] C.F. 1097 (1^{re} inst.)). C’est un euphémisme que d’affirmer que le problème posé par l’expression « qui seront déposés » dans le contexte des résumés de preuve confidentielle, où la preuve confidentielle a été déposée et les résumés doivent être considérés comme déposés également, aurait pu être prévu lors de la rédaction des Règles. L’application d’un nouveau régime législatif (février 2008) à la lumière d’un jugement subséquent (*Charkaoui II*) soulève des particularités qui étaient difficiles voire impossibles à prévoir.

[32] Même si l’on part de la prémisse voulant que les Règles constituent en soi un code complet et qu’elles fournissent les outils nécessaires pour régler les affaires soumises à la Cour, comme l’affirme la décision *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1393, la règle 4 s’utilise en dernier recours puisque, dans le présent contexte, il n’y a pas d’autre solution qui

regard to the confidentiality of certain information that could affect his privacy.

[33] In brief, allowing the named person to bring a confidentiality motion is the appropriate remedy for the serious harm that he could suffer if he did not have the opportunity to bring such a motion. Preventing him from doing so because of the wording of a procedure that was written at a time when it would have been impossible to imagine the circumstances would needlessly aggravate the harm.

[34] The special advocates will be able to identify the *prima facie* evidence that could be the basis of a motion under rule 151 and bring it to the Court's attention *in camera* before public disclosure of the information. In fact, the ministers themselves have agreed to such an approach (transcripts of March 11, 2009, pages 109 and 110):

[TRANSLATION] ... so, at this point, you agree that this information, which would be raised by the special advocates, could be placed under seal and presented to the public counsel?

Mr. JOYAL: Absolutely, if the special advocates raise the argument, it will be given fair consideration and they will have to make a *prima facie* case, as they did before Justice Noël, that Rule 151 applies.

[35] In my opinion, the powers granted to the special advocates in paragraph 85.2(c) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the IRPA to “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national” enable them to proceed in this manner with my authorization.

[36] The Court would then delay placing this information in the public file. The information would be provided to the named person’s solicitors “party-to-party” for a period of 14 days to give them the opportunity, if necessary, to review the information and decide whether the named person wants to bring a motion under rule 151.

[37] At the end of this 14-day period, if no such motion has been served and filed, the information will be placed

permettrait à M. Charkaoui de faire valoir ses droits quant à la confidentialité de certains renseignements qui pourraient afficher sa vie privée.

[33] En résumé, permettre à l’intéressé de présenter une requête en confidentialité est la réparation qui convient au préjudice grave qu’il pourrait subir s’il n’avait pas la chance de présenter cette demande. L’empêcher de le faire en raison d’un libellé relatif à la procédure écrit à une époque où les circonstances n’auraient pu être imaginées aggraverait sans raison ce préjudice.

[34] Les avocats spéciaux pourront identifier les éléments de preuve qui peuvent faire l’objet *prima facie* d’une requête en vertu de la règle 151 et les porter à l’attention de la Cour à huis clos avant la divulgation publique des renseignements. D’ailleurs, les ministres ont eux même consentis à une telle démarche (transcription du 11 mars 2009, pages 109 et 110) :

[...] donc, à ce moment-là, vous êtes d’accord que ces éléments-là qui seraient soulevés par les avocats spéciaux pourraient être mis sous scellé et présentés aux avocates publiques?

M^e JOYAL : Absolument, si les avocats spéciaux soulèvent l’argument, il sera considéré à sa juste valeur et ils devront, comme ils l’ont fait devant le juge Noël, démontrer de façon *prima facie* que l’application de la règle 151 est mise en cause.

[35] À mon avis, les pouvoirs qui sont conférés aux avocats spéciaux à l’alinéa 85.2c) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR d’ « exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent » leur permettent de faire une telle démarche avec mon autorisation.

[36] La Cour retardera alors le dépôt de ces renseignements au dossier public. Ceux-ci seront remis aux procureures de l’intéressé « partie à partie » pour une période de 14 jours afin de leur permettre, le cas échéant, de réviser l’information et de prendre une décision si l’intéressé désire présenter une requête en vertu de la règle 151.

[37] À l’expiration de ce délai, en l’absence d’une telle requête ayant été signifiée et déposée, l’information sera

in the public file. If a motion is brought, the documents will be kept under seal until the Court has disposed of the matter.

[38] The Court points to the applicable principles for bringing such a motion. The test that must be met to make an order of confidentiality under rule 151 was set out in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, at paragraph 53:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

[39] *McCabe v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 1262 (T.D.) (QL), reiterates that concerns about confidentiality, absent the presence of subjective and objective criteria, are not sufficient to grant a confidentiality order (at paragraph 8):

The justifiable desire to keep one's affairs private is not, as a matter of law, a sufficient ground on which to seek a confidentiality order. In order to obtain relief under Rule 151, the Court must be satisfied that both a subjective and an objective test are met. See: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1999] F.C.J. No. 808 (A-289-98, A-315-98, A-316-98, (May 11, 1999, (F.C.A.)) affirming (1998) 81 C.P.R. (3d) 121. Subjectively, the party seeking relief must establish that it believes its interest would be harmed by disclosure. Objectively, the party seeking relief must prove, on a balance of probabilities, that the information is in fact confidential.

[40] This position is also reflected in the area of immigration. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fazalbhoy* (1999), 162 F.T.R. 57 (F.C.T.D.), a motion had been brought for an order of

déposée au dossier public. Si une requête est présentée, les documents seront gardés sous scellé jusqu'à ce que la Cour tranche la question.

[38] La Cour rappelle les principes applicables pour présenter une telle requête. Le test qui doit être rencontré pour l'émission d'une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 a été formulé dans la décision *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, au paragraphe 53 :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[39] La décision *McCabe c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 1262 (1^{re} inst.) (QL), réitère que des préoccupations quant à la confidentialité, sans la présence des critères subjectifs et objectifs, ne sont pas suffisantes afin d'obtenir l'émission d'une ordonnance de confidentialité (au paragraphe 8) :

Le désir légitime de tout un chacun de garder privées ses affaires ne constitue pas en droit un motif suffisant pour solliciter une ordonnance de confidentialité. La Cour n'ordonne la mesure de protection prévue à la règle 151 que si elle est convaincue que la partie requérante satisfait au double critère subjectif et objectif à observer en la matière; cf. *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (A-289-98, A-315-98, A-316-98, 11 mai 1999, C.A.F.) confirmant la décision rapportée dans (1998), 81 C.P.R. (3d) 121. Sur le plan subjectif, la partie requérante doit prouver qu'elle est convaincue que la divulgation nuirait à ses intérêts. Objectivement, elle doit prouver, selon la norme de la probabilité la plus forte, que les renseignements en question sont en fait confidentiels.

[40] Cette position est reflétée également dans le domaine de l'immigration. Ainsi, dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fazalbhoy*, [1999] A.C.F. n° 51 (1^{re} inst.) (QL), une

confidentiality to protect the information provided by the named person in his application for Canadian citizenship. Mr. Justice Gibson denied this motion, stating as follows in paragraph 11:

Any undertaking of confidentiality given by the Minister is not binding on this Court. The respondent has provided no special reasons to justify protection of his personal information on the records of this Court. His reliance on the words on the form provided for his use, the desire to which he attests to keep his affairs private and the fact that his personal information is before this Court not by reason of his own initiative provide a basis for sympathy for the respondent's position. But those considerations do not discharge the onus on him to justify a confidentiality order.

[41] Unfortunately, when it comes to admissibility and reliability, rule 151 is of no use. As indicated above, exhaustive research of the jurisprudence clearly demonstrates that the reasons for a motion for confidentiality never address the exclusion of evidence.

[42] Moreover, rule 4 cannot be used to fill this gap because it is not a matter of procedure but of substance, to which rule 4 does not apply (*Vespoli v. Canada*, above).

[43] However, paragraph 85.1(2)(b) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] provides that one of the responsibilities of the special advocate is to challenge the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the named person.

[44] In my opinion, it would be up to the special advocates to make a specific motion to the Court if an issue were raised concerning the admissibility or reliability of classified evidence to be placed in the public file. In this case, the placing on the public file would be delayed until the Court has ruled on the issue.

ordonnance de confidentialité était demandée afin de protéger l'information fournie par le demandeur dans son formulaire de demande de citoyenneté canadienne. En refusant de faire droit à la demande, le juge Gibson indique au paragraphe 11 :

Tous les engagements de confidentialité donnés par le ministre ne lient pas la présente Cour. L'intimé n'a mentionné aucune raison spéciale pouvant justifier que les renseignements personnels qu'il a fournis soient considérés comme confidentiels dans les dossiers de la présente Cour. Le fait qu'il s'appuie sur les mots « confidentiel une fois rempli » utilisés dans le formulaire mis à sa disposition et qu'il souhaite garder ses affaires privées et le fait que des renseignements le concernant se retrouvent devant la Cour sans qu'il l'ait demandé sont certes propres à attirer la sympathie de la Cour, mais ces considérations ne suffisent pas pour conclure qu'il s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de justifier la délivrance d'une ordonnance de confidentialité.

[41] Quant à l'admissibilité et la fiabilité de la preuve, malheureusement, la règle 151 n'est d'aucune utilité. Comme nous l'avons vu ci-haut, une recherche exhaustive de la jurisprudence démontre clairement que les motifs pour demander une requête en confidentialité ne portent jamais sur une exclusion à la preuve.

[42] De plus, la règle 4 ne peut servir à combler cette lacune puisqu'il ne s'agit pas d'une question de procédure mais d'une question de fond, auquel cas la règle 4 ne trouve aucune application (*Vespoli c. Canada*, précité).

[43] Par contre, l'alinéa 85.1(2)(b) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] prévoit qu'une des responsabilités de l'avocat spécial est de tester la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre mais non communiqués à l'intéressé.

[44] À mon avis, il reviendrait donc aux avocats spéciaux de présenter à la Cour une requête ciblée si une question litigieuse se soulevait quant à l'admissibilité ou la fiabilité d'une preuve classifiée à être déposée au dossier public. Dans un tel cas, le dépôt au dossier public serait retardé jusqu'à la détermination par la Cour de la question litigieuse.

Additional information under *Charakaoui* II (Phase II)

[45] The ministers agree with the named person that the additional information that the Court ordered be communicated under *Charakaoui* II, above, should not automatically be filed in the Court docket.

[46] The ministers submit that this evidence must be distinguished from the information and other evidence that the ministers already filed in the docket at the same time as the certificate, in accordance with subsection 77(2) of the IRPA, on which they rely in arguing their positions.

[47] I agree that to start, non-confidential information, if any, would first be transmitted “party-to-party” to the named person.

[48] With regard to information that is confidential, the designated judge would not have to verify the reliability and accuracy of the information that the ministers and special advocates agree is not relevant.

[49] On this point, Madam Justice Dawson, in *Almrei*, above, was of this opinion. She stated as follows (at paragraphs 16–18):

The provision for a special advocate, clothed with such a mandate and responsibilities, reflects Parliament’s presumed intent to assure a fair hearing in compliance with section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The special advocate is in a position to be familiar with the case to be advanced on behalf of the person named in a security certificate and to assist the person concerned to know, to the extent possible, the case to be met, as required by the Supreme Court in *Charakaoui* 1 at paragraphs 64 and 65.

Having regard to the special advocate’s experience at the bar, his or her opportunity to be briefed by the person named in a security certificate, and the mandate and powers given to the special advocate, I am satisfied that the situation is distinguishable from that before the Supreme Court in *Charakaoui* 2. I am also satisfied by those factors that the special advocate has the means at his or her disposal to protect the interests of the

Les renseignements additionnels en application de l’arrêt *Charakaoui* II (Phase II)

[45] Les ministres s’entendent avec l’intéressé que les renseignements additionnels dont la communication a été ordonnée par la Cour en application de l’arrêt *Charakaoui* II, précité, ne fassent pas automatiquement partie du dossier de la Cour.

[46] Pour les ministres, ces éléments sont à distinguer des renseignements et autres éléments de preuve que les ministres ont déjà déposés au dossier en même temps que le certificat en conformité avec le paragraphe 77(2) de la LIPR et sur lesquels ils s’appuient afin de démontrer leurs prétentions.

[47] Je suis d’accord qu’en premier lieu, les renseignements non confidentiels, s’il en existe, seraient d’abord transmis « partie à partie » à l’intéressé.

[48] Pour ce qui est des renseignements qui sont confidentiels, le juge désigné n’aurait pas à vérifier la fiabilité et l’exactitude des renseignements au sujet desquels les ministres et les avocats spéciaux s’entendent pour dire qu’ils ne sont pas pertinents.

[49] Sur ce point, la juge Dawson, dans le cadre de l’affaire *Almrei*, précitée, était de cet avis. Elle affirmait (aux paragraphes 16 à 18) :

La création du poste d’avocat spécial investi du mandat et des responsabilités susmentionnés traduit l’intention présumée du législateur d’assurer une audience impartiale, conformément à l’article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L’avocat spécial est en mesure de bien se familiariser avec la thèse qui sera invoquée au nom de l’intéressé et d’aider cette personne à connaître dans la mesure du possible les allégations à réfuter, comme l’a exigé la Cour suprême dans l’arrêt *Charakaoui* 1, aux paragraphes 64 et 65.

Eu égard à l’expérience de l’avocat spécial au barreau, à la possibilité qu’il a d’être informé de la thèse de la personne visée par le certificat de sécurité ainsi qu’au mandat et aux pouvoirs qui lui sont confiés, je suis d’avis que la situation est différente de celle dont la Cour suprême était saisie dans l’arrêt *Charakaoui* 2. Un examen de ces facteurs m’amène également à conclure que l’avocat spécial est en mesure de défendre les

person named in the security certificate by, amongst other things, identifying confidential information or evidence that is not pertinent.

Thus, where the ministers and the special advocate agree that material disclosed by the ministers pursuant to *Charkaoui 2* (*Charkaoui 2* disclosure) is irrelevant to the issues before the Court, the Court may rely upon that agreement. In such a case, the Court need not verify information that the ministers and the special advocate agree to be irrelevant.

[50] I am of the same opinion. When the ministers and special advocates agree that the confidential information received by the Court further to *Charkaoui II*, above, is not relevant, the Court can rely on this agreement.

[51] With regard to confidential information that might be considered relevant (particularly by the special advocates since the ministers have stated that only information filed with the Court at the same time as the certificate is relevant), a summary would be provided to the named person on a “party-to-party” basis where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person (paragraph 83(1)(e) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the IRPA).

[52] Any disagreement between the ministers and special advocates that might arise will be arbitrated by the Court. The information in question or any summary that could result from it would only be part of the Court docket if one of the parties or the special advocates filed it in evidence.

2. The national security standard

A. The content and validity of the national security standard

Positions of the parties

(i) The named person

[53] Counsel for the named person submit that a constitutional interpretation of the standard under the

intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité en déterminant, notamment, les renseignements ou autres éléments de preuve confidentiels qui ne sont pas pertinents.

En conséquence, lorsque les ministres et l’avocat spécial conviennent que certains éléments divulgués par les ministres conformément à l’arrêt *Charkaoui 2* (présentation exigée par *Charkaoui 2*) ne sont pas pertinents quant aux questions dont la Cour est saisie, celle-ci peut se fonder sur cet accord. En pareil cas, la Cour n’est pas tenue de vérifier les renseignements dont les ministres et l’avocat spécial conviennent qu’ils ne sont pas pertinents.

[50] Je suis du même avis. Lorsqu’il y a entente entre les ministres et les avocats spéciaux que des renseignements confidentiels reçus par la Cour suite à l’arrêt *Charkaoui II*, précité, ne sont pas pertinents, la Cour peut se fier à cette entente.

[51] Pour ce qui est des renseignements confidentiels qui pourraient être considérés pertinents (particulièrement par les avocats spéciaux puisque les ministres ont affirmé que seuls les renseignements déposés au dossier de la Cour en même temps que le certificat sont pertinents), un résumé serait fourni à l’intéressé « partie à partie » lorsque la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (alinéa 83(1)e) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR).

[52] Tout différend entre les ministres et les avocats spéciaux qui pourrait advenir sera arbitré par la Cour. Les renseignements en cause ou tout résumé qui pourrait en émaner ne ferait partie du dossier de la Cour que si l’une des parties ou les avocats spéciaux les déposaient afin de servir de preuve.

2. La norme de sécurité nationale

A. Le contenu et la validité de la norme de sécurité nationale

Position des parties

i) L’intéressé

[53] Les procureures de l’intéressé soumettent qu’une interprétation constitutionnelle de la norme à la LIPR,

IRPA in accordance with the principles of fundamental justice requires that the national security standard set out in the IRPA be aimed at the life of the nation, its territorial integrity or its political independence.

[54] The evidence provided by the ministers regarding the existence of a public interest privilege in the broad sense and the determination of non-disclosure based on part of the criteria from the jurisprudence decided under the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) are insufficient in the context of Division 9 [sections 76–87.2] of the IRPA to meet the security standard requirement for non-disclosure of evidence that the ministers filed in support of the security certificate or the inadmissibility of the named person.

[55] The constitutional interpretation that is used must comply with the international instruments to which Canada is signatory because the IRPA contains this requirement of compliance with international law in paragraph 3(3)(f), which is determinative and which is not in the CEA or the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2].

[56] Counsel for the named person point out that the provisions of section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the CEA set out a complete code whereby the judge is required to weigh the public interest despite any injury to national public security, and may disclose evidence that may be injurious to national security if it is in the public interest to do so (*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547), unlike the IRPA, which does not confer any similar residual discretionary power (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*)).

[57] Thus, under the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. 1976 No. 47 (Civil Pact) and the related tools (including the *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN Doc. E/CN.4/1984/4 (Siracusa Principles), restated in the *Johannesburg Principles: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (Johannesburg Principles)), national security may only

en conformité avec les principes de justice fondamentale, commande que le contenu de la norme de sécurité nationale prévue à la LIPR vise l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique.

[54] La preuve par les ministres de l'existence d'un privilège d'intérêt public au sens large et la détermination d'une non-divulgence selon une partie des critères de la jurisprudence rendue dans le cadre de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC) ne suffisent pas, dans le contexte de la section 9 [articles 76 à 87.2] de la LIPR, à répondre à l'exigence de la norme de sécurité prévue pour fin de non-divulgence d'une preuve que les ministres déposent au soutien du certificat de sécurité ou demande d'interdiction de territoire contre la personne.

[55] L'interprétation constitutionnelle à retenir doit se conformer aux instruments internationaux dont le Canada est signataire parce que la LIPR contient cette exigence de conformité au droit international, à l'alinéa 3(3)(f), qui est déterminante et qui est absente de la LPC ou de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] antérieure.

[56] Les procureures de l'intéressé soulignent que les dispositions de l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusive-ment (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la LPC prévoient un code complet où le juge est requis de soupeser l'intérêt public malgré le préjudice à la sécurité nationale et peut divulguer la preuve portant préjudice à la sécurité nationale pour des raisons d'intérêt public (*Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547), contrairement à la LIPR qui ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*)).

[57] Ainsi, en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (Pacte civil) et des outils qui s'y rattachent (tels que les *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations*, Doc. NU E/CN.4/1984/4 (Principes de Syracuse), reconduits par les *Principes de Johannesburg : Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996) (Principes de Johannesburg)),

be invoked to justify measures to protect the life of the nation, the integrity of its territory or its political independence against force or threat.

[58] In applying these principles, the House of Lords in *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, set aside the indefinite detention of foreigners who cannot be deported from the United Kingdom, stating that national security demands more than a threat of isolated terrorism and cannot be assimilated to the national interest. The national interest is defined as that which “concerns the defence and maintenance of the social, political and economic stability of Canada” (Government Security Policy, February 1, 2002, Treasury Board of Canada Secretariat, available online at <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12322>>).

[59] The definitions of national security adopted by the Federal Court before the Supreme Court’s *Charkaoui* cases cannot be used without violating the requirements of paragraph 3(3)(f) of the IRPA.

[60] In the past, the principles of fundamental justice recognized in criminal matters were not applicable to immigration or security certificate matters, but this is no longer so since the Supreme Court’s *Charkaoui* cases.

(ii) The ministers

[61] After taking into consideration the general objectives of the IRPA and its context, including provisions on inadmissibility, the ministers pointed out that the overriding public interest is the protection of information whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. They submit that the named person proposes an approach that would render ineffective the legislative protections for information and other evidence whose disclosure would be injurious to national security.

[62] They also point out that the Canadian courts have often emphasized the pre-eminence of the public interest in maintaining the confidentiality of information sources

la sécurité nationale peut être invoquée seulement pour justifier des mesures pour protéger l’existence de la nation, l’intégrité de son territoire ou son indépendance politique contre la force ou la menace.

[58] En application de ces principes, la Chambre des lords dans l’affaire *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, annulant la détention indéfinie des étrangers non déportables du Royaume-Uni, affirmait que la sécurité nationale exige plus qu’une menace de terrorisme isolée et ne peut être assimilée non plus à l’intérêt national. L’intérêt national est défini comme étant ce qui « concerne la défense et le maintien de la stabilité sociopolitique et économique du Canada » (Politique sur la sécurité du gouvernement du Canada, 1 février 2002, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, disponible en ligne sur <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12322>>).

[59] Les définitions de la sécurité nationale retenues par la Cour fédérale avant les arrêts *Charkaoui* de la Cour suprême ne sauraient être retenues sans violer les exigences de l’alinéa 3(3)f) de la LIPR.

[60] Antérieurement, les principes de justice fondamentale reconnus en matière criminelle étaient inapplicables en matière d’immigration ou de certificats de sécurité, ce qui n’est plus le cas depuis les arrêts *Charkaoui* de la Cour suprême.

ii) Les ministres

[61] Après avoir tenu compte des objectifs généraux de la LIPR et du contexte de celle-ci, qui comprend des dispositions en matière d’interdiction de territoire, les ministres rappellent que l’intérêt public prééminent est la protection des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. Pour ceux-ci, l’intéressé propose une approche qui priverait de tout effet les protections législatives accordées aux renseignements et autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[62] Ils rappellent également que les tribunaux canadiens ont maintes fois souligné l’intérêt prééminent du public pour le maintien de la confidentialité des sources de

that concern national security (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, page 744 (*Chiarelli*)) and that the most important public interest is national security (*Goguen v. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), page 479).

[63] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court ruled on the meaning of the expression “danger to the security of Canada” and found that this phrase “is not unconstitutionally vague” (paragraph 83) and should be given a “large and liberal interpretation in accordance with international norms” (paragraph 85). It specified that [at paragraph 88] “not only an immediate threat but also possible future risks must be considered.”

[64] The ministers also rely on the decision of Justice Noël in *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 (*Arar Commission of Inquiry*), which addressed the meaning of “national security” under section 38.06 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA, and found that “‘national security’ means at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada” (paragraph 68) (my emphasis).

[65] In *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 420, [2004] 4 F.C.R. 327, the Court emphasized the consequences to national security of the inopportune disclosure of information obtained by CSIS.

[66] The different types of information whose confidential nature has to be protected were addressed in *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52. They include information obtained from human sources, information obtained from CSIS agents where the disclosure would identify the agent and put the agent’s life in danger, information about ongoing investigations, secrets obtained from foreign countries or foreign intelligence agencies

renseignements intéressant la sécurité nationale (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 744 (*Chiarelli*)), et que l’intérêt public le plus important est la sécurité nationale (*Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), à la page 479).

[63] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême s’est prononcée sur le sens de l’expression « danger pour la sécurité nationale du Canada » et a conclu que cette notion « n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle » (paragraphe 83), et qu’elle devait être interprétée « d’une manière large et équitable, et en conformité avec les normes internationales » (paragraphe 85). Elle précisait [au paragraphe 88] qu’« il faut tenir compte non seulement des menaces immédiates, mais aussi des risques éventuels ».

[64] Les ministres s’appuient également sur la décision du juge Noël dans *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 (*Commission d’enquête Arar*), qui s’est penché sur le sens du concept de « sécurité nationale » tel qu’il ressort de l’article 38.06 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC pour conclure que « la “sécurité nationale” s’entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada » (paragraphe 68) (je souligne).

[65] Dans la décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 420, [2004] 4 R.C.F. 327, la Cour a insisté sur les conséquences pour la sécurité nationale d’une divulgation inopportune des renseignements obtenus par le SCRS.

[66] Les différents types de renseignements dont on doit protéger le caractère confidentiel ont été adressés dans la décision *Harkat (Re)*, 2005 CF 393. Ils comprennent les renseignements provenant des sources humaines, des renseignements provenant d’agents du SCRS lorsque la divulgation permettrait d’identifier l’agent et mettrait sa vie en péril, les renseignements concernant les enquêtes en cours, les secrets transmis par les pays étrangers ou les

where unauthorized disclosure would cause other countries or agencies to decline to entrust their own secret information to an insecure or untrustworthy recipient, and information about the technical means and capacities of surveillance used by CSIS.

ANALYSIS

[67] At the outset, I would like to point out that it is important that the Court analyse the concept of the national security standard in light of the objectives of the IRPA, in the context of the relevant jurisprudence on this issue, which cannot be disregarded merely because of legislative amendments to Division 9 of the IRPA and more specifically to paragraph 3(3)(f) of the IRPA.

[68] Despite the suggestion by counsel for the named person to simply erase the teachings of prior jurisprudence and “start afresh”, such an approach would not be desirable because it would run the risk of an interpretation that is contrary to the intention of Parliament and the principles and policies underlying immigration law.

[69] The relevant objectives in the IRPA are in subsection 3(1) of the Act and explicitly show Parliament’s intent to give priority to security.

[70] In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539 the Supreme Court recognized that these objectives marked “a change from the focus in the predecessor statute, which emphasized the successful integration of [named persons] more than security” (paragraph 10).

[71] Moreover, as the ministers stated, Canadian courts have recognized the legitimate public interest in protecting the sources of information involving national security (*Chiarelli*, above; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, restated in *Charkaoui I*, above, paragraph 58).

services de renseignement étrangers lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n’est pas digne de confiance, et les renseignements concernant les techniques et moyens de surveillance employés par le service.

ANALYSE

[67] D’emblée, je souligne qu’il est important que la Cour analyse le concept de la norme de sécurité nationale à la lumière des objectifs de la LIPR, dans le contexte de la jurisprudence pertinente à cette question, laquelle ne peut être écartée du simple fait de l’adoption des modifications législatives à la Section 9 de la LIPR et plus particulièrement de l’alinéa 3(3)f) de la LIPR.

[68] Malgré l’invitation des procureures de l’intéressé de faire table rase des enseignements de la jurisprudence antérieure et « d’ouvrir des sentiers nouveaux », une telle approche ne serait pas souhaitable puisqu’elle risquerait une interprétation contraire à l’intention du législateur et des principes et politiques sous-jacents au droit de l’immigration.

[69] En effet, les objets pertinents de la LIPR se retrouvent au paragraphe 3(1) de la Loi et révèlent explicitement la volonté du législateur de donner priorité à la sécurité.

[70] Dans l’affaire *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, la Cour suprême reconnaissait que ces objets pertinents démontrent un « changement d’orientation par rapport à la loi précédente, qui accordait plus d’importance à l’intégration des demandeurs qu’à la sécurité » (paragraphe 10).

[71] De plus, comme le souligne les ministres, les tribunaux canadiens ont reconnu l’intérêt public légitime dans la protection des sources de renseignements mettant en jeu la sécurité nationale (*Chiarelli*, précité; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, repris dans l’arrêt *Charkaoui I*, précité, au paragraphe 58).

[72] How does the concept of national security apply in this context?

[73] The concept of national security was primarily interpreted by the Supreme Court in *Suresh*, above, and restated several times afterwards. The Supreme Court found that this concept is not unconstitutionally vague, while recognizing that the phrase “danger to the security of Canada” is difficult to define. However, the Court stated that the phrase “danger to the security of Canada” should be given a large and fair interpretation in accordance with international norms, that “the determination of what constitutes a ‘danger to the security of Canada’ is highly fact-based and political in a general sense” and that “[a]ll this suggests a broad and flexible approach to national security” (paragraph 85). The Court also concluded [at paragraph 88] “that to insist on direct proof of a specific threat to Canada” would set the bar too high.

[74] More recently, in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, the Federal Court of Appeal was asked to review the scope of paragraph 3(3)(f) of the IRPA. It confirmed that the IRPA had to be interpreted and applied in a manner that complies with the relevant international instruments under paragraph 3(3)(f), unless this is impossible under the modern legislative interpretation.

[75] However, the Court noted that a “consideration of the range of instruments potentially falling within paragraph 3(3)(f) may suggest that Parliament did not intend them all to be determinative” (paragraph 84), that the range of instruments is “uncertain” (paragraph 86), and that “Parliament intended them to be used as persuasive and contextual factors in the interpretation and application of IRPA, and not as determinative” (paragraph 89).

[76] As seen above, the named person is proposing a restrictive interpretation of the national security standard whereby the government would be justified to claim

[72] Qu’en est-il dans ce contexte de la notion de sécurité nationale ?

[73] La notion de sécurité nationale a été interprétée principalement par la Cour suprême dans l’arrêt *Suresh*, précité, et repris maintes fois par la suite. La Cour suprême a conclu que cette notion n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle, tout en reconnaissant que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » est difficile à définir. Elle affirme toutefois qu’il faut interpréter l’expression « danger pour la sécurité du Canada » d’une manière large et équitable et en conformité avec les normes internationales, que « la conclusion qu’il existe ou non un “danger pour la sécurité du Canada” repose en grande partie sur les faits et ressortit à la politique, au sens large » et que ces « éléments militent en faveur de l’application d’une approche large et souple en matière de sécurité nationale » (paragraphe 85). Elle concluait également [au paragraphe 88] qu’un « critère requérant la preuve directe d’un risque précis pour le Canada » serait trop exigeant.

[74] Plus récemment, dans l’affaire *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, la Cour d’appel fédérale a été appelée à examiner la portée de l’alinéa 3(3)f de la LIPR. Elle confirmait que la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière compatible avec les instruments visés à l’alinéa 3(3)f, à moins que ce ne soit impossible selon l’approche moderne de l’interprétation législative.

[75] Elle constatait cependant qu’un « examen de l’éventail d’instruments pouvant être visés à l’alinéa 3(3)f peut donner à penser que le législateur ne voulait pas qu’ils soient tous déterminants » (paragraphe 84), que cet éventail « est incertain » (paragraphe 86), et « que le législateur voulait qu’ils soient utilisés comme facteurs persuasifs et contextuels pour l’interprétation et l’application de la LIPR, et non comme facteurs déterminants » (paragraphe 89).

[76] Comme nous l’avons vu ci-haut, l’intéressé propose une interprétation de la norme de sécurité nationale restrictive où le gouvernement ne serait bien fondé de

confidentiality only to protect the life of the nation, the integrity of its territory or its political independence against force or threat.

[77] The named person is relying on the interpretation manual of the Civil Pact, the Siracusa Principles restated by the Johannesburg Principles in which the international experts found that any restriction on access to information based on security can only be justified when the life of the nation or the integrity of its territory would be in peril.

[78] In my opinion, such an interpretation is too restrictive and does not take into consideration Canadian domestic law, which has recognized the validity of claiming confidentiality in other situations.

[79] In *Charkaoui I*, above, the Supreme Court noted that the scope of non-communication in connection with national security can be quite broad (paragraph 61). One of the examples it gave in this regard was the need to protect society or when information has been provided by countries or informants on condition that it not be disclosed or that information may be so sensitive that it cannot be communicated without compromising public security. These illustrations demonstrate that in Canadian domestic legislation, the scope of the communication is not limiting to the point where the only acceptable reason for non-disclosure would be the very life of the nation, its territorial integrity or its political independence, as advanced by counsel for the named person.

[80] As my colleague Justice Simon Noël pointed out in the *Arar Commission of Inquiry*, above, after an exhaustive review of Canadian domestic law, “national security” means at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada” (paragraph 68).

[81] The information that has to be protected by the Court was “codified” by my colleague Justice Eleanor Dawson in *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, paragraph 89. The relevant passage is reproduced here:

revendiquer la confidentialité que pour protéger l’existence de la nation, l’intégrité de son territoire ou son indépendance politique contre la force ou la menace.

[77] L’intéressé s’appuie sur le guide d’interprétation du Pacte civil soit les Principes de Syracuse reconduits par les Principes de Johannesburg dans lesquels les experts internationaux concluent que toute restriction à l’accès à l’information au motif de sécurité ne peut être justifiée que lorsque l’existence même de la nation ou son intégrité territoriale serait en péril.

[78] À mon avis, une telle interprétation est trop restrictive et ne tient pas compte du droit interne canadien qui a reconnu le bien-fondé de revendiquer la confidentialité dans d’autres situations.

[79] En effet, dans l’arrêt *Charkaoui I*, précité, la Cour suprême rappelait que l’étendue de la non communication dans le contexte de la sécurité nationale peut être assez vaste (paragraphe 61). Elle donnait comme exemple de possibilité de non communication la nécessité de protéger la société ou encore que des renseignements puissent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu’ils ne soient pas divulgués, que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. Ces illustrations démontrent qu’en droit interne canadien l’étendue de la communication n’est pas limitative au point où le seul motif acceptable de non-divulgence serait l’existence même de la nation ou son intégrité territoriale, tel que le souhaitent les procureures de l’intéressé.

[80] Comme l’a souligné mon collègue le juge Simon Noël dans l’affaire *Commission d’enquête Arar*, précitée, et ce après une revue exhaustive de droit interne canadien, « “sécurité nationale” s’entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada » (paragraphe 68).

[81] Les renseignements devant être protégés par la Cour ont été « codifiés » par ma collègue, la juge Eleanor Dawson dans la décision *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, au paragraphe 89. Je reproduis ici le passage pertinent :

Examples of information of the type that must be kept confidential include:

1. Information obtained from human sources, where disclosure of the information would identify the source and put the source's life in danger (see the decision of Madam Justice McGillis in *Ahani*, *supra* at paragraph 19 where Justice McGillis discusses when human source information may be disclosed). As well, jeopardizing the safety of one human source will make other human sources or potential human sources hesitant to provide information if they are not assured that their identity will be protected.
2. Information obtained from agents of the Service, where the disclosure of the information would identify the agent and put the agent's life in danger.
3. Information about ongoing investigations where disclosure of the information would alert those working against Canada's interest and allow them to take evasive action.
4. Secrets obtained from foreign countries or foreign intelligence agencies where unauthorized disclosure would cause other countries or agencies to decline to entrust their own secret information to an insecure or untrustworthy recipient. (See *Ruby*, *supra* at paragraph 43 and following for discussion of the fact that Canada is a net importer of intelligence information, and such information is necessary for the security and defence of Canada and its allies.)
5. Information about the technical means and capacities of surveillance and about certain methods or techniques of investigation of the Service when disclosure would assist persons of interest to the Service to avoid or evade detection or surveillance or the interception of information.

[82] These criteria are well established in Canadian domestic law and correspond in large part to the examples provided by the Supreme Court in *Charkaoui I* to illustrate the reasons that the government may invoke for non-disclosure. I see no reason to derogate from them.

[83] In brief, I believe that the role of the designated judge in determining disclosure of information to the named person where the government claims confidentiality

Parmi les genres de renseignements dont on doit préserver le caractère confidentiel, citons :

1. Les renseignements provenant de sources humaines, lorsque leur divulgation permettrait d'identifier la source et risquerait de mettre sa vie en danger (voir la décision de madame la juge McGillis dans l'affaire *Ahani*, précitée, au paragraphe 19, où la juge McGillis se penche sur la question de savoir dans quelles circonstances des renseignements provenant d'une source humaine peuvent être divulgués). La mise en danger d'une source humaine risque en outre de dissuader d'autres sources ou sources potentielles de renseignements, qui auront scrupule à fournir des informations s'ils ne sont pas sûrs que leur identité sera protégée.
2. Les renseignements provenant d'agents du Service, lorsque la divulgation permettrait d'identifier l'agent et mettrait sa vie en péril.
3. Les renseignements concernant des enquêtes en cours lorsque la divulgation de ces renseignements alerterait ceux qui agissent contre les intérêts du Canada, leur permettant de se soustraire aux recherches.
4. Les secrets transmis par des pays étrangers ou des services de renseignement étrangers, lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou ces services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n'est pas digne de confiance ou qui n'est pas à même d'en assurer la confidentialité. (Voir *Ruby*, précité, aux paragraphes 43 et suivants où est examiné le fait qu'en matière de renseignements de sécurité, le Canada est un importateur net. Les renseignements considérés sont nécessaires à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés.)
5. Les renseignements concernant les techniques et les moyens de surveillance ainsi que certaines méthodes ou techniques d'enquête employées par le Service, lorsque cette divulgation aiderait à se soustraire à la détection, à la surveillance ou à l'interception de leurs communications, des personnes ayant attiré l'attention du Service.

[82] Ces critères sont bien établis par le droit interne canadien, et correspondent en grande partie aux exemples fournis par la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui I* pour illustrer les motifs que le gouvernement peut invoquer pour la non-divulgation. Je ne vois aucune raison pour y déroger.

[83] En résumé, je suis d'avis que le rôle du juge désigné dans la détermination de divulguer à l'intéressé les renseignements où le gouvernement revendique la confidentialité est d'appliquer ces critères établis par la

is to apply the criteria established through jurisprudence while taking into consideration, on the one hand, the need to preserve confidentiality and, on the other, the importance of providing the fullest possible disclosure with the smallest impact on the named person's right to know the evidence against him to enable him to refute the ministers' allegations.

B. Who bears the burden of proving whether or not the disclosure would be injurious to national security?

[84] Counsel for the named person submit that the IRPA requires that the ministers prove, on the balance of probabilities, to the judge's satisfaction, that the disclosure of information or evidence would imminently imperil the life of the nation, its territorial integrity or its political independence. The burden is on the party that is opposed to the disclosure to prove that this disclosure would be injurious to national security. The Supreme Court has frequently confirmed that the Crown bears the burden of justifying the non-disclosure of information to the accused in a criminal case (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451).

[85] Although the ministers admit that they bear the burden of proving that disclosure would be injurious to national security, they submit that they have clearly discharged this burden.

[86] I agree with the named person's solicitors in light of the jurisprudence that the burden clearly falls on whoever claims that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person, hence the government.

[87] I note that in *Charkaoui II*, above, the Supreme Court emphasized the obligation of communication based on section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] attached to the seriousness of the consequences of the proceeding for the named person, and that there is no formal distinction between the different areas of law. In my opinion, this

jurisprudence en tenant compte, d'une part, de la nécessité de préserver la confidentialité et, d'autre part, de l'importance de donner une divulgation la plus complète possible et la moins attentatoire au droit de l'intéressé de connaître la preuve retenue contre lui pour lui permettre de réfuter les allégations des ministres.

B. Sur qui repose le fardeau de prouver que la divulgation porterait ou ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale

[84] Les procureures de l'intéressé soumettent que la LIPR exige que les ministres prouvent, selon la prépondérance des probabilités, à la satisfaction du juge, que la divulgation d'un renseignement ou d'une preuve mettrait en péril l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique de manière imminente. Le fardeau appartient à la partie qui s'oppose à la divulgation de prouver que la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale. La Cour suprême a confirmé maintes fois que le ministère public a le fardeau de justifier une non-divulgation de renseignements à l'accusé dans le cadre de procès criminels (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451).

[85] Les ministres soumettent que, même en admettant qu'ils ont le fardeau de prouver que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, ils se sont clairement déchargés de ce fardeau.

[86] Je suis d'accord avec les procureures de l'intéressé à la lumière de la jurisprudence établie que le fardeau revient clairement à celui qui invoque que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, donc au gouvernement.

[87] Je rappelle que dans l'arrêt *Charkaoui II*, précité, la Cour suprême a insisté sur l'obligation de communication fondée sur l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] rattachée à la gravité des conséquences de la procédure pour l'individu visé, et qu'il n'y avait aucune distinction formelle entre les différents domaines de droit.

means that, to the extent possible, without injuring national security, procedural fairness demands that the principles established in criminal cases be fully applied, taking into consideration the applicable administrative and immigration law in similar cases in the context of disclosure. Consequently, as in criminal cases, the Crown must justify its refusal to disclose any information.

C. The standard of proof associated with this burden

[88] Counsel for the named person maintain that the requisite standard of proof is the balance of probabilities. Under Division 9 of the IRPA, the ministers have to prove, based on the balance of probabilities and to the judge's satisfaction, that the disclosure of information or evidence would be injurious to the life of the nation, its territorial integrity or its political independence, without deference to the opinions of the ministers.

[89] In the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, a commission of inquiry set up on February 5, 2004, by Order in Council P.C. 2004-48, under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, Commissioner O'Connor was of the opinion that the use of the phrase "would be injurious" in the "Terms of Reference" in the Order in Council setting up the Arar Commission demanded a stricter standard of proof than the one in section 38.01 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA.

[90] Similarly, counsel for the named person note that, given the phrase used in the English version "would be injurious to national security" in paragraph 83(1)(d) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the IRPA, the standard of proof is stricter than the one in section 38.01 of the CEA or in section 15 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.

[91] On the contrary, the ministers consider that it would be incongruous, on judicial review, to believe that a higher standard than that of reasonable grounds for believing should be applied to determine whether the

Il s'en suit, à mon avis, que dans la mesure du possible, sans porter atteinte à la sécurité nationale, l'équité procédurale exige que les principes établis dans le cadre des procès criminels, en tenant compte du droit administratif et de l'immigration applicable en semblables matières dans le contexte de la divulgation, reçoivent pleine application. En conséquence, comme dans le cadre des procès criminels, le ministère public doit justifier son refus de divulguer tout renseignement.

C. La norme de preuve associée à ce fardeau

[88] Les procureures de l'intéressé soutiennent que la norme de preuve exigée est celle de la prépondérance des probabilités. En effet, dans le cadre de la Section 9 de la LIPR, les ministres doivent prouver, selon la prépondérance des probabilités, à la satisfaction du juge, que la divulgation d'un renseignement ou d'une preuve mettrait en péril l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique, sans déférence pour l'opinion ministérielle.

[89] Dans le cadre de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, commission d'enquête instituée le 5 février 2004 par décret C.P. 2004-48, en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, le commissaire O'Connor, étant d'avis que l'usage des termes « *would be injurious* » employés dans les « *Terms of Reference* » édictés sous le décret établissant la Commission Arar, exigeait une norme de preuve plus stricte que celle contenue à l'article 38.01 [édicté par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC.

[90] De la même façon, notent les procureures de l'intéressé, compte tenu des termes dans la version anglaise « *would be injurious to national security* » utilisés à l'alinéa 83(1)d) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR, la norme de preuve est plus stricte que celle contenue à l'article 38.01 de la LPC ou à l'article 15 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.

[91] Les ministres estiment, au contraire, qu'il serait incongru, dans le cadre du contrôle judiciaire, de croire qu'une norme plus élevée que celle des motifs raisonnables de croire devrait être appliquée afin de déterminer

disclosure of information would be injurious to national security or to the safety of any person.

[92] The standard of reasonable grounds for believing is consistent with the objective of the IRPA to ensure that foreigners or permanent residents who pose a risk to national security are inadmissible to Canada. In view of the prospective nature of the exercise in which the Court is engaged, it would be inappropriate to impose a more onerous burden than that of reasonable grounds.

[93] The ministers rely on the decision of Justice Noël in *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, [2004] 3 F.C.R. 32, where he stated in paragraph 126 that “national security is such an important interest that its protection warrants the use of standards other than the preponderance of evidence standard.”

[94] I note at the outset that Justice Noël did not have to decide on the interpretation of the new provisions of Division 9 of the IRPA dealing with the confidentiality of information.

[95] I agree with the ministers that the judge’s exercise is prospective and that the risks inherent in the inopportune disclosure of information related to national security call for prudence because once the information is disclosed, there is no going back.

[96] However, the terminology used in the applicable provisions, i.e., paragraphs 83(1)(d) and (e) of the IRPA, indicates that it is up to the Court to guarantee the confidentiality of information whose disclosure “would be injurious” to national security.

[97] According to statutory interpretation, “[t]oday there is only one principle or approach, namely the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21).

si la divulgation de renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui.

[92] La norme des motifs raisonnables de croire est compatible avec l’objectif de la LIPR de faire en sorte que les étrangers ou résidents permanents qui constituent un risque pour la sécurité nationale soient interdits de territoire au Canada. Compte tenu de la nature prospective de l’exercice dans lequel la Cour s’engage, il serait inapproprié d’imposer un fardeau plus onéreux que celui des motifs raisonnables.

[93] Les ministres s’appuient sur la décision du juge Noël dans *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, [2004] 3 R.C.F. 32, où celui-ci affirmait au paragraphe 126 que « [l]’importance de l’intérêt en jeu, soit la sécurité nationale, me semble justifier le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve ».

[94] Je note au départ que le juge Noël n’avait pas à décider de l’interprétation des nouvelles dispositions de la Section 9 de la LIPR portant sur la confidentialité des renseignements.

[95] Je suis d’accord avec les ministres que l’exercice pour le juge est de nature prospective et que les risques inhérents à la divulgation inopportune d’informations touchant la sécurité nationale invitent à la prudence puisqu’une fois l’information divulguée, il n’y a pas de retour en arrière.

[96] Cependant, la terminologie utilisée au sein des dispositions applicables, soit les alinéas 83(1)d) et e) de la LIPR, indique qu’il incombe à la Cour de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation « porterait atteinte » à la sécurité nationale (dans la version anglaise « *would be injurious* »).

[97] Selon la méthode applicable d’interprétation des lois, « [a]ujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21).

[98] The *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004 defines “would” as “to express probability”.

[99] In my opinion, Parliament therefore chose not to adopt an overly speculative approach to determining whether certain information should not be disclosed.

[100] Moreover, I note that the terms used by Parliament in paragraph 83(1)(c) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] are less strict because the judge can hold an *in camera* hearing if the disclosure “could” be injurious to national security. This difference in language suggests to me that Parliament wanted a higher standard for non-disclosure.

[101] The jurisprudence supports the use of the balance of probabilities standard in interpreting the expression “could be injurious” to national security. Several legal interpretations of the distinction between what “could be injurious” to national security and what actually is injurious to national security have been formulated in connection with the application of the CEA.

[102] The *Arar Commission of Inquiry* decision, above, paragraph 49, states as follows:

The CEA at section 38 offers the following definition of “potentially injurious information”:

38. ...

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security. (Emphasis added.)

Of interest, this definition uses the word “could” whereas section 38.06 of the *CEA* states that a judge is to determine whether the disclosure of information “would” be injurious to international relations, national defence, or national security. The Federal Court of Appeal in *Jose Pereira E. Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154, at paragraph 14, spoke to the meaning of the words “would” and “could” in the context of the CEA:

[98] Le *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, définit « *would* » comme « *to express probability* ».

[99] À mon avis, le législateur a donc choisi de ne pas adopter une approche trop spéculative au moment de déterminer si une information ne doit pas être divulguée.

[100] Je constate par ailleurs que les termes utilisés par le législateur à l’alinéa 83(1)c) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] sont moins stricts puisque le juge peut tenir une audience à huis clos si la divulgation « pourrait » (« *could* » dans la version anglaise) porter atteinte à la sécurité nationale. Cette différence de langage m’indique que le législateur a voulu une norme plus élevée pour la non-divulgaration.

[101] La jurisprudence appuie l’utilisation de la norme de la balance des probabilités en ce qui a trait à l’interprétation de l’expression « porter atteinte » à la sécurité nationale. Nombre d’interprétations juridiques quant à la distinction entre ce qui « porterait atteinte » à la sécurité nationale et ce qui porte effectivement atteinte à la sécurité nationale ont été formulées dans le cadre de l’application de la LPC.

[102] La décision *Commission d’enquête Arar*, précitée, au paragraphe 49, énonce ce qui suit:

L’article 38 de la LPC donne la définition suivante de l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables » :

38. [...]

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. (Je souligne.)

Fait intéressant à noter, cette définition emploie l’expression « sont susceptibles de porter préjudice », tandis que l’article 38.06 de la LPC dispose que le juge doit dire si la divulgation des renseignements « porterait préjudice » aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Dans l’arrêt *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470 [*Hijos*], au paragraphe 14, la Cour d’appel fédérale s’est exprimée sur le sens de ces deux mots dans le contexte de la LPC :

Counsel for the appellants also contended that even if it could be said that Parts D and E of the Buckley certificate were effectively adopted by the respondent, the certificate is itself defective because nowhere therein is it stated, in compliance with subsection 38(1), that the release of the information “would” be injurious to Canada’s international relations. That phraseology suggests that in order to secure the benefit of sections 37 and 38 a party must show a probability that a feared injury will result from disclosure. The record contains nothing showing that the disclosure of information sought by the series of “vote buying” questions “would be injurious to international relations”. It is noted that the phraseology employed in Parts D and E to the Buckley certificate is “could” and “could reasonably” rather than “would”. The statute would seem to require a showing of probability of injury instead of mere possibility. (Emphasis added.)

I agree with the Federal Court of Appeal. The use of the word “would” by the legislator indicates that the Government under section 38.06 of the CEA must satisfy the reviewing judge that the injury alleged is probable, and not simply a possibility or merely speculative.

[103] Consequently, the *Arar Commission of Inquiry* decision, above, clearly indicates the application of the balance of probabilities standard to determine what “would be injurious” to national security.

[104] Also, in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*), also in connection with the application of the CEA, when determining whether the disclosure “would be injurious”, the Federal Court of Appeal, at paragraph 20, indicated that the applicable standard is that of the balance of probabilities:

An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.

[105] Outside of the CEA, the jurisprudence supports applying the balance of probabilities standard in interpreting the expression “would be injurious”.

L’avocat des appelants a également soutenu que même s’il est possible de dire que les parties D et E de l’attestation de M. Buckley ont effectivement été adoptées par l’intimé, l’attestation est en soi défectueuse parce qu’il n’y est nulle part dit, conformément au paragraphe 38(1), que la divulgation des renseignements « porterait » préjudice aux relations internationales du Canada. Ce libellé laisse entendre qu’afin de se prévaloir des articles 37 et 38, une partie doit démontrer qu’il existe une probabilité qu’un préjudice redouté résulte de la divulgation. Or, le dossier ne renferme rien qui montre que la divulgation des renseignements demandés dans la série de questions relatives à l’« achat de votes » « porterait préjudice aux relations internationales ». Il est noté que, dans les parties D et E de l’attestation, M. Buckley emploie les mots [TRADUCTION] « pourrait » et [TRADUCTION] « risquerait » plutôt que le mot [TRADUCTION] « porterait ». La loi semblerait exiger que l’on démontre la probabilité d’un préjudice plutôt qu’une simple possibilité. (Non souligné dans l’original.)

Je souscris aux propos de la Cour d’appel fédérale. L’emploi de l’expression « porterait préjudice » par le législateur signale que, selon l’article 38.06 de la LPC, le gouvernement doit convaincre le juge chargé du contrôle que le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture.

[103] Par conséquent, la décision *Commission d’enquête Arar*, précitée, indique clairement l’application de la norme de la balance des probabilités afin de déterminer ce qui « porterait atteinte » à la sécurité nationale.

[104] Aussi dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 (*Ribic*), également dans le cadre de l’application de la LPC, alors qu’il s’agissait de déterminer si la divulgation « porterait atteinte », la Cour d’appel fédérale, au paragraphe 20, indique que la norme applicable est celle de la balance des probabilités:

Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu’aucun préjudice ne résulterait d’une divulgation publique des renseignements. C’est à la partie qui s’oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu’il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

[105] En dehors du cadre de l’application de la LPC, la jurisprudence soutient l’application de la norme de la balance des probabilités lorsqu’il s’agit de l’interprétation de l’expression « porterait atteinte ».

[106] In interpreting the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (Code), the decision in *Chalk River Technicians & Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd*, 2002 FCA 489, [2003] 3 F.C. 313, relying on *Hijos v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154, in order to interpret the expression “could pose” in the Code, indicated the following at paragraph 52:

The words which appear in the statute, both in the English and French versions, require, in my view, less certainty on the part of the Board in reaching a conclusion concerning the existence of an immediate and serious danger than if the statute had used the words “would pose”.

[107] In *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 1, [2005] 3 F.C.R. 239, regarding the interpretation of Article 3 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, which states “No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”, the Federal Court of Appeal at paragraph 22, relied on *Hijos*, above, and *Chalk River*, above, in interpreting the expression “would be”:

This Court has found that use of the word “would” requires a showing of probability. See *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.), at paragraph 14, per Stone J.A. and *Chalk River Technicians and Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, [2003] 3 F.C. 313 (C.A.), at paragraph 52. Had the Convention used the words “could”, “might”, or “may”, I think a lower-level test might be implied. But the word “would” in the Convention, together with the other words used by the Committee, imply that the Committee adopted a probability test.

[108] The jurisprudence supports using the balance of probabilities standard to interpret the expression “would be injurious”.

[109] Consequently, I conclude that the standard of proof required for non-disclosure is that of the balance of probabilities.

[106] Dans le cadre de l’interprétation des dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (Code), la décision *Chalk River Technicians & Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2002 CAF 489, [2003] 3 C.F. 313, s’appuyant sur la décision *Hijos c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, afin d’interpréter l’expression « pourrait constituer » se trouvant au Code, indique ce qui suit au paragraphe 52 :

À mon avis, les expressions qui figurent dans la loi, tant dans la version anglaise que dans la version française, exigent du Conseil un degré de certitude moindre pour conclure à l’existence d’un risque imminent et grave que si la loi avait utilisé l’expression « poserait ».

[107] Dans l’arrêt *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 1, [2005] 3 R.C.F. 239, au sujet de l’interprétation de l’article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. T.S. n° 36, lequel énonce « Aucun État partie n’expulsera, ne refoulera, ni n’extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture », la Cour d’appel fédérale, au paragraphe 22, s’appuie sur les arrêts *Hijos* et *Chalk River*, précités, afin d’interpréter l’expression “would be”:

La Cour a conclu que l’utilisation du mot anglais « would » exigeait une certaine probabilité. Voir *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 154 (C.A.F.), au paragraphe 14, le juge Stone, J.C.A. et *Chalk River Technicians and Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [2003] 3 C.F. 313 (C.A.), au paragraphe 52. Si la Convention, dans sa version anglaise, avait comporté les termes « could », « might », ou « may », le critère applicable serait probablement moins rigoureux. Cependant, le terme « would » de la Convention, ainsi que les autres termes utilisés par le Comité, donnent à penser que le Comité a adopté le critère de la probabilité.

[108] La jurisprudence soutient l’utilisation de la norme de la balance des probabilités quant à l’interprétation de l’expression « porterait atteinte ».

[109] En conséquence, j’en conclus que la norme de preuve exigée pour la non-divulgence est celle de la prépondérance des probabilités.

D. Opposing future disclosure

[110] The parties agree that in the absence of a concrete factual situation, it is premature at this stage to discuss this issue. However, I note that, in general, it would be difficult for the ministers to argue that evidence that was not filed in support of the certificate, that is not part of the information that the ministers characterize as “relevant information”, and after the ministers have stated that their evidence-in-chief is closed, the Phase II disclosure would be set up against the named person.

CONCLUSION

[111] For these reasons I conclude that:

1. Party-to-party disclosure

A. Future supplementary disclosure (Phase I):

(a) I believe that giving the named person the opportunity to bring a confidentiality motion is the appropriate remedy for the serious harm that he could suffer if he did not have the opportunity to bring such a motion. Preventing him from doing so because of the wording of a procedure written at a time when it would have been impossible to imagine the circumstances would needlessly aggravate the harm.

(b) Consequently, the special advocates will be able to identify the *prima facie* evidence that could be the basis of a motion under rule 151 and bring it to the Court’s attention *in camera* before the public disclosure of the information. The Court will then delay placing this information in the public file. It will be provided to counsel for the named person “party-to-party” for a period of 14 days to give them the opportunity, if necessary, to decide whether the named person wants to bring a motion under rule 151.

(c) At the end of this period, if no such motion has been served and filed, the information will be placed in the

D. L’opposabilité de la divulgation à venir

[110] Les parties s’entendent qu’en l’absence d’une situation factuelle concrète, il est prématuré à ce stade de débattre de cette question. Je remarque cependant, de façon générale, qu’il serait difficile pour les ministres de prétendre qu’une preuve qui n’a pas été déposée à l’appui du certificat, qui ne fait pas partie des renseignements que les ministres qualifient de « renseignements pertinents », et après que les ministres aient déclaré que leur preuve en chef est close, que la divulgation Phase II soit opposable à l’intéressé.

CONCLUSION

[111] Pour ces motifs, je conclus que :

1. La divulgation de « partie à partie »

A. La divulgation supplémentaire à venir (Phase I) :

a) Je crois que de permettre à l’intéressé de présenter une requête en confidentialité est la réparation qui convient au préjudice grave qu’il pourrait subir s’il n’avait pas la chance de présenter cette demande. L’empêcher de le faire en raison d’un libellé relatif à la procédure écrit à une époque où les circonstances n’auraient pu être imaginées aggraverait sans raison ce préjudice.

b) En conséquence, les avocats spéciaux pourront identifier les éléments de preuve *prima facie* qui peuvent faire l’objet d’une requête en vertu de la règle 151 et les porter à l’attention de la Cour à huis clos avant la divulgation publique des renseignements. La Cour retardera alors le dépôt de ces renseignements au dossier public. Ceux-ci seront remis aux procureures de l’intéressé « partie à partie » pour une période de 14 jours afin de leur permettre, le cas échéant, de prendre une décision à savoir si l’intéressé désire présenter une requête en vertu de la règle 151.

c) À l’expiration de ce délai, en l’absence d’une telle requête ayant été signifiée et déposée, l’information sera

public file. If a motion is brought, the documents shall be kept under seal until the Court disposes of the matter.

(d) With regard to the admissibility and reliability of the evidence, given that rule 151 is not available, it will be up to the special advocates to file with the Court a specific motion if an issue arises as to the admissibility or reliability of classified evidence to be placed in the public file.

B. The disclosure of additional information further to *Charkaoui II* (Phase II):

(a) Non-confidential information, if any, would first be forwarded “party-to-party” to the named person.

(b) When the ministers and special advocates agree that confidential information received by the Court further to *Charkaoui II*, above, is not relevant, the Court may rely on such an agreement.

(c) With regard to confidential information that might be considered relevant (particularly by the special advocates since the ministers have stated that only information filed with the Court at the same time as the certificate is relevant), a summary would be provided to the named person “party-to-party” where the disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person (paragraph 83(1)(e) of the IRPA).

(d) Any disagreement between the ministers and special advocates that might arise will be arbitrated by the Court. The information in question or any summary would not be placed in the Court docket unless one of the parties or the special advocates file it as evidence.

2. The national security standard

(a) The role of the designated judge in determining whether to disclose information to the named person where the government claims confidentiality is to apply the criteria established through jurisprudence while taking into consideration, on the one hand, the need to preserve confidentiality, and on the other, the importance

déposée au dossier public. Si une requête est présentée, les documents seront gardés sous scellé jusqu’à ce que la Cour tranche la question.

d) Quant à l’admissibilité et la fiabilité de la preuve, puisque la règle 151 n’est d’aucune utilité, il reviendrait aux avocats spéciaux de présenter à la Cour une requête ciblée si une question litigieuse se soulevait quant à l’admissibilité ou la fiabilité d’une preuve classifiée à être déposée au dossier public.

B. La divulgation de renseignements additionnels en application de l’arrêt *Charkaoui II* (Phase II) :

a) Les renseignements non confidentiels, s’il en existe, seraient d’abord transmis « partie à partie » à l’intéressé.

b) Lorsqu’il y a entente entre les ministres et les avocats spéciaux que des renseignements confidentiels reçus par la Cour suite à l’arrêt *Charkaoui II*, précité, ne sont pas pertinents, la Cour peut se fier à cette entente.

c) Pour ce qui est des renseignements confidentiels qui pourraient être considérés pertinents (particulièrement par les avocats spéciaux puisque les ministres ont affirmé que seuls les renseignements déposés au dossier de la Cour en même temps que le certificat sont pertinents), un résumé serait fourni à l’intéressé « partie à partie » lorsque la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (alinéa 83(1)e) de la LIPR).

d) Tout différend entre les ministres et les avocats spéciaux qui pourrait parvenir sera arbitré par la Cour. Les renseignements en cause ou tout résumé ne ferait partie du dossier de la Cour que si l’une des parties ou les avocats spéciaux les déposaient afin de servir de preuve.

2. La norme de sécurité nationale

a) Le rôle du juge désigné dans la détermination de divulguer à l’intéressé les renseignements où le gouvernement revendique la confidentialité est d’appliquer les critères établis par la jurisprudence en tenant compte, d’une part, de la nécessité de préserver la confidentialité, et, d’autre part, de l’importance de donner une divulgation

of providing the fullest possible disclosure with the smallest impact on the named person's right to know the evidence against him to enable him to refute the ministers' allegations.

(b) The burden is on the ministers to prove that the disclosure would be injurious to national security.

(c) The requisite standard of proof for non-disclosure is the balance of probabilities.

[112] As Justice Dawson suggested in *Almrei*, above, a party that wants an order based on these reasons will submit a proposal in writing to the Court stating the reasons why an order is required, as well as a draft order.

la plus complète possible et la moins attentatoire au droit de l'intéressé de connaître la preuve retenue contre lui, le tout pour lui permettre de réfuter les allégations des ministres.

b) Le fardeau revient aux ministres de prouver que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

c) La norme de preuve exigée pour la non-divulgation est celle de la prépondérance des probabilités.

[112] Comme l'a suggéré la juge Dawson dans la décision *Almrei*, précitée, une partie qui souhaiterait une ordonnance en relation avec ces motifs soumettra une proposition par écrit à la Cour concernant les raisons pour lesquelles une ordonnance est requise ainsi qu'une ébauche d'ordonnance.

DES-4-08
2009 FC 476

DES-4-08
2009 CF 476

IN THE MATTER OF a certificate under subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT un certificat en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);

IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court under subsection 77(1) of the IRPA;

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;

AND IN THE MATTER OF Adil Charkaoui;

ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT Adil Charkaoui;

AND THE BARREAU DU QUÉBEC, intervener

ET LE BARREAU DU QUÉBEC, intervenant

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

RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI (RE) (C.F.)

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, April 28, 29, 30 and May 7, 2009.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Ottawa, 28, 29, 30 avril et 7 mai 2009.

Security Intelligence — Application by special advocates for order compelling ministers to make all reasonable efforts to seek permission of foreign agencies involved in Charkaoui case to disclose information provided to Canadian Security Intelligence Service — Issue interpretation of third party rule (relied on to refuse disclosure), application thereof to Mr. Charkaoui's certificate — Rule stating not to disclose source, content of security intelligence without permission of originating agency — Requirement to demonstrate reasonable efforts made to obtain consent not to be disregarded in this case — Fact five security certificates referred concurrently not meaning person concerned not entitled to full application of third party rule — Rule applying objectively — Ministers' flat refusal to obtain consent without presenting alternative not reconcilable with rule — Application allowed.

Renseignement de sécurité — Demande des avocats spéciaux visant l'obtention d'une ordonnance enjoignant aux ministres de déployer tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères impliquées dans le dossier Charkaoui à la divulgation d'informations transmises au Service canadien du renseignement de sécurité — La question en litige portait sur l'interprétation de la règle des tiers (invoquée pour refuser la divulgation) et sur son application au certificat de M. Charkaoui — Cette règle consiste à ne pas dévoiler la source ou le contenu de renseignements de sécurité sans l'autorisation de l'organisme d'origine — L'exigence de démontrer que des efforts raisonnables ont été faits pour obtenir un consentement ne devait pas être écartée en l'espèce — Le fait de déposer cinq certificats de sécurité concurremment ne peut faire obstacle au droit de l'intéressé à l'application intégrale de la règle des tiers — Cette dernière doit être appliquée objectivement — Le refus global des ministres d'obtenir un consentement sans qu'une solution de rechange ne soit présentée n'était pas conciliable avec la règle — Demande accueillie.

This was an application by the special advocates for an order compelling the ministers to make all reasonable efforts to obtain the consent of the foreign agencies involved in the Charkaoui case to the disclosure of the information provided to the Canadian Security Intelligence Service (the Service). The application stemmed from the summary of evidence submitted by the ministers in accordance with paragraph 83(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The special advocates wanted information to be added to the summary to

Il s'agissait d'une demande des avocats spéciaux visant l'obtention d'une ordonnance enjoignant aux ministres de déployer tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères impliquées dans le dossier Charkaoui à la divulgation d'informations transmises au Service canadien du renseignement de sécurité (le Service). Cette demande découlait du résumé de la preuve soumis par les ministres conformément à l'alinéa 83(1)(e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Les avocats

reflect the evidence in the case of the person concerned as accurately as possible, not including anything injurious to national security. A witness who testified for the Service cited the third party rule to justify the objection to the disclosure and informed the Court that the Service had made an executive decision that it would not request the foreign agencies to lift the caveat in respect of the five security certificates currently before the Court. The only issue in this case was how the Service and the ministers interpreted the third party rule and how it applied to the certificate relating to Mr. Charkaoui.

Held, the application should be allowed.

The third party rule, which relates to the exchange of information between security intelligence services and other similar agencies, dictates essentially that the receiving agency may not disclose the source or content of the information without the permission of the originating agency. Consent to disclosure is necessary to not violate the third party rule, and law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they have made reasonable efforts to obtain consent or that such a request would be refused. There was no evidence in this case that a request for consent would be refused.

The ministers' argument that merely contacting the foreign agencies to request that they lift the caveat would be injurious to the Service's ability to receive information in future was unconvincing. Decisions relating to the statutory schemes under the *Canadian Human Rights Act*, the *Access to Information Act* and the *Canada Evidence Act* can also be applied in the IRPA context. In this case, the requirement to demonstrate to the Court that reasonable efforts were made to seek consent should not have been disregarded. A number of factors led to this conclusion including the fact that the case before the Federal Court is the only opportunity for the person concerned to be adequately informed of the ministers' position, and the fact that once the certificate is found to be reasonable, it is proof of inadmissibility and constitutes a removal order. The fact that five security certificates were referred to the Court concurrently does not mean that the person concerned is not entitled to the full application of the third party rule. It must be applied objectively. In addition, the rule is part of a whole and is applied in the concrete context of the day-to-day relations of intelligence and law enforcement agencies. The ministers' flat refusal to seek consent from the foreign agencies made without regard for the circumstances in this case and without an alternative being presented was difficult to reconcile with the rule.

spéciaux voulaient que de l'information y soit ajoutée afin de refléter le plus fidèlement possible la preuve au dossier de l'intéressé, sans porter atteinte à la sécurité nationale. Un témoin du Service a invoqué la règle des tiers pour justifier l'objection à la divulgation et a informé la Cour qu'une décision exécutive avait été prise à l'effet que le Service ne ferait pas de demande aux agences étrangères visant la levée de la réserve en ce qui concerne les cinq certificats de sécurité présentement devant la Cour. La seule question en litige en l'espèce portait sur l'interprétation faite par le Service et les ministres de la règle des tiers et sur son application au certificat de M. Charkaoui.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La règle des tiers, qui concerne l'échange de renseignements entre services du renseignement de sécurité et autres organismes apparentés, consiste essentiellement pour un organisme qui obtient des renseignements à ne pas en dévoiler la source ou le contenu sans l'autorisation de l'organisme d'origine. Le consentement à la divulgation est nécessaire au respect de cette règle, et les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement doivent prouver qu'ils ont pris les moyens raisonnables pour obtenir un consentement ou qu'une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée. La preuve qu'une demande de consentement serait refusée n'a pas été faite en l'espèce.

Les arguments des ministres à l'effet que le simple fait de contacter les agences étrangères pour demander la levée de la réserve serait préjudiciable à l'habileté du Service de recevoir de l'information dans le futur étaient peu convaincants. La jurisprudence développée dans le cadre des régimes législatifs de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la preuve au Canada* peut aussi s'appliquer dans le cadre de la LIPR. En l'espèce, l'exigence de démontrer à la Cour que des efforts raisonnables ont été faits pour obtenir un consentement ne devait pas être écartée. Plusieurs facteurs menaient à cette conclusion, dont le fait que l'instance devant la Cour fédérale est la seule occasion pour l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse des ministres, et le fait qu'une fois jugé raisonnable, le certificat fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi. Le fait de déposer cinq certificats de sécurité concurrentement ne peut faire obstacle au droit de l'intéressé à l'application intégrale de la règle des tiers. Cette dernière doit être appliquée objectivement. De plus, cette règle fait partie d'un tout et son application s'inscrit dans le cadre réel des relations journalières des agences de renseignement et d'application de la loi. Le refus global des ministres, non adapté aux circonstances en l'espèce, d'obtenir un consentement des agences étrangères sans qu'une solution de rechange ne soit présentée, n'était pas conciliable avec l'application de la règle.

With respect to the argument that disclosure would be injurious, this would in fact be the result if the third party rule were violated. In this scenario, there was no proposal that the third party rule be disregarded; rather, the aim was to make sure that it was followed since the rule means that authorization to disclose may be requested. Accordingly, the burden on the Service is to satisfy the Court, on a balance of probabilities, that disclosure to the person concerned is not possible because it would be injurious to national security. The ministers were ordered to report to the Court the reasonable efforts made by the Service to obtain the consent of the foreign agencies for the purpose of disclosing the information referred to or to prove, with respect to each of the agencies, that such a request would be refused.

Quant au préjudice invoqué, il proviendrait plutôt d'un manquement à la règle des tiers. Or, il n'était pas question dans le présent scénario de passer outre à la règle des tiers mais au contraire de s'assurer de son respect puisque cette règle implique qu'une autorisation à la divulgation puisse être demandée. Le fardeau de preuve du Service est donc de convaincre la Cour, selon la prépondérance de la preuve, qu'une divulgation vers l'intéressé n'est pas possible parce qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale. Les ministres ont été ordonné de faire rapport à la Cour des efforts raisonnables déployés par le Service pour obtenir le consentement des agences étrangères en vue de permettre la divulgation des informations visées ou de prouver, pour chacune des agences, qu'une telle demande leur serait refusée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.04 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(7)).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 83(1)(d) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), (e) (as am. *idem*).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

CASES CITED

CONSIDERED:

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; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.); *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 66; *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 1670, [2006] 3 F.C.R. 325; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

REFERRED TO:

Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General), 2006 FC 1552; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044.

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 canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.04 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(7)).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 83(1)d) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), e) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

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; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 66; *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 1670, [2006] 3 R.C.F. 325; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

DÉCISIONS CITÉES :

Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général), 2006 CF 1552; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044.

APPLICATION by the special advocates for an order compelling the ministers to make all reasonable efforts to obtain the consent of the foreign agencies involved in the Charkaoui case to the disclosure of the information provided to the Canadian Security Intelligence Service. Application allowed.

APPEARANCES

No one appearing for Adil Charkaoui.
Nancie Couture, Lori A. Beckerman, François Joyal and *Gretchen A. Timmins* for ministers.
Denis Couture, François Dadour, special advocates.
 No one appearing for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et Lafrance, Montréal, and *Doyon & Associés*, Montréal, for Adil Charkaoui.
Deputy Attorney General of Canada for ministers.

Denis Couture, Ashton, Ontario, and *François Dadour*, Montréal, special advocates.
Filteau, Belleau, Montréal, for intervener.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

TREMBLAY-LAMER J.:

Introduction

[1] This is an application by the special advocates for an order to compel the ministers to contact certain foreign agencies to seek permission to disclose publicly information obtained from those agencies concerning the person concerned. The application was made to the Court at a hearing held *in camera* on April 30, 2009. The purpose of that hearing was to hear submissions by counsel regarding the form and content of the first proposal for disclosure by the special advocates.

DEMANDE des avocats spéciaux visant l'obtention d'une ordonnance enjoignant aux ministres de déployer tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères impliquées dans le dossier Charkaoui à la divulgation d'informations transmises au Service canadien du renseignement de sécurité. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Aucune comparution pour Adil Charkaoui.
Nancie Couture, Lori A. Beckerman, François Joyal et *Gretchen A. Timmins* pour les ministres.
Denis Couture, François Dadour, avocats spéciaux.
 Aucune comparution pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et Lafrance, Montréal, et *Doyon & Associés*, Montréal, pour Adil Charkaoui.

Le sous-procureur général du Canada pour les ministres.

Denis Couture, Ashton, Ontario, et *François Dadour*, Montréal, avocats spéciaux.
Filteau, Belleau, Montréal, pour l'intervenant.

Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par

LA JUGE TREMBLAY-LAMER :

Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande des avocats spéciaux d'ordonner aux ministres de contacter certaines agences étrangères afin d'obtenir la permission de divulguer publiquement des renseignements obtenus de ces agences concernant l'intéressé. Cette demande fut soumise à la Cour lors d'une audience tenue à huis-clos le 30 avril 2009. Cette audience avait pour but d'entendre les représentations des procureurs quant à la forme et au contenu d'une première proposition de divulgation de la part des avocats spéciaux.

1. Background

[2] On February 24, 2009, the Court issued a direction asking the ministers whether, having regard to the consents given in other cases, they intended to consent to disclosure of the content of any intercepted communication in which the person concerned had participated (content, month and year) and of the content of any surveillance report relating to him (content, month and year).

[3] On March 18, 2009, the Court ordered the ministers to act immediately on their proposal whenever they had indicated that they were prepared to provide a statement or general description or summary and/or to disclose information, as set out in their reply to the first proposal made by the special advocates.

[4] The ministers submitted their reply to the direction and order in the form of a summary of evidence in accordance with paragraph 83(1)(e) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[5] At the *in camera* hearing, the special advocates presented argument on the question of the accuracy and completeness of the summaries. On that point, they asked that certain wording be reviewed and that information be added to reflect the evidence in the case of the person concerned as accurately as possible, not including anything injurious to national security. The first disclosure to the person concerned will therefore be made under paragraph 83(1)(e) of the IRPA.

[6] At the hearing, the ministers called a witness to support their objection to disclosing certain information from foreign agencies that was included in the first proposal by the special advocates.

[7] The witness, an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) cited the third-party rule to justify the objection to the disclosure and informed the Court that the Service had made an executive decision that it would not request the foreign agencies to lift the caveat in respect of the five security certificates currently before the Court.

1. Mise en contexte

[2] Le 24 février 2009, la Cour émettait une directive demandant aux ministres si, à la lumière des consentements donnés dans d'autres dossiers, ces derniers avaient l'intention de consentir à la divulgation du contenu de toute interception de communication au cours de laquelle l'intéressé avait participé (contenu, mois et année) ainsi que du contenu de tout rapport de filature le concernant (contenu, mois et année).

[3] Le 18 mars 2009, la Cour ordonnait aux ministres de donner suite immédiatement à leur proposition à chaque fois où ces derniers avaient indiqués qu'ils étaient prêts à émettre une déclaration ou un énoncé général, un résumé et/ou de divulguer de l'information, le tout tel qu'il appert de leur réponse à la première proposition des avocats spéciaux.

[4] Les ministres ont soumis leurs réponses à la directive et à l'ordonnance sous forme de résumé de la preuve conformément à l'alinéa 83(1)e) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[5] Au cours de l'audience tenue à huis-clos, les avocats spéciaux ont fait valoir leur point de vue quant à l'exactitude et le caractère exhaustif ou non des résumés. À cet effet, ils ont demandé que certaines formulations soient revues et que de l'information soit ajoutée afin de refléter le plus fidèlement possible, sans porter atteinte à la sécurité nationale, la preuve au dossier de l'intéressé. Une première divulgation vers l'intéressé en résultera conformément à l'alinéa 83(1)e) de la LIPR.

[6] Lors de cette audience, les ministres ont présenté un témoin pour appuyer leur objection à divulguer certaines informations provenant d'agences étrangères visées par la première proposition des avocats spéciaux.

[7] Le témoin, un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service), a invoqué la règle des tiers pour justifier l'objection à la divulgation et a informé la Cour qu'une décision de l'exécutif avait été prise au sein du Service à l'effet que le Service ne ferait pas de demande aux agences étrangères visant la levée de la réserve (*caveat*) en ce qui concerne

[8] The special advocates then asked the Court to make an order compelling the ministers to make all reasonable efforts to obtain the consent of the foreign agencies involved in the Charkaoui case to the disclosure of the information provided to the Service and referred to in the special advocates' proposals 1, 2 and 3.

[9] This decision is the Court's response to the request made by the special advocates.

2. Issue

[10] The issue to be decided is a question of mixed law and fact in which the underlying facts of the case are classified and must remain confidential in accordance with paragraph 83(1)(d) [as am. *idem*] of the IRPA.

[11] At the outset, the Court notes that the issue is not the importance of the third-party rule, since that rule is recognized both by the Court and by counsel at the hearing. The only issue is how the Service and the ministers have interpreted that rule and how it applies to the certificate before me, i.e., the certificate relating to Mr. Charkaoui: based on that interpretation, they will not make reasonable efforts to request that the caveat be lifted or try to obtain consent to the disclosure of certain information.

3. Public Version

[12] This public version was facilitated by the public release of a previous decision relating to, *inter alia*, the third-party rule: the decision of my colleague Justice Simon Noël in the *Arar* case, *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. As a result, the general outline of the legal arguments that follow could be given here. On reading the judgment by my colleague, I saw that a position similar to the one submitted to me by counsel for the ministers seems to have been put before the Court in the past, in an application under section 38.04 [as

les cinq certificats de sécurité présentement devant la Cour.

[8] Les avocats spéciaux ont alors demandé à la Cour d'émettre une ordonnance enjoignant les ministres de déployer tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères impliquées dans le dossier Charkaoui à la divulgation d'informations transmises au Service et qui sont visées par les propositions 1, 2, et 3 des avocats spéciaux.

[9] La présente décision se veut la réponse de la Cour à la demande des avocats spéciaux.

2. Question en litige

[10] La question à être tranchée en est une mixte de faits et de droit où les faits sous-jacents à l'affaire sont classifiés et doivent demeurer confidentiels conformément à l'alinéa 83(1)d) [mod., *idem*] de la LIPR.

[11] D'emblée, la Cour tient à préciser que la question en litige ne porte pas sur l'importance de la règle des tiers puisque celle-ci est reconnue tant par la Cour que par les procureurs présents à l'audience. La seule question porte sur l'interprétation faite par le Service et les ministres de cette règle et sur son application au certificat devant moi, soit celui de M. Charkaoui, de ne pas déployer d'efforts raisonnables pour demander la levée de la réserve et de tenter d'obtenir un consentement à la divulgation de certains renseignements.

3. Version publique

[12] Cette version publique fut facilitée par l'émission publique d'une décision antérieure portant, entre autres, sur la règle des tiers, soit la décision de mon collègue, le juge Simon Noël, dans l'affaire *Arar*, *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. Par conséquent, les arguments de droit qui suivent ont pu être exposés dans leurs grandes lignes. La lecture du jugement de mon collègue m'a permis de constater qu'une position semblable à celle qui me fut soumise par les procureurs des ministres semble avoir déjà été soumise devant la

enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(7)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the CEA). In that case, the Attorney General of Canada sought an order from the Federal Court prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Arar Commission on the basis that disclosure of that information would be injurious to international relations, national defence or national security, merely by requesting consent to disclosure (paragraph 74). For the purposes of these reasons, I used the public version of his judgment (a parallel confidential judgment exists that applies the same legal principles to the specific facts of the case).

4. Position of the Ministers

[13] Counsel for the ministers, Nancie Couture, first argued the importance of the testimony given by the witness they had called and stressed his experience as an intelligence officer who was very familiar with the third-party rule and with the Service's relations with foreign agencies. The ministers took the position that this was not a matter affecting only the Charkaoui case; it affects the management of five security certificates simultaneously, involving a number of different foreign agencies that have provided various information used in the five security intelligence reports (SIR). As a result, merely requesting that the third parties lift the caveat could be injurious to national security. Counsel reiterated the clarifications made by the witness, who had specified that depending on the country from which consent was requested, the probability that the request would be injurious would undoubtedly be different.

[14] Counsel also cited the mosaic effect in support of her submissions, and said that an order by the Court asking foreign agencies to lift the caveat would have significant ramifications within the intelligence community. In the ministers' submission, an order of that nature would be perceived as a failure by the Canadian system to protect the information shared. That would be a warning to the international community that information shared in confidence as privileged information might eventually be disclosed publicly.

Cour dans le cadre d'une application en vertu de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(7)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC). Dans cette affaire, le procureur général du Canada sollicitait une ordonnance de la Cour fédérale interdisant la divulgation de certaines portions expurgées du rapport public présenté par la Commission Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale du seul fait de demander un consentement à la divulgation (paragraphe 74). Pour les fins de la présente je me suis servie de la version publique de son jugement (un jugement parallèle confidentiel existe qui applique aux faits particuliers du dossier les mêmes principes de droit).

4. Position des ministres

[13] La procureure des ministres, M^e Nancie Couture, a d'abord fait valoir l'importance du témoignage du témoin entendu en insistant sur l'expérience de ce dernier comme agent de renseignement bien informé de la règle des tiers et des relations que le Service a avec les agences étrangères. Pour les ministres, il n'est pas uniquement question du dossier Charkaoui mais de la gestion de cinq certificats de sécurité, de façon simultanée, ce qui représente plusieurs agences étrangères différentes qui ont donné plusieurs informations qui ont été utilisées dans les cinq rapports de renseignement de sécurité (RRS). Par conséquent, le simple fait de demander la levée de la règle des tiers pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale. Elle a réitéré les nuances apportées par le témoin qui avait spécifié qu'en fonction du pays auquel un consentement serait demandé, la probabilité du préjudice serait sans doute différente.

[14] La procureure a également invoqué l'effet mosaïque au soutien de ses représentations en affirmant qu'une ordonnance de la Cour sollicitant des agences étrangères la levée du *caveat* aurait des conséquences significatives au sein de la communauté du renseignement. D'après les ministres une telle ordonnance serait perçue comme un échec du système canadien de protéger l'information qui a été partagée. Cela servirait d'avertissement pour la communauté internationale que l'information partagée en confidence des renseignements privilégiés pourrait éventuellement être divulguée publiquement.

5. Position of the Special Advocates

[15] Denis Couture, for the special advocates, pointed out that the third-party rule does not mean a complete prohibition on disclosing information; it simply means that the consent of the agency that provided the information must be obtained before using it for purposes other than the receiving agency's purposes or before disclosing it. He noted that the witness knew nothing about the facts in the case of the person concerned (or in the other four cases) or the importance of the specific information that the special advocates in this case believe should be brought to the attention of the person concerned and his counsel.

[16] Mr. Couture stated that the importance of the third-party rule is not in issue here. The issue is the Service's decision to not even make a request, contrary to the case law, which is clear on this point: the courts have held that the ministers must show that they have made all reasonable efforts to obtain the consent of the foreign agencies to the disclosure of the information provided to the Service.

6. Analysis

(a) Third-Party Rule

[17] The Canadian courts have repeatedly noted the importance of the third-party rule, which relates to the exchange of information between security intelligence services and other similar agencies. The Court wishes to make it plain at the outset that it has no intention of minimizing the importance of the third-party rule or of not recognizing Canada's position as a net importer of intelligence.

[18] Essentially, the rule is that the receiving agency may not disclose the source or content of the information without the permission of the originating agency (see Chief Justice Lutfy in *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada*, 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222, paragraph 25).

5. Position des avocats spéciaux

[15] M^e Denis Couture, pour les avocats spéciaux, a rappelé que la règle des tiers ne signifie pas une interdiction complète de transmettre l'information mais simplement qu'il faille obtenir le consentement de l'agence de laquelle provient l'information avant de l'utiliser à des fins autres que celles de l'organisme récipiendaire ou de la transmettre. Il a souligné que le témoin entendu ne connaissait aucunement les faits du dossier de l'intéressé (ainsi que ceux des quatre autres dossiers) ou l'importance ou non que peut avoir l'information précise qui, dans le présent dossier de l'avis des avocats spéciaux, se doit d'être portée à l'attention de l'intéressé et de ses procureures.

[16] Celui-ci a précisé que ce n'est pas l'importance de la règle des tiers qui est mise en cause ici. Ce qui est en jeu, c'est la décision du Service de ne même pas faire de demande, contrairement à la jurisprudence qui est claire à ce sujet; celle-ci nous enseigne que les ministres doivent démontrer qu'ils ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères à la divulgation d'informations transmises au service.

6. L'analyse

a) La règle des tiers

[17] La jurisprudence canadienne a énoncé à maintes reprises l'importance de la règle des tiers qui concerne l'échange de renseignements entre services du renseignement de sécurité et autres organismes apparentés. D'emblée la Cour tient à préciser qu'il n'est pas question, pour cette Cour, de minimiser l'importance de la règle des tiers ou de ne pas reconnaître la position du Canada à titre d'importateur net de renseignements.

[18] Cette règle consiste essentiellement pour un organisme qui obtient des renseignements à ne pas dévoiler la source des renseignements ni le contenu sans l'autorisation de l'organisme d'origine (voir le juge en chef Lutfy dans *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada*, 2006 CF 1552, paragraphe 25).

[19] In *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, Justice Mosley expressed the same opinion, at paragraph 145:

Clearly, the purpose of the third party rule is to protect and promote the exchange of sensitive information between Canada and foreign states or agencies, protecting both the source and content of the information exchanged to achieve that end, the only exception being that Canada is at liberty to release the information and/or acknowledge its source if the consent of the original provider is obtained. [Emphasis added.]

[20] In the *Arar* case, above, Justice Noël explained that the rule is sacrosanct among law enforcement and intelligence agencies and is, he said, premised on mutual confidence, reliability and trust. He summarized what the Federal Court of Appeal said in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589, in which Justices Létourneau, Robertson and Sexton commented on the third-party rule in the context of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, at paragraphs 101, 103, 110–111:

Section 19 is a qualified mandatory exemption: the head of a government institution must refuse to disclose personal information obtained in confidence from another government or an international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. This is generally referred to as the third party exemption.

...

It is true that the primary thrust of the section 19 exemption is non-disclosure of the information but, as we already mentioned, it is not an absolute prohibition against disclosure. This exemption, like the others, has to be read in the overall context of the Act which favours access to the information held. Subsection 19(2) authorizes the head of a government institution to disclose the information where the third party consents.

...

In our view, a request by an applicant to the head of a government institution to have access to personal information about him includes a request to the head of that government

[19] Le juge Mosley dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 abondait dans le même sens au paragraphe 145 :

L'objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d'encourager l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l'unique exception étant que le Canada a toute latitude de communiquer les renseignements et/ou de faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu. [Soulignement ajouté.]

[20] Dans l'affaire *Arar*, précitée, le juge Noël expliquait que cette règle était sacro-sainte parmi les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement, une règle, dit-il, fondée sur la confiance mutuelle, la fiabilité et la loyauté. Il résumait les propos de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589, alors que les juges Létourneau, Robertson et Sexton ont commenté sur la règle des tiers dans le contexte de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 et de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, aux paragraphes 101, 103, 110 et 111 :

L'article 19 prévoit une exception obligatoire conditionnelle: le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels obtenus à titre confidentiel d'un autre gouvernement ou d'une organisation internationale d'États à moins que ce gouvernement ou cette institution ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics. C'est ce que l'on appelle généralement l'exception relative aux tiers.

[...]

Il est vrai que le but premier de l'exception prévue à l'article 19 est la non-communication de renseignements mais, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue. Cette exception, comme les autres, doit être interprétée dans le contexte général de la Loi, qui favorise la communication des renseignements qui sont conservés. Le paragraphe 19(2) autorise le responsable d'une institution fédérale à communiquer les renseignements si le tiers a donné son consentement.

[...]

À notre avis, en demandant au responsable d'une institution fédérale la communication des renseignements personnels le concernant, le demandeur demande également au responsable

institution to make reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the information. In so concluding, we want to make it clear that we are only addressing the question of onus and that we are in no way determining the methods or means by which consent of the third party can be sought. Political and practical considerations pertaining, among others, to the nature and volume of the information may make it impractical to seek consent on a case-by-case basis and lead to the establishment of protocols which respect the spirit and the letter of the Act and the exemption.

This means that the reviewing Judge ought to ensure that CSIS has made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information. If need be, a reasonable period of time should be given by the reviewing Judge to CSIS to comply with the consent requirement of paragraph 19(2)(a). [Emphasis added.]

[21] In summary, as my colleague wrote, the Federal Court of Appeal indicated in that case “that consent to disclosure is necessary to not violate the third-party rule and that law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they made reasonable efforts to obtain consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would be refused if consent to disclosure was sought” (paragraph 73 of the *Arar* case; emphasis added).

[22] That statement, of course, presumes that there may be cases in which a request is not possible, for example, because of tenuous relations with the originating foreign state or agency. In such a case, as the Federal Court of Appeal said in *Ruby*, above, CSIS must at least satisfy the Court that a request for consent to disclosure would be refused. That was not the evidence before me.

(b) Interpretation of the Third-Party Rule by the Ministers

[23] As we saw earlier, the ministers submit that merely contacting the foreign agencies to request that they lift the caveat would be injurious to CSIS’ ability to receive information in future, given the number of requests that could occur in the five security certificate cases. The fact that a considerable number of requests for consent to disclosure might be made concurrently in the security

de cette institution de faire des efforts raisonnables pour obtenir le consentement du tiers qui a fourni les renseignements en question. En tirant cette conclusion, nous voulons qu’il soit clair que nous examinons uniquement la question de la charge de la preuve et que nous ne déterminons aucunement les méthodes ou moyens par lesquels le consentement du tiers peut être demandé. Des considérations politiques et pratiques se rapportant, entre autres, à la nature des renseignements et à la quantité de renseignements peuvent empêcher l’obtention d’un consentement sur une base individuelle et mener à l’établissement de protocoles qui respectent l’esprit et la lettre de la Loi et de l’exception.

Cela veut dire que le juge qui effectue l’examen devrait s’assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers qui avait fourni les renseignements en question. Au besoin, le juge qui effectue l’examen devrait accorder une période raisonnable au SCRS pour lui permettre de se conformer à l’exigence relative au consentement prévue à l’alinéa 19(2)a). [Soulignement ajouté.]

[21] Mon collègue résumait, qu’en bref, dans cet arrêt, la Cour d’appel fédérale affirmait que « le consentement à la divulgation est nécessaire au respect de la règle des tiers et que les organismes d’application de la loi et les agences de renseignements doivent prouver qu’ils ont pris les moyens raisonnables pour obtenir un consentement à la divulgation ou prouver qu’une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée » (paragraphe 73 de l’affaire *Arar*; soulignement ajouté).

[22] Certes, une telle affirmation sous-entend qu’il puisse arriver des cas où une demande ne soit pas réalisable du fait, par exemple, de relations ténues avec l’État ou l’agence étrangère d’origine. Dans un tel cas, comme le mentionnait la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Ruby*, précité, le SCRS doit, à tout le moins, convaincre la Cour qu’une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée. Ce n’était pas la preuve devant moi.

b) L’interprétation de la règle des tiers par les ministres

[23] Comme nous l’avons vu ci-haut, les ministres soutiennent que le simple fait de contacter les agences étrangères pour leur demander la levée de la réserve serait préjudiciable à l’habilité du SCRS de recevoir de l’information dans le futur, vu le nombre possible de demandes qui peuvent survenir dans le cadre des cinq instances de certificats de sécurité. Le fait qu’un nombre

certificate cases would soon become known, and Canada would be perceived as an unreliable country, which would be injurious to Canada.

(c) Issues

[24] I find the ministers' arguments unconvincing, given the case law cited above on this issue. In my opinion, it is not sufficient for the government to decide that, as a general rule, it will not request the consent of foreign agencies because of the number of agencies involved at this point in the proceedings.

[25] Although the decisions cited relate primarily to other statutory schemes, i.e., the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, the *Access to Information Act* and the *Canada Evidence Act*, it seems to me that the principles that emerge from them can also be applied in the IRPA context.

[26] In my opinion, the importance of the issues in the security certificate cases for the persons concerned cannot be minimized.

[27] The ministers have the burden of proving, on a balance of probabilities, that disclosure would be injurious to national security or would endanger the safety of any person: see *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 66.

[28] There are a number of factors in this case that lead me to conclude that it would be incorrect to disregard the requirement to demonstrate to the Court that reasonable efforts have been made to seek consent in this case. I note the following factors:

(1) The fact that the ministers have used information in the past that came from the same foreign agencies in support of the confidential security intelligence report (SIR);

considérable de demandes de consentement à la divulgation puisse être sollicité concurremment dans les dossiers concernant les certificats de sécurité serait bientôt connu et le Canada serait perçu comme un pays non fiable, ce qui causerait un préjudice au Canada.

c) Les enjeux

[24] Je trouve les arguments des ministres peu convaincants à la lumière de la jurisprudence précitée sur cette question. À mon avis, il ne suffit pas pour le gouvernement de décider comme règle générale de ne présenter aucune demande de consentement aux agences étrangères à cause du nombre d'agences impliquées à ce stade de l'instance.

[25] Bien que la jurisprudence citée se soit développée principalement dans le cadre d'autres régimes législatifs, soient la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, la *Loi sur l'accès à l'information*, la *Loi sur la preuve au Canada*, il me semble que les principes qui s'en dégagent peuvent aussi s'appliquer dans le cadre de la LIPR.

[26] L'importance des enjeux dans les dossiers de certificats de sécurité ne peut, à mon avis, être minimisée pour les personnes visées.

[27] Les ministres ont le fardeau de prouver, selon une prépondérance de probabilité, que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, voir *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 66.

[28] Plusieurs facteurs dans mon dossier m'amènent à conclure que l'on ne doit pas écarter cette exigence, qui est de démontrer à la Cour que les efforts raisonnables ont été faits pour obtenir un consentement dans le présent dossier. Je retiens les facteurs suivants :

1) Le fait que les ministres ont déjà utilisé des informations en provenance de ces mêmes agences étrangères au soutien du rapport confidentiel de renseignement de sécurité (RRS);

(2) The fact that information or intelligence exists that was provided by foreign agencies has been known publicly since the public release of the summary of the intelligence report;

(3) The fact that it is public knowledge that the Moroccan authorities are involved in this case. Justice Noël's decision in *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 1670, [2006] 3 F.C.R. 325, indicated that on September 10, 2004, Morocco signed an international arrest warrant for the person concerned stating that Mr. Charkaoui was an active member of the Moroccan Islamic Combatant Group (GICM);

(4) The fact that at this stage what is being sought is only a request for consent;

(5) The fact that the special advocates have narrowed their requests and given priority to information that they regard as very important for the person concerned to be able to make full answer and defence;

(6) The fact that some information dates from several years ago and that it is therefore unlikely that the secret and confidential nature of the information is still of particular interest to the originating country: *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044;

(7) The fact that the case before the Federal Court is the only opportunity for the person concerned to be adequately informed of the ministers' position with respect to the proceedings and to be able to respond to it;

(8) The fact that once the certificate is found to be reasonable, it is proof of inadmissibility and constitutes an enforceable removal order;

[29] It seems to me that the Court is entitled to expect, at a minimum, a simple demonstration that reasonable efforts have been made to seek consent. In my opinion, the fact that five security certificates have been referred to the Court concurrently does not mean that the person concerned, named in the certificate before me, is not entitled to the full application of the third-party rule. That rule may not be invoked and applied only when it supports

2) Le fait qu'il existe des informations ou des renseignements en provenance d'agences étrangères est connu publiquement depuis l'émission publique du sommaire du rapport de renseignement;

3) Le fait qu'il est déjà connu que les autorités marocaines sont impliquées dans le dossier. Dans la décision du juge Noël dans *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 1670, [2006] 3 R.C.F. 325, il est relaté que le 10 septembre 2004 le Maroc signait un mandat d'arrêt international contre l'intéressé mentionnant que M. Charkaoui était membre actif du Groupe islamique des Combattants marocains (GICM);

4) Le fait qu'à ce stade, ce qui est demandé n'est que la quête d'un consentement;

5) Le fait que les avocats spéciaux ont ciblé leurs demandes en priorisant des éléments de renseignements qu'ils considéraient comme étant très importants afin de permettre à l'intéressé d'avoir une défense pleine et entière;

6) Le fait que certaines informations remontent à plusieurs années déjà et qu'en conséquence il est peu probable que leur caractère secret et confidentiel représente toujours un intérêt particulier pour le pays d'origine, *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044;

7) Le fait que l'instance devant la Cour fédérale est la seule occasion pour l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse des ministres à l'égard de l'instance en cause et de pouvoir y répondre;

8) Le fait qu'une fois jugé raisonnable le certificat fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur;

[29] Il me semble que la Cour est en droit de s'attendre, de façon minimale, à une simple démonstration que des efforts raisonnables ont été déployés pour obtenir un consentement. À mon avis, le fait de déposer à la Cour cinq certificats de sécurité concurremment ne peut faire obstacle au droit de l'intéressé, visé par le certificat devant moi, à l'application intégrale de la règle des tiers. Cette dernière ne peut être invoquée et recevoir application que

the position taken by the ministers. It must be applied objectively.

[30] It is not my role to decide the importance of certain facts in the other cases that are not before me. It may be that some information from foreign sources could be disclosed because the information has been neutralized, for example because it came from more than one source.

[31] In addition, the rule does not apply in a vacuum; it is part of a whole, and, as the witness explained, it is applied in the very concrete context of the day-to-day relations of the various intelligence and law enforcement agencies. As a result, I find it difficult to reconcile that statement with the flat refusal in this case, a refusal made without regard for the circumstances and without an alternative being presented by the ministers.

[32] With respect to the argument that disclosure would be injurious, it is my opinion that this would in fact be the result if the third-party rule were violated. In this scenario, there is no proposal that the third-party rule be disregarded; rather, the aim is to make sure that it is followed, since the third-party rule means that authorization may be requested. If that fact is known, I believe that it would reassure foreign agencies that Canada honours its agreements but, at the same time, makes the necessary efforts to give an individual the opportunity to answer the serious allegations made against him or her, in accordance with Canadian values and the obligations created by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[33] The Supreme Court pointed out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at paragraphs 50 and 54, that:

... [determining] whether a security certificate is reasonable takes place in a context different from that of a criminal trial... [T]he serious consequences of the procedure on the liberty and security of the named person bring interests protected by s. 7 of the *Charter* into play....

...

lorsqu'elle sert la thèse des ministres. Elle se doit d'être appliquée objectivement.

[30] Il ne m'appartient pas de décider de l'importance de certains faits dans les autres dossiers dont je ne suis pas saisie. Il est possible que certains renseignements provenant de sources étrangères puissent être divulgués parce que l'information est neutralisée du fait, par exemple, qu'elle provenait de plus d'une source.

[31] De plus, cette règle ne s'applique pas dans un vacuum, elle fait partie d'un tout, et comme l'a expliqué le témoin, son application s'inscrit dans le cadre bien réel des relations journalières des diverses agences de renseignement et d'application de la loi. En conséquence, il m'est difficile de concilier cette affirmation avec le refus global non adapté aux circonstances en l'espèce et sans qu'une solution de rechange ne soit présentée de la part des ministres.

[32] Quant au préjudice invoqué, à mon avis, il proviendrait plutôt d'un manquement à la règle des tiers. Or, il n'est pas question dans le présent scénario de passer outre à la règle des tiers mais au contraire de s'assurer de son respect puisque la règle des tiers implique qu'une autorisation puisse être demandée. Si ce fait est connu, je suis d'avis qu'il rassurerait des agences étrangères que le Canada respecte ses ententes mais que, ce faisant, il déploie également les efforts nécessaires pour donner à un individu la possibilité de répondre aux allégations graves qui pèsent contre lui, le tout conformément aux valeurs canadiennes et aux obligations imposées par 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].

[33] La Cour suprême a rappelé dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, aux paragraphes 50 et 54 :

L'évaluation du caractère raisonnable des certificats de sécurité [...] se situe dans un contexte différent de celui du procès pénal [...] l'importance des conséquences de la procédure pour la liberté et la sécurité de la personne visée mettent en cause des intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte* [...]

[...]

The consequences of security certificates are often more severe than those of many criminal charges. [Emphasis added.]

[34] Accordingly, the issuance of a certificate and consequences thereof demand great respect for the named person's right to procedural fairness. Every effort must be made to enable the person to answer the allegations made against him or her.

[35] I further note that what is being sought here is not that the foreign agencies be requested to disclose sensitive information involving, for example, the identity of a target of investigation or investigation methods; the request only covers the information that is the subject of the special advocates' proposals, and this information can be neutralized by purging the parts that could be sensitive to the originating country.

[36] In any event, the Service has demonstrated its ability in the past to summarize certain information from certain foreign agencies so that it can be disclosed. That same good faith will surely make it possible for the Service to ensure that reasonable efforts are made to seek consent.

[37] To meet their burden of satisfying the Court, on a balance of probabilities, that disclosure to the person concerned is not possible because it would be injurious to national security (paragraph 83(1)(c) of the IPRA), the Court orders the ministers to report to the Court the reasonable efforts that the Service has made to obtain the consent of the foreign agencies involved for the purpose of disclosing the information referred to in the special advocates' proposals in the case of Adil Charkaoui, or to prove, with respect to each of the agencies concerned, that a request for consent to neutral disclosure of the information would be refused. A hearing for that purpose will be held *in camera* on a date to be set by the Court.

ORDER

To meet their burden of satisfying the Court, on a balance of probabilities, that disclosure to the person

Ces certificats emportent des conséquences dont la gravité dépasse souvent celles de bien des accusations criminelles. [Mon soulignement.]

[34] En conséquence, la délivrance du certificat et ses conséquences exigent un grand respect pour l'équité procédurale due à la personne visée. Tout effort doit être fait pour lui permettre de répondre aux allégations qui lui sont reprochées.

[35] Je constate de surcroît qu'il ne s'agit pas ici de demander aux agences étrangères la divulgation de renseignements sensibles mettant en jeu, par exemple, l'identité de cible d'enquête ou de méthodes d'enquête mais uniquement de renseignements ciblés faisant l'objet des propositions de divulgation des avocats spéciaux qui peuvent être neutralisés en épurant les éléments qui pourraient être sensibles pour le pays d'origine.

[36] Quoi qu'il en soit, le Service a déjà démontré son aptitude à résumer certaines informations en provenance de certaines agences étrangères, de façon à en permettre la divulgation. Cette même bonne foi permettra certainement au Service de s'assurer que les efforts raisonnables ont été faits pour tenter d'obtenir le consentement.

[37] Afin de rencontrer le fardeau de preuve qui leur revient de convaincre la Cour suivant la norme de prépondérance de la preuve qu'une divulgation vers l'intéressé n'est pas possible parce qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale (alinéa 83(1)c) de la LIPR), la Cour ordonne aux ministres de venir faire rapport à la Cour des efforts raisonnables déployés par le Service pour obtenir le consentement des agences étrangères concernées en vue de permettre la divulgation des informations visées par les propositions des avocats spéciaux au dossier de M. Adil Charkaoui ou de prouver, pour chacune des agences concernées, qu'une telle demande de consentement à la divulgation neutre des informations leur serait refusée. Une audience à cet effet sera tenue à huis-clos à une date à être déterminée par la Cour.

ORDONNANCE

Afin de rencontrer le fardeau de preuve qui leur revient de convaincre la Cour suivant la norme de prépondérance

concerned is not possible because it would be injurious to national security (paragraph 83(1)(c) of the IRPA), the Court orders the ministers to report to the Court the reasonable efforts that the Service has made to obtain the consent of the foreign agencies involved for the purpose of disclosing the information referred to in the special advocates' proposals in the case of Adil Charkaoui, or to prove, with respect to each of the agencies concerned, that a request for consent to neutral disclosure of the information would be refused. A hearing for that purpose will be held *in camera* on a date to be set by the Court.

de la preuve qu'une divulgation vers l'intéressé n'est pas possible parce qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale (alinéa 83(1)c) de la LIPR), la Cour ordonne aux ministres de venir faire rapport à la Cour des efforts raisonnables déployés par le Service pour obtenir le consentement des agences étrangères concernées en vue de permettre la divulgation des informations visées par les propositions des avocats spéciaux au dossier de M. Adil Charkaoui ou de prouver, pour chacune des agences concernées, qu'une telle demande de consentement à la divulgation neutre des informations leur serait refusée. Une audience à cet effet sera tenue à huis-clos à une date à être déterminée par la Cour.

IMM-5093-08
2009 FC 731

IMM-5093-08
2009 CF 731

Loai Shaath (*Applicant*)

Loai Shaath (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: SHAATH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (F.C.)**

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

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, June 17; Ottawa,
July 20, 2009.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 17 juin;
Ottawa, 20 juillet 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from departure order — Applicant supporting family from abroad, breaching residency obligation under Immigration and Refugee Protection Act, s. 28 — IAD concluding existing humanitarian, compassionate considerations not sufficient to grant relief under Act, s. 67(1)(c), allow applicant to retain permanent resident status — IAD alert to applicant's intention to establish himself, but not satisfied with degree of establishment at date of hearing — Applicant not discharging burden of convincing IAD children would suffer undue hardship — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) a rejeté l'appel du demandeur à l'encontre d'une mesure d'interdiction de séjour — Le demandeur subvenait aux besoins de sa famille de l'étranger et il a manqué à l'obligation de résidence énoncée à l'art. 28 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La SAI a conclu qu'il n'existait pas de motifs d'ordre humanitaire lui permettant de prendre des mesures spéciales en application de l'art. 67(1)c) de la Loi et d'autoriser le demandeur à conserver son statut de résident permanent — La SAI s'est penchée sur l'intention du demandeur de s'établir, mais elle n'estimait pas que le degré d'établissement à la date de l'audition était suffisant — Le demandeur ne s'est pas acquitté de son fardeau de convaincre la SAI que ses enfants subiraient une contrainte excessive — Demande rejetée.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from departure order — Impact of Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa (S.C.C.) on exercise of discretion under Immigration and Refugee Protection Act, s. 67(1)(c) (special relief for H&C considerations) examined — Khosa clear that reasonableness standard applicable herein, requiring deference.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) a rejeté l'appel du demandeur à l'encontre d'une mesure d'interdiction de séjour — Examen des répercussions de l'arrêt Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa (C.S.C.) sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 67(1)c) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (prise de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire) — L'arrêt Khosa établit clairement que la déférence s'impose lorsque la norme de raisonabilité s'applique.

This was an application for judicial review of an Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing the applicant's appeal from a departure order issued pursuant to paragraph 41(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) by reason of his failure to comply with the residency obligation under section 28 of that Act.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) a rejeté l'appel que le demandeur a interjeté à l'encontre de la mesure d'interdiction de séjour prise en application de l'article 41 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) pour le non-respect de son obligation de résidence énoncée à l'article 28 de cette Loi.

The applicant, a permanent resident since 2001, regularly traveled to the United Arab Emirates to find work in order to support his family, including a son with a language deficiency. As a result, he spent less than the 730 days in Canada during the relevant five-year period required to meet the residency obligation as prescribed in section 28 of the IRPA. In its decision, the IAD considered the *Ribic* factors in determining whether it should exercise its discretionary jurisdiction to grant special relief for humanitarian and compassionate (H&C) considerations, pursuant to paragraph 67(1)(c) of the IRPA. It found *inter alia* that the applicant could not rely on the establishment of his family in Canada alone to demonstrate that he was also established in Canada, that the breach of his residency obligation was a strong negative factor, and that his family would not suffer undue hardship if he were removed. The IAD concluded that there did not exist sufficient H&C considerations to allow the applicant to retain his permanent resident status.

The principal issues were whether, in exercising its discretion, the IAD failed to consider the applicant's intention to establish himself in Canada, and whether the IAD's treatment of the evidence relating to the best interests of the children was faulty.

Held, the application should be dismissed.

The impact of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa* on the exercise by the IAD of its discretion under paragraph 67(1)(c) of the IRPA was examined. *Khosa* makes it clear that the reasonableness standard, applicable herein, requires deference. A reviewing court should thus not be allowed to substitute its own appreciation of the appropriate solution. Rather, it must determine if a tribunal's decision falls within a range of possible, reasonable outcomes.

A review of the IAD's reasons showed that it was alert to the applicant's intention throughout the period of required physical residency to establish himself in Canada; however, it was not satisfied with the degree of establishment at the date of the hearing.

The IAD was alert, alive and sensitive to the best interests of the children. After reviewing the evidence before the IAD, including factors such as the duration of the separation between the applicant and his family, and the applicant's frequent returns to Canada when not working abroad, it was found that the applicant did not discharge his burden of convincing the IAD that his children would suffer undue hardship.

Le demandeur, un résident permanent depuis 2001, se rendait régulièrement aux Émirats arabes unis pour trouver du travail afin de subvenir aux besoins de sa famille, dont un fils ayant un problème d'apprentissage. En conséquence, il n'a pas été au Canada pendant 730 jours au cours de la période quinquennale en cause et n'a pas satisfait à l'obligation de résidence énoncée à l'article 28 de la LIPR. Dans sa décision, la SAI a pris en considération les facteurs formulés dans *Ribic* pour trancher la question de savoir si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire en application de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR. Elle a notamment conclu que le demandeur ne pouvait invoquer uniquement l'établissement de sa famille au Canada pour démontrer que lui aussi était établi au Canada, que le manquement à son obligation de résidence était un facteur négatif pesant lourdement dans la balance, et que sa famille ne subirait pas une contrainte excessive s'il était renvoyé. La SAI a conclu qu'il n'existait pas de motifs d'ordre humanitaire permettant au demandeur de conserver son statut de résident permanent.

Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la SAI a omis de tenir compte de l'intention du demandeur de s'établir au Canada et si la SAI s'est trompée dans le cadre de son appréciation de la preuve relative à l'intérêt supérieur des enfants.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La Cour s'est penchée sur les répercussions de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la SAI en vertu de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR. L'arrêt *Khosa* établit clairement que la déférence s'impose lorsque la norme de raisonabilité s'applique. Les cours de révision ne peuvent donc pas substituer la solution qu'elles jugent elles-mêmes appropriées, mais doivent plutôt déterminer si la décision dont elles sont saisies fait partie des issues possibles acceptables.

Il appert des motifs de la SAI que cette dernière s'est penchée sur l'intention du demandeur de s'établir au Canada pendant la période visée par l'obligation de résidence; cependant, elle n'estimait pas que le degré d'établissement du demandeur à la date de l'audience était suffisant.

La SAI était attentive, réceptive et sensible aux intérêts des enfants. Après avoir examiné la preuve dont la SAI était saisie, notamment la durée de la séparation du demandeur et de sa famille et les retours fréquents du demandeur au Canada lorsqu'il ne travaillait pas à l'étranger, la Cour a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté de son fardeau de convaincre la SAI que ses enfants subiraient une contrainte excessive.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 28 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)), 41(b), 63(4), 67(1)(c).

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1, revg 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332, 276 D.L.R. (4th) 369, 59 Imm. L.R. (3d) 122, revg 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138, 48 Imm. L.R. (3d) 253.

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

CONSIDERED:

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, 208 D.L.R. (4th) 107, 37 Admin. L.R. (3d) 252; *Angeles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1257, 262 F.T.R. 41, 38 Imm. L.R. (3d) 308; *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 38, [2004] 2 F.C.R. 635, 318 N.R. 300.

REFERRED TO:

Chirwa, Lancelot (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.); *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL).

APPLICATION for judicial review of an Immigration Appeal Division decision ([2008] I.A.D.D. No. 2079 (QL)) dismissing the applicant's appeal from a departure order issued by reason of his failure to comply with his residency obligations. Application dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 28 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)), 41, 63(4), 67(1)c).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, infirmant 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332, infirmant 2005 CF 1218.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Angeles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1257; *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 38, [2004] 2 R.C.F. 635.

DÉCISIONS CITÉES :

Chirwa, Lancelot (1970), 4 A.I.A. 351 (C.A.I.); *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2008] D.S.A.I. n° 2079 (QL)) par laquelle la Section d'appel de l'immigration a rejeté l'appel du demandeur à l'encontre de la mesure d'interdiction de séjour prise pour le non-respect de son obligation de résidence. Demande rejetée.

APPEARANCES

Jacques Beauchemin for applicant.
Sylviane Roy for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Beauchemin Paquin Jobin Brisson Philpot, Montréal,
 for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

LEMIEUX J.:

Introduction and background

[1] In this judicial review application, the applicant, who was born in Gaza in Palestine and has been a permanent resident of Canada since 2001, challenges the November 10, 2008 decision [[2008] I.A.D.D. No. 2079 (QL)], made by Carol Hilling of the Immigration Appeal Division, (the tribunal or the IAD) dismissing his appeal from a departure order issued against him on November 27, 2007, pursuant to paragraph 41(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA), by reason of his failure to comply with section 28 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)] of the IRPA, which provides a permanent resident meets with his residency obligations in each five-year period if he/she was physically present in Canada at least 730 days during that period. Section 28 of the IRPA reads:

28. (1) A permanent resident must comply with a residency obligation with respect to every five-year period.

(2) The following provisions govern the residency obligation under subsection (1):

(a) a permanent resident complies with the residency obligation with respect to a five-year period if, on each of a total of at least 730 days in that five-year period, they are

(i) physically present in Canada,

...

ONT COMPARU

Jacques Beauchemin pour le demandeur.
Sylviane Roy pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Beauchemin Paquin Jobin Brisson Philpot, Montréal,
 pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE LEMIEUX :

Introduction et contexte

[1] Le demandeur, qui est né à Gaza en Palestine et qui était résident permanent au Canada depuis 2001, conteste, par la présente demande de contrôle judiciaire, la décision en date du 10 novembre 2008 [[2008] D.S.A.I. n° 2079 (QL)] rendue par Carol Hilling, de la Section d'appel de l'immigration (le tribunal ou la SAI), rejetant l'appel interjeté contre la mesure d'interdiction de séjour prononcée contre lui le 27 novembre 2007 en application de l'article 41 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR) pour non-respect de l'article 28 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)] de la LIPR. Cette dernière disposition prévoit que, pour satisfaire à son obligation de résidence, le résident permanent doit être effectivement présent au Canada pour au moins 730 jours pendant la période quinquennale applicable. En voici le texte :

28. (1) L'obligation de résidence est applicable à chaque période quinquennale.

(2) Les dispositions suivantes régissent l'obligation de résidence :

(a) le résident permanent se conforme à l'obligation dès lors que, pour au moins 730 jours pendant une période quinquennale, selon le cas :

(i) il est effectivement présent au Canada,

[...]

(b) it is sufficient for a permanent resident to demonstrate at examination

(i) if they have been a permanent resident for less than five years, that they will be able to meet the residency obligation in respect of the five-year period immediately after they became a permanent resident;

(ii) if they have been a permanent resident for five years or more, that they have met the residency obligation in respect of the five-year period immediately before the examination; and

(c) a determination by an officer that humanitarian and compassionate considerations relating to a permanent resident, taking into account the best interests of a child directly affected by the determination, justify the retention of permanent resident status overcomes any breach of the residency obligation prior to the determination. [My emphasis.]

[2] Subsection 63(4) of the IRPA provides for a right of appeal to the Immigration Appeal Division from a determination on the residency obligation and paragraph 67(1)(c) of that same Act reads:

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

...

(c) ... taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all of the circumstances of the case.

[3] It is worthy to note at the very beginning of these reasons, the tribunal reached its conclusion despite the fact counsel for the Minister appearing before the tribunal agreed the appeal should be allowed on humanitarian grounds mainly because of the family's establishment in Canada who, except for Mr. Shaath, are Canadian citizens. Counsel for the Minister also recognized his important financial investment in Canada and "he had been credible in his efforts to obtain his certification in Canada in order to get a job in his own speciality in the near future". Her main reason for recommending Mr. Shaath's appeal be allowed, was because she thought "it was nonsense to

b) il suffit au résident permanent de prouver, lors du contrôle, qu'il se conformera à l'obligation pour la période quinquennale suivant l'acquisition de son statut, s'il est résident permanent depuis moins de cinq ans, et, dans le cas contraire, qu'il s'y est conformé pour la période quinquennale précédant le contrôle;

c) le constat par l'agent que des circonstances d'ordre humanitaire relatives au résident permanent — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — justifient le maintien du statut rend inopposable l'inobservation de l'obligation précédant le contrôle. [Je souligne.]

[2] Un droit d'appel à la Section d'appel de l'immigration est prévu au paragraphe 63(4) de la LIPR à l'égard des décisions rendues relativement à l'obligation de résidence, et l'alinéa 67(1)c) de cette même Loi énonce ce qui suit :

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

[...]

c) [...] il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

[3] Il convient de signaler d'entrée de jeu que le tribunal est parvenu à sa conclusion en dépit du fait que l'avocate représentant le ministre avait consenti à ce que l'appel soit accueilli pour des motifs d'ordre humanitaire, principalement en raison de l'établissement au Canada de la famille, dont tous les membres, sauf M. Shaath, étaient citoyens canadiens. L'avocate du ministre avait également reconnu l'important investissement réalisé par l'intéressé au Canada et avait convenu qu' [TRADUCTION] « il avait fait des efforts plausibles pour obtenir une accréditation professionnelle au Canada et pouvoir ainsi se trouver un emploi dans son domaine dans un avenir

ask for a denial of the appeal since Mr. Shaath could apply tomorrow as a member of the Family Class, sponsored by his wife and it would be really easy to obtain his permanent residency and start the whole thing again”. According to her, she considered that, in all of the circumstances, “the punishment of losing his permanent residency would be disproportional in all of the circumstances”.

[4] Mr. Shaath does not contest the legality of the departure order but rather his counsel submitted sufficient humanitarian and compassionate considerations existed which warranted the exercise of the tribunal’s discretionary jurisdiction to grant special relief in light of all of the circumstances of this case taking into account the best interests of the children affected by the decision to order his departure.

Facts

[5] The Shaath family is composed of: the father Loai who is the applicant, his wife Lena and their children: daughter Dalya, age 14; son Ramadan, age 13; and, son Wael, age 8. As noted, Mrs. Shaath and the children are now Canadian citizens. The couple has another son Tarek, age 6½, born in Canada in February of 2002.

[6] The applicant and his wife Lena are stateless persons having been born in Palestine. They have no passports but have travel documents issued by the Palestinian Authority.

[7] Prior to arriving in Canada, the couple had been long time residents of Dubai in the United Arab Emirates (UAE). Mr. Shaath first resided there in 1985, where he worked in the audit, insurance and financial services field. His spouse Lena was employed as a teacher.

[8] In 1998, they applied for permanent resident status in Canada. They were approved and first landed in Canada in July 2001; they stayed only for two or three weeks to determine where in Canada they would reside. They also

rapproché ». Sa recommandation à l’effet d’accueillir l’appel de M. Shaath découlait principalement de son opinion qu’ [TRADUCTION] « il était illogique de demander le rejet de l’appel puisque M. Shaath pouvait dès demain présenter une demande parrainée par son épouse en tant que membre de la catégorie du regroupement familial, et il lui serait vraiment facile d’obtenir un visa de résident permanent et de recommencer tout le processus ». Selon elle, [TRADUCTION] « lui retirer son statut de résident permanent constituerait une punition disproportionnée dans les circonstances ».

[4] M. Shaath ne conteste pas la légalité de la mesure d’interdiction de séjour; son avocat fait plutôt valoir que des motifs d’ordre humanitaire justifient que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures spéciales, compte tenu de l’intérêt supérieur des enfants touchés par la mesure d’interdiction de séjour visant leur père et des autres circonstances.

Les faits

[5] La famille Shaath se compose du père, Loai, demandeur en l’espèce, de sa femme, Lena, de sa fille, Dalya, âgée de 14 ans et de ses fils, Ramadan et Wael, âgés respectivement de 13 et 8 ans. Comme il en a été fait mention, M^{me} Shaath et les enfants sont à présent citoyens canadiens. Le couple a un quatrième enfant, Tarek, un garçon âgé de 6 ans et demi, qui est né au Canada au mois de février 2002.

[6] Le demandeur et sa femme, nés en Palestine, sont apatrides. Ils n’ont pas de passeport, mais ils possèdent des documents de voyage délivrés par l’Autorité palestinienne.

[7] Avant d’arriver au Canada, le couple a résidé longtemps à Dubai dans les Émirats arabes unis (ÉAU). M. Shaath y est arrivé en 1985, et il y a travaillé dans la vérification comptable, les assurances et les services financiers. Sa femme, Lena, était enseignante.

[8] En 1998, ils ont demandé le statut de résident permanent au Canada. Leur demande a été accueillie et ils sont venus au Canada au mois de juillet 2001. Leur séjour n’a alors duré que deux ou trois semaines car il

wanted to return to the UAE to complete their contracts of employment.

[9] After Tarek was born in Canada in February 2002, they returned to the UAE in May of 2002. In July 2003, Mr. Shaath completed his contract in Dubai; the whole family then moved to Montréal.

[10] Mr. Shaath testified he tried to find work here in the field he was familiar with—the insurance business—but was unable to obtain any work because he was not licensed nor did he have an appropriate certificate. He then enrolled in two courses at Concordia University, after which a decision was made he would return to the UAE to find work, in order to support his family since he could not find employment in Canada. He went back to the UAE in March 2004, returning to Canada in late 2004 at which time he and his sister-in-law purchased a commercial property in Lachine.

[11] From 2004 to today, Mr. Shaath began his odyssey between Canada and the UAE where he worked to support his family. He has never been employed in Canada to this date. Neither has Mrs. Shaath, who devotes her time to care of the children.

[12] It is unnecessary and perhaps impossible to detail all of his departures from and returns to Canada. After reviewing the transcript, I agree with the tribunal's finding, at paragraph 6: "It was, however, very difficult to assess just how much time he spent outside Canada because the appellant was not forthcoming with dates, saying that he did not remember. In addition, he testified that the periods indicated in his Determination of Permanent Resident Status Questionnaire were unreliable because he was too tired by the long journey from the UAE to Canada when he filled out the forms." In any event, both counsel at the hearing before the tribunal agreed Mr. Shaath spent approximately 500 days in Canada, during the relevant period of November 27, 2002 to November 27, 2007.

[13] In 2006, Mr. Shaath joined the Insurance Institute of Canada because: "I have to be certified in this profession to find suitable work for me in Canada" (transcript, certified tribunal record (CTR), at page 337).

visait à déterminer où ils allaient s'établir. Ils souhaitaient également terminer leurs contrats de travail aux ÉAU.

[9] Après la naissance de Tarek au Canada en février 2002, ils sont retournés aux ÉAU en mai 2002. Au mois de juillet 2003, le contrat de M. Shaath à Dubai a pris fin; toute la famille a alors déménagé à Montréal.

[10] M. Shaath a témoigné qu'il a tenté de se trouver du travail dans le domaine qu'il connaissait, c'est-à-dire les assurances, mais qu'il n'y est pas parvenu parce qu'il ne possédait ni la certification ni le permis requis. Il s'est donc inscrit à deux cours à l'Université Concordia, après lesquels il a été décidé que, puisqu'il ne se trouvait pas d'emploi au Canada, il retournerait travailler aux ÉAU afin de subvenir aux besoins de sa famille. Il est retourné aux ÉAU au mois de mars 2004, pour revenir au Canada à la fin de 2004. C'est à ce moment qu'avec sa belle-sœur il a acheté un immeuble commercial à Lachine.

[11] De 2004 à aujourd'hui, M. Shaath a effectué des allers-retours entre le Canada et les ÉAU, où il travaillait pour faire vivre sa famille. Il n'a jamais encore travaillé au Canada. Sa femme, qui s'occupe à temps plein des enfants, n'a pas travaillé au Canada elle non plus.

[12] Il est inutile de recenser tous les départs du demandeur du Canada et tous ses retours, et peut-être est-ce impossible. Après examen de la transcription, je souscris à la conclusion formulée par le tribunal au paragraphe 6 qu'il est « très difficile de déterminer exactement le temps que l'appelant a passé hors du Canada, car il n'a pas donné énormément de dates, prétendant les avoir oubliées. L'appelant a aussi signalé que les périodes indiquées dans son questionnaire Détermination du statut de résident permanent ne sont pas fiables, car au moment où celui-ci l'a rempli, il était trop fatigué par le long voyage entre les ÉAU et le Canada ». Quoi qu'il en soit, les deux avocats ont convenu, à l'audience devant le tribunal, que M. Shaath avait passé environ 500 jours au Canada pendant la période pertinente allant du 27 novembre 2002 au 27 novembre 2007.

[13] En 2006, M. Shaath a adhéré à l'Institut d'assurance du Canada parce qu'ainsi qu'il l'a affirmé [TRADUCTION] « il faut que j'aie une accréditation professionnelle pour trouver un emploi convenable au Canada » (transcription, dossier certifié du tribunal (DCT), à la page 337).

[14] On October 21, 2008, when he testified before the tribunal, Mr. Shaath stated he had passed the first-level exams in December 2007 and he was studying to clear the next and final level with exams to take place in December 2008 and was aiming for his certification by July 2009. His study courses were taken on-line since he already has experience in the insurance field.

[15] In 2007, he purchased a triplex in Brossard but could not move his family into it since he needed to be in the Saint-Laurent area because his eldest son has a language problem and is being assisted by medical facilities and schools in that area which is where the family first established itself when they settled in Montréal in 2003.

[16] He leases the commercial building in Lachine in which he has a one-half interest and leases the triplex in Brossard but has to pay rent for the house the family rents in Ville Saint-Laurent. His work in the UAE supplies the rest of the income to support their needs.

[17] At that October 21, 2008 hearing, he testified he would be returning to the UAE and was in the midst of negotiating a consultancy contract. He was still there at the date of this Court's hearing.

The tribunal's decision

[18] After summarizing the facts described above, the tribunal began its analysis by considering the factors useful in deciding whether it should exercise its discretionary jurisdiction in light of all of the circumstances of this case, noting such factors were not exhaustive and the weight to each of them may vary depending on the circumstances of each case.

[19] The tribunal [at paragraph 12] quoted *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.) for the proposition "compassionate and humanitarian considerations are defined as those facts established by the evidence, which would excite in a reasonable man in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another so long as these misfortunes warrant the granting of special relief from the effect of the provisions of the *Act*".

[14] Le 21 octobre 2008, lorsqu'il a été entendu par le tribunal, M. Shaath a déclaré qu'il avait passé les examens du premier niveau au mois de décembre 2007, qu'il étudiait pour terminer le deuxième et dernier niveau, dont les examens avaient lieu au mois de décembre 2008 et qu'il espérait obtenir son titre au mois de juillet 2009. Il suivait ses cours en ligne puisqu'il possédait déjà de l'expérience dans le domaine des assurances.

[15] En 2007, il a acheté un triplex à Brossard, mais la famille n'y a pas emménagé car son fils aîné, qui éprouve des difficultés d'apprentissage, est suivi dans des établissements de santé et d'éducation de Ville Saint-Laurent, où la famille s'est installée lorsqu'elle s'est établie à Montréal en 2003.

[16] L'immeuble commercial qu'il possède pour moitié à Lachine et le triplex dont il est propriétaire à Brossard sont loués, mais il doit payer le loyer de la maison où sa famille habite à Ville Saint-Laurent. Son travail aux ÉAU fournit le reste du revenu nécessaire pour subvenir aux besoins de sa famille.

[17] À l'audience tenue le 21 octobre 2008, il a témoigné qu'il prévoyait retourner aux ÉAU et qu'il était en train de négocier un contrat de consultant. Il était encore là-bas à la date de l'audience devant notre Cour.

La décision du tribunal

[18] Après avoir résumé les faits susmentionnés, le tribunal a commencé son analyse par l'examen des facteurs utiles pour déterminer si l'exercice de son pouvoir discrétionnaire se justifie compte tenu de l'ensemble des circonstances, faisant remarquer que la liste de ces facteurs n'est pas exhaustive et que le poids à accorder à chacun peut différer selon les circonstances.

[19] Le tribunal [au paragraphe 12], citant à l'appui *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 A.I.A. 351 (C.A.I.), a posé « que les motifs d'ordre humanitaire sont définis comme étant les faits établis par la preuve, de nature à inciter tout homme raisonnable d'une société civilisée à soulager les malheurs d'une autre personne — dans la mesure où ses malheurs [justifient la prise de mesures spéciales] aux fins des dispositions de la *Loi* ».

[20] The tribunal next referred to the *Ribic* factors [*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL)] approved by the Supreme Court of Canada, in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84 (*Chieu*), as factors which should be taken into consideration when evaluating and assessing the evidence in an application for discretionary relief to stay the removal of a permanent resident of Canada for humanitarian and compassionate considerations. Those factors [as set out by the tribunal at paragraph 12] are:

- a. The degree of establishment in Canada including employment and skills training;
- b. the reasons for leaving Canada;
- c. the reasons of continued or lengthy stay abroad;
- d. whether any attempts were made to return to Canada at the first opportunity;
- e. the family support available in Canada;
- f. the impact that the removal has on a person and his family;
- g. the hardship which the appellant would suffer if he was removed from Canada.

[21] The tribunal next analysed the *Ribic* factors in the following manner.

Establishment

[22] The fact Mr. Shaath owns property in Canada, pays municipal and school taxes and other taxes is a positive factor, but according to the tribunal, it is the only evidence of his establishment in Canada in contrast to the evidence which shows the rest of his family is very well established here. The tribunal stated Mr. Shaath could not rely on the establishment of his family in Canada alone to demonstrate he is established in Canada as well.

[23] The tribunal noted [at paragraph 14] he never worked in Canada and went back to the UAE “whenever he needs to supplement the income he derives from the lease of his property in Canada.” The tribunal was of the

[20] Il a ensuite fait état des facteurs *Ribic* [*Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)], reconnus dans l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84 (*Chieu*), comme les facteurs à appliquer dans l’appréciation de la preuve soumise à l’appui des demandes de sursis d’exécution de renvoi de résidents permanents fondées sur des motifs d’ordre humanitaire et relevant du pouvoir discrétionnaire du tribunal, dont il a fait la liste suivante [au paragraphe 12] :

- a. le degré d’établissement de l’appelant au Canada, y compris sur les plans de l’emploi et la formation professionnelle;
- b. les raisons de son départ du Canada;
- c. les raisons de son séjour prolongé à l’étranger;
- d. la question de savoir s’il a tenté de revenir à la première occasion;
- e. le soutien familial dont bénéficie l’appelant au Canada;
- f. les conséquences du renvoi de l’appelant sur celui-ci et sa famille;
- g. les difficultés que l’appelant éprouverait si l’entrée au Canada lui était refusée.

[21] Le tribunal a analysé ces facteurs de la façon suivante.

Établissement

[22] Il a considéré comme un facteur positif que M. Shaath possède des biens au Canada et paie des impôts, dont les taxes municipales et scolaires, mais a relevé qu’il s’agissait là du seul élément indicateur de son établissement au Canada, alors que la preuve de l’établissement du reste de la famille était plus abondante. Selon le tribunal, M. Shaath ne pouvait invoquer uniquement l’établissement de sa famille pour démontrer que lui aussi était établi au Canada.

[23] Le tribunal a signalé [au paragraphe 14] que l’intéressé n’avait jamais travaillé au Canada et qu’il retournait aux ÉAU « chaque fois qu’il a besoin d’arrondir le revenu que lui procurent ses propriétés au Canada ».

view there is evidence Mr. Shaath “intends to establish himself in Canada at some point, as indicated by the courses he is taking to become a certified insurance broker in Canada”. The tribunal said its decision must be based on the evidence at the hearing and viewed his courses at the Insurance Institute of Canada as not a very strong factor in the relevant period (November 2002 to November 2007).

The breach of his residency obligation

[24] The tribunal considered this failure to be a strong negative factor writing [at paragraph 15]:

The evidence shows that the appellant left Canada of his own volition. In addition, he admitted at the hearing that he was aware he had a residency obligation. In response to questions from the Panel he testified that he never really worried about it because he thought he did not need to fully respect it. This is something that the Panel finds particularly significant as it indicates that the appellant never made any effort to abide by the conditions of his permanent resident status. [My emphasis.]

No acceptable reason not to be present in Canada and no return to Canada at the earliest possible opportunity

[25] The tribunal wrote the following on this point [at paragraph 16]:

In itself, the fact that the appellant chose to return to the UAE to earn enough money to support his family in Canada in the way they have been accustomed while acquiring the necessary certification to find work in his field of expertise in Canada would not necessarily be a negative factor. However, in this case, it was entirely possible for the appellant to do that while respecting the residency requirements of section 28 of the Act. There was no acceptable reason for the appellant not to be present in Canada for 730 days between November 2002 and November 2007. By November 2002, the appellant had been a permanent resident for 20 months and had spent no more than a few weeks in Canada because, of his own choice, he decided to postpone his departure from the UAE until the end of his contract. He and his family arrived in July 2003, and after a few months he chose to go back to the UAE. The mere fact that it was very difficult to get more precise answers from the appellant as to the dates of his trips is indicative of his lack of concern about his residency obligation. In the Panel’s opinion,

De l’avis du tribunal, il existait des éléments de preuve indiquant que M. Shaath « compte s’établir au Canada un jour ou l’autre, comme en font foi les cours qu’il suit pour devenir courtier d’assurance accrédité », mais il a précisé qu’il devait fonder sa décision sur la preuve existant au moment de l’audience, et il a jugé que les cours suivis à l’Institut d’assurance du Canada ne constituaient pas un facteur de poids relativement à la période pertinente (novembre 2002 à novembre 2007).

Manquement à l’obligation de résidence

[24] Le tribunal a estimé que ce manquement était un facteur négatif pesant lourdement dans la balance, écrivant [au paragraphe 15] :

La preuve démontre que l’appelant a quitté le Canada de son propre chef. En outre, l’appelant a admis à l’audience avoir été au courant de l’obligation de résidence. En réponse aux questions du tribunal, il a affirmé ne s’en être jamais inquiété, pensant qu’il n’avait pas à la respecter à la lettre. Le tribunal trouve cet aveu particulièrement révélateur, car il indique que l’appelant n’a jamais fait d’effort pour respecter les conditions auxquelles est assujéti le statut de résident permanent. [Je souligne.]

Aucune raison acceptable de ne pas se trouver au Canada et absence de retour à la première occasion

[25] Voici ce qu’a écrit le tribunal à cet égard [au paragraphe 16] :

En soi, la décision qu’a prise l’appelant de retourner aux ÉAU pour gagner assez d’argent afin de donner à ses enfants et à sa femme au Canada la vie dont ceux-ci ont l’habitude d’avoir, tout en se dotant de l’accréditation nécessaire pour trouver du travail dans son domaine au Canada, ne constitue pas un facteur défavorable. Toutefois, en l’instance, l’appelant aurait certainement pu en faire autant tout en respectant l’obligation de résidence prévue à l’article 28 de la Loi. Il n’avait aucune raison acceptable de ne pas se trouver au Canada pendant 730 jours entre le mois de novembre 2002 et le mois de novembre 2007. Au mois de novembre 2002, l’appelant était résident permanent depuis vingt mois et il n’avait pas passé plus de quelques semaines au Canada parce que, de son propre chef, il avait décidé de reporter son départ des ÉAU à la fin de son contrat. Lui et sa famille sont arrivés au mois de juillet 2003, et l’appelant a choisi de retourner aux ÉAU au bout de quelques mois. Le simple fait qu’il ait été si difficile d’obtenir des réponses plus précises quant aux dates de ses voyages révèle

the appellant did not try to return to Canada at the earliest opportunity. He came back when he felt he had earned enough money and has kept returning to the UAE whenever he needed more money. [My emphasis.]

The investments in Canada

[26] The tribunal next considered Mr. Shaath's investments in Canada indicating this was a positive factor but it was not sufficient. The tribunal [at paragraph 17] remarked Mr. Shaath "seems to believe that because he invested money in Canada, less attention should be given to his failure to abide by the residency requirements of section 28 of the *Act*." The tribunal stated its disagreement writing: he "was under no obligation to invest money in Canada" and "[h]e chose to do so." The tribunal added:

The appellant never said he could not find work in Canada. He testified that he could not find suitable work. As noted earlier, his decision to return to the UAE where he knew he could find work in his field in no way precluded him from ensuring that he was present in Canada for a sufficient number of days to respect the requirement of section 28 of the *Act*. He did not even try. [My emphasis.]

Hardship

[27] The tribunal's consideration of the hardship which the family would experience if Mr. Shaath had to leave Canada is contained in paragraphs 18, 19 and 20 of its reasons:

The Panel finds significant the fact that the appellant's wife did not give any evidence that the children would suffer any hardship if their father had to leave Canada. She said that she did not know how they would feel if they were told that their father could not stay. She did indicate that her children would be very disappointed in Canada if their father was not allowed to stay. They should know that in their new country one cannot ignore the law and expect to get away with it.

The appellant has a child with a learning disability and has submitted evidence concerning his diagnosis, treatment and school results. It seems that the child has been cared for and his special needs met throughout the periods of his father's absence up until now and the appellant's wife gave no indication that it would not be so if the appellant were removed from Canada.

le peu d'importance que l'appelant accorde à son obligation de résidence. De l'avis du tribunal, l'appelant n'a pas tenté de revenir au Canada à la première occasion. L'appelant est revenu quand il a eu le sentiment d'avoir fait assez d'argent et il a continué de retourner aux ÉAU chaque fois qu'il avait besoin d'argent. [Je souligne.]

Investissement au Canada

[26] Le tribunal a ensuite examiné le facteur des investissements de M. Shaath au Canada, qu'il a jugé positif mais insuffisant, et a fait remarquer que l'intéressé [au paragraphe 17] « semble toutefois croire que, parce qu'il a investi de l'argent ici, son manquement à l'obligation de résidence prévue à l'article 28 de la *Loi* mérite une moins grande attention ». Il a exprimé son désaccord en écrivant que l'intéressé : « n'était pas tenu d'investir au Canada. Il l'a fait par choix », ajoutant :

L'appelant n'a pas témoigné n'avoir pu trouver de travail au Canada, mais plutôt n'avoir pu y trouver de travail convenable. Comme il a déjà été mentionné, la décision de l'appelant de retourner aux ÉAU, où il pouvait trouver du travail dans son domaine, ne l'empêchait nullement de veiller à passer au Canada un nombre de jours suffisant pour respecter l'obligation de résidence imposée par l'article 28 de la *Loi*. L'appelant n'a même pas fait d'effort en ce sens. [Je souligne.]

Difficultés

[27] Le tribunal a examiné les difficultés que le renvoi de M. Shaath occasionnerait à la famille, aux paragraphes 18, 19 et 20 de ses motifs :

Le tribunal trouve révélateur que la femme de l'appelant n'ait pas parlé des bouleversements que vivraient les enfants si leur père devait quitter le Canada. Celle-ci a déclaré ignorer ce qu'elle et ses enfants éprouveraient en apprenant que leur père ne peut rester ici. Elle a précisé que sa famille serait très déçue par le Canada. Cette famille doit toutefois prendre conscience du fait que, dans leur nouveau pays, nul ne peut ignorer la loi en toute impunité.

L'un de ses enfants ayant des problèmes d'apprentissage, l'appelant a présenté des éléments de preuve touchant le diagnostic, le traitement et les résultats scolaires de l'enfant. Il semble que celui-ci ait reçu des soins et que ses besoins particuliers aient été comblés pendant les absences de son père et jusqu'à présent; la femme de l'appelant n'a nullement indiqué qu'il en irait autrement si l'appelant était renvoyé du Canada.

The Panel does believe that if the appellant has to leave Canada for an extended period this time, it will not be easy for his family since returning with him does not appear to be an option as the children are well established here. They are, however, accustomed to his absence. In addition, the appellant losing his permanent resident status would not amount to a permanent separation of the family as the appellant will be able to reapply for permanent resident status in Canada. [My emphasis; footnote omitted.]

Counsel for the Minister’s recommendation the appeal be allowed

[28] As noted, the tribunal disagreed with counsel for the Minister’s recommendation “that since the appellant will likely be able to obtain permanent resident status again there is no point in sending him back.” The tribunal said in response [at paragraph 21]:

In order for the Panel to exercise its discretionary jurisdiction, sufficient humanitarian and compassionate considerations must be established. If the residency requirements under section 28 are to have any meaning, the Panel cannot exercise its discretionary jurisdiction simply because the end result will be the same. Nor does the Panel find that forcing the appellant to re-apply for permanent residence in Canada would be disproportionate punishment, as expressed by the Minister’s counsel. It is the direct consequence of the violation of the section 28 requirements. In the absence of sufficient humanitarian and compassionate considerations, the Panel must dismiss the appeal. [My emphasis.]

[29] The tribunal referred to additional considerations:

- The ability of the family to visit him in the UAE [at paragraph 22] “as they have been doing nearly every summer since their arrival in Canada”.
- Other than the revenues from the leases which the family will continue to receive, it will not be deprived of income because Mr. Shaath has no other source of income in Canada as his main source of funds comes from his working in the UAE [at paragraph 22] “and ... has permanent resident status there” [emphasis added]. As a result, Mr. Shaath “will be able to continue to support his family.”

Le tribunal croit que, si l’appelant est forcé de demeurer longtemps absent du Canada cette fois-ci, sa famille en souffrira, d’autant qu’il est exclu que sa femme et ses enfants repartent avec lui, car les enfants sont bien établis ici. Ces derniers sont toutefois habitués à son absence. De plus, en perdant son statut de résident permanent, l’appelant ne serait pas séparé en permanence de sa famille, car il pourrait demander à nouveau la résidence permanente au Canada. [Je souligne; note en bas de page omise.]

Recommandation de l’avocate du ministre d’accueillir l’appel

[28] Comme je l’ai indiqué précédemment, le tribunal a repoussé la recommandation de l’avocate du ministre selon laquelle « comme l’appelant pourra vraisemblablement obtenir de nouveau le statut de résident permanent, il n’y a pas lieu de le renvoyer », lui répondant ainsi [au paragraphe 21] :

Pour que ce dernier exerce son pouvoir discrétionnaire, l’existence de motifs d’ordre humanitaire doit être établie. Si l’obligation de résidence énoncée à l’article 28 doit avoir un sens, le tribunal ne saurait exercer son pouvoir discrétionnaire simplement parce que le résultat serait le même de toute manière. Le tribunal ne considère pas non plus que, en forçant l’appelant à présenter une nouvelle demande de résidence permanente, le châtiment imposé serait disproportionné, pour reprendre les termes utilisés par la conseil du ministre. Il s’agit de la conséquence directe du manquement à l’obligation prévue à l’article 28. À défaut de motifs d’ordre humanitaire, le tribunal doit rejeter l’appel. [Je souligne.]

[29] Le tribunal a fait état de circonstances supplémentaires :

- la capacité de la famille de rendre visite à l’intéressé aux ÉAU [au paragraphe 22] « comme elle l’a fait presque chaque été depuis son arrivée au Canada »;
- hormis les loyers, que la famille continuera de percevoir, M. Shaath n’a pas de source de revenus au Canada, de sorte que sa famille ne sera pas dépourvue, parce que la principale source de revenus du demandeur lui vient principalement de son travail aux ÉAU [au paragraphe 22] « et qu’il possède là-bas le statut de résident permanent » [non souligné dans l’original]. Ainsi, M. Shaath « pourra continuer d’assurer la subsistance de sa famille ».

[30] The tribunal found the negative factors in this case outweighed the positive factors. It concluded Mr. Shaath had not established, on a balance of probabilities, there existed sufficient humanitarian and compassionate considerations to allow him to retain his status as a permanent resident of Canada in spite of his failure to comply with his residency obligations set out in section 28 of the IRPA.

Analysis

(a) The standard of review

[31] Both parties are of the view the standard of review of the tribunal's decision is reasonableness. I agree. This conclusion is in line with the Supreme Court of Canada's reform of the standard of review analysis in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCS 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) by eliminating the patently unreasonable standard, leaving only two applicable standards: the correctness standard where no deference is owed by the reviewing Court to the tribunal's decision and the reasonableness standard, where some deference is accorded to the decision being reviewed.

[32] *Dunsmuir* also instructs the Court a full standard of review analysis is not a necessity if the proper standard has been satisfactorily settled by the jurisprudence. Such is the case here. The Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), held the standard of review applicable to the decision of an immigration officer whether or not to grant an exemption based on humanitarian and compassionate considerations was reasonableness.

[33] The appropriateness of the reasonableness standard is further buttressed by the statement made by Justices Bastarache and LeBel in *Dunsmuir*, at paragraph 51: "questions of fact, discretion and policy ... generally attract a standard of reasonableness".

[30] De l'avis du tribunal, les facteurs défavorables l'emportaient en l'espèce sur les facteurs favorables, et M. Shaath n'avait pas établi suivant la prépondérance des probabilités l'existence de motifs d'ordre humanitaire lui permettant de conserver son statut de résident permanent en dépit du non-respect de l'obligation de résidence énoncée à l'article 28 de la LIPR.

Analyse

a) La norme de contrôle

[31] Les deux parties sont d'avis que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité. Je partage leur opinion. Cette position concorde avec la réforme de l'analyse relative à la norme de contrôle que la Cour suprême du Canada a effectuée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), en éliminant la norme de la décision manifestement déraisonnable pour n'en retenir que deux : la norme de la décision correcte, dont l'application ne fait pas intervenir de déférence à l'égard de la décision soumise à la cour de révision, et la norme de la décision raisonnable, qui appelle la déférence.

[32] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a aussi indiqué qu'il n'était pas obligatoire de procéder à une analyse exhaustive lorsque la jurisprudence a déjà établi de manière satisfaisante la norme de contrôle à appliquer. C'est le cas en l'espèce. La Cour suprême a statué, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), que la norme de contrôle applicable aux décisions des agents d'immigration en matière d'exceptions pour motifs d'ordre humanitaire était la norme de la décision raisonnable.

[33] L'énoncé suivant, figurant au paragraphe 51 des motifs des juges Bastarache et LeBel dans l'arrêt *Dunsmuir*, fournit un appui supplémentaire à l'applicabilité de la norme de la décision raisonnable : « en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique [...] la norme de la raisonabilité s'applique généralement ».

[34] In *Dunsmuir*, Justices Bastarache and LeBel explained what is the content of a reasonable decision. They wrote (at paragraph 47):

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

(b) The impact of *Khosa*

[35] On March 6, 2009, the Supreme Court of Canada released its decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*). This case has a considerable impact upon the case before me because it dealt with the exercise by the IAD of its discretion under the very paragraph which concerns us here—paragraph 67(1)(c) of the IRPA.

[36] The *Khosa* case involved an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from a decision of the Federal Court of Appeal [2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332] applying the reasonable standard, which set aside a decision of the Chief Justice of the Federal Court [2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138] who had refused to intervene to quash a decision of a three member panel of the IAD, who declined, on humanitarian and compassionate grounds, to quash or stay a deportation order issued against him as a result of his guilty plea of criminal negligence causing death during a road racing incident in Vancouver.

[34] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel ont expliqué ainsi ce qu'est une décision raisonnable (au paragraphe 47) :

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

b) Les incidences de l'arrêt *Khosa*

[35] Le 6 mars 2009, l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), de la Cour suprême du Canada a été rendu, et il revêt une grande importance pour l'affaire dont je suis saisi parce qu'il porte sur l'exercice par la SAI du pouvoir discrétionnaire prévu par la disposition même qui nous concerne en l'espèce, l'alinéa 67(1)c) de la LIPR.

[36] Cette affaire concernait le pourvoi formé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale [2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332] infirmant, par application de la norme de la raisonabilité, la décision du juge en chef de la Cour fédérale [2005 CF 1218] de ne pas annuler la décision de la SAI. Celle-ci, siégeant en formation de trois membres, avait rejeté la demande d'annulation ou de sursis d'exécution pour motifs d'ordre humanitaire visant la mesure de renvoi dont M. Khosa avait fait l'objet après avoir plaidé coupable à l'accusation de négligence criminelle ayant causé la mort lors d'une course automobile sur la voie publique à Vancouver.

[37] Mr. Khosa is a citizen of India who immigrated to Canada in 1996 with his parents at the age of 14. He was a permanent resident of Canada at the time of his criminal conviction.

[38] *Khosa* [at paragraph 16] also decided the meaning of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] which enables the Federal Court, on an application for judicial review, to set aside a decision of a federal tribunal where the Court is satisfied the tribunal “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it”.

[39] Justice Binnie, on behalf of the majority, held this paragraph was not a legislated standard of review and only sets out grounds for relief. However, he indicated this paragraph provided “legislative guidance” as to the degree of deference owed to the IAD. He explained this at paragraph 46:

More generally, it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference. [adding] This is quite consistent with *Dunsmuir*. It provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*. [My emphasis.]

[40] In *Khosa*, Justice Binnie commented on the meaning of reasonableness standard of review writing (at paragraph 59):

Reasonableness is a single standard that takes its colour from the context. One of the objectives of *Dunsmuir* was to liberate judicial review courts from what came to be seen as undue complexity and formalism. Where the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts cannot substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). There might be more than one reasonable outcome. However, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a

[37] M. Khosa était un citoyen indien qui avait immigré au Canada en 1996 avec ses parents, à l’âge de 14 ans. Il avait le statut de résident permanent lorsqu’il a été déclaré coupable.

[38] L’arrêt *Khosa* [au paragraphe 16] a également interprété l’alinéa 18.1(4)d [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], qui habilite la Cour fédérale saisie d’une demande de contrôle judiciaire à annuler la décision d’un office fédéral lorsqu’elle est convaincue que cet office « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ».

[39] Le juge Binnie, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que cette disposition ne faisait qu’énumérer des motifs de contrôle et n’établissait pas de norme légale de contrôle. Il a cependant indiqué qu’elle donne une « indication législative » relativement au degré de déférence applicable aux décisions de la SAI. Il a expliqué ce qui suit au paragraphe 46 :

De façon plus générale, il ressort clairement de l’al. 18.1(4)d que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence. Ce qui est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir*. Cette disposition législative précise la norme de contrôle de la raisonabilité applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales*. [Je souligne.]

[40] Le juge Binnie a également abordé la signification de la norme de la raisonabilité, écrivant (au paragraphe 59) :

La raisonabilité constitue une norme unique qui s’adapte au contexte. L’arrêt *Dunsmuir* avait notamment pour objectif de libérer les cours saisies d’une demande de contrôle judiciaire de ce que l’on est venu à considérer comme une complexité et un formalisme excessifs. Lorsque la norme de la raisonabilité s’applique, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent substituer la solution qu’elles jugent elles-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il peut exister plus d’une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l’issue en cause cadrent bien avec les principes

reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome. [My emphasis.]

[41] Justice Binnie described the purpose of the IAD in these terms (at paragraph 56):

As to the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation, the IAD determines a wide range of appeals under the *IRPA*, including appeals from permanent residents or protected persons of their deportation orders, appeals from persons seeking to sponsor members of the family class, and appeals by permanent residents against decisions made outside of Canada on their residency obligations, as well as appeals by the Minister against decisions of the Immigration Division taken at admissibility hearings (s. 63). A decision of the IAD is reviewable only if the Federal Court grants leave to commence judicial review (s. 72).

[42] As to why paragraph 67(1)(c) was enacted by Parliament, Justice Binnie stated (at paragraph 57):

In recognition that hardship may come from removal, Parliament has provided in s. 67(1)(c) a power to grant exceptional relief. The nature of the question posed by s. 67(1)(c) requires the IAD to be “satisfied that, at the time that the appeal is disposed of ... sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. Not only is it left to the IAD to determine what constitute “humanitarian and compassionate considerations”, but the “sufficiency” of such considerations in a particular case as well. Section 67(1)(c) calls for a fact-dependent and policy-driven assessment by the IAD itself [emphasis added]. As noted in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, at p. 380, a removal order

establishes that, in the absence of some special privilege existing, [an individual subject to a lawful removal order] has no right whatever to remain in Canada. [An individual appealing a lawful removal order] does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege. [Emphasis in original.]

[43] As to the issue before the IAD, he wrote (at paragraph 58):

The respondent raised no issue of practice or procedure. He accepted that the removal order had been validly made against him pursuant to s. 36(1) of the IRPA. His attack was simply a frontal challenge to the IAD’s refusal to grant him a “discretionary privilege”. The IAD decision to withhold relief was

de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l’issue qui serait à son avis préférable. [Je souligne.]

[41] Le juge Binnie a décrit l’objet de la SAI en ces termes (au paragraphe 56) :

Pour ce qui est de la raison d’être de la SAI suivant sa loi habilitante, la SAI tranche des appels très variés sous le régime de la *LIPR*, y compris les appels des résidents permanents ou des personnes protégées contre les mesures de renvoi prises contre eux, ceux des personnes ayant déposé une demande de parrainage au titre du regroupement familial, ceux des résidents permanents contre une décision rendue hors du Canada sur leur obligation de résidence et ceux du ministre contre une décision rendue par la Section de l’immigration dans le cadre de son enquête (art. 63). Une décision de la SAI n’est susceptible de contrôle que sur autorisation de la Cour fédérale (art. 72).

[42] Au sujet des raisons pour lesquelles l’alinéa 67(1)(c) a été édicté, le juge Binnie a indiqué (au paragraphe 57) :

Reconnaissant que le renvoi peut entraîner des difficultés, le législateur a prévu à l’al. 67(1)(c) un pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles. Selon la nature de la question que pose l’al. 67(1)(c), la SAI « fait droit à l’appel sur preuve qu’au moment où il en est disposé [...] il y a [...] des motifs d’ordre humanitaire justifiant [...] la prise de mesures spéciales ». Il revient à la SAI de déterminer non seulement en quoi consistent les « motifs d’ordre humanitaires », mais aussi s’ils « justifient » la prise de mesures dans un cas donné. L’alinéa 67(1)(c) exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique [soulignement ajouté]. Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Prata c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, p. 380, une mesure de renvoi

établit que, s’il ne peut bénéficier d’aucun privilège particulier, [l’individu visé par une mesure de renvoi légitime] n’a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, [l’individu faisant appel d’une mesure de renvoi légitime] ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d’obtenir un privilège discrétionnaire. [Souligné dans l’original.]

[43] Il a présenté ainsi la question dont la SAI était saisie (au paragraphe 58) :

L’intimé n’a soulevé aucune question de pratique ou de procédure. Il a reconnu que la mesure de renvoi avait été valablement prise contre lui en application du par. 36(1) de la LIPR. Sa contestation visait directement le refus de la SAI de lui accorder un « privilège discrétionnaire ». La décision de la

based on an assessment of the facts of the file. The IAD had the advantage of conducting the hearings and assessing the evidence presented, including the evidence of the respondent himself. IAD members have considerable expertise in determining appeals under the *IRPA*. Those factors, considered altogether, clearly point to the application of a reasonableness standard of review. There are no considerations that might lead to a different result. Nor is there anything in s. 18.1(4) that would conflict with the adoption of a “reasonableness” standard of review in s. 67(1)(c) cases. I conclude, accordingly, that “reasonableness” is the appropriate standard of review. [Emphasis added.]

[44] In *Khosa*, Justice Binnie allowed the appeal and restored the IAD’s decision. After describing the reasonableness standard, Justice Binnie expressed [at paragraph 60] the view “having in mind the considerable deference owed to the IAD and the broad scope of discretion conferred by the *IRPA*, there was no basis for the Federal Court of Appeal to interfere with the IAD decision to refuse special relief in this case.”

[45] He then commented on Justice Fish’s decision to allow the appeal and responded (at paragraphs 61–62):

My colleague Fish J. agrees that the standard of review is reasonableness, but he would allow the appeal. He writes:

While Mr. Khosa’s denial of street racing may well evidence some “lack of insight” into his own conduct, it cannot reasonably be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. [para. 149]

I do not believe that it is the function of the reviewing court to reweigh the evidence.

It is apparent that Fish J. takes a different view than I do of the range of outcomes reasonably open to the IAD in the circumstances of this case. My view is predicated on what I have already said about the role and function of the IAD as well as the fact that Khosa does not contest the validity of the removal order made against him. He seeks exceptional and discretionary relief that is available only if the IAD itself is satisfied that “sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. The IAD majority was

SAI de ne pas prendre de mesure reposait sur une évaluation des faits au dossier. La SAI a eu l’avantage de tenir les audiences et d’évaluer la preuve, y compris le témoignage de l’intimé lui-même. Les membres de la SAI possèdent une expertise considérable pour trancher les appels sous le régime de la *LIPR*. Considérés ensemble, ces facteurs font clairement ressortir que la norme de contrôle de la raisonabilité s’applique. Aucun motif ne permettrait d’aboutir à un résultat différent. Le par. 18.1(4) ne comporte aucun élément qui s’opposerait à l’adoption de la norme de contrôle de la « raisonabilité » à l’égard des décisions rendues en vertu de l’al. 67(1)c). Par conséquent, je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la « raisonabilité ». [Non souligné dans l’original.]

[44] Dans l’arrêt *Khosa*, le juge Binnie a accueilli le pourvoi et rétabli la décision de la SAI. Après avoir expliqué la norme de la raisonabilité, il a exprimé [au paragraphe 60] l’avis que « [c]ompte tenu de la déférence considérable due à la SAI et de la portée étendue du pouvoir discrétionnaire conféré par la *LIPR*, je crois que rien ne permettait à la Cour d’appel fédérale d’annuler le refus de la SAI de prendre des mesures spéciales en l’espèce. »

[45] Il a répondu par ce commentaire à l’opinion du juge Fish que le pourvoi devrait être accueilli (aux paragraphes 61 et 62) :

Mon collègue le juge Fish reconnaît que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité, mais il accueillera l’appel. Il affirme :

Le refus de M. Khosa de reconnaître qu’il participait à une course de rue peut certes indiquer qu’il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais il ne peut raisonnablement servir à contredire — et encore moins à surpasser, selon la prépondérance des probabilités, — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive. [par. 149]

Je ne crois pas qu’il rentre dans les attributions de la cour de révision de soupeser à nouveau les éléments de preuve.

Le juge Fish et moi n’avons pas la même vision des issues que pouvait raisonnablement choisir la SAI dans les circonstances. Mon opinion est fondée sur ce que j’ai déjà dit au sujet du rôle et de la fonction de la SAI et sur le fait que M. Khosa ne conteste pas la validité de la mesure de renvoi prise contre lui. Il demande la prise de mesures exceptionnelles et discrétionnaires dont il ne peut bénéficier qu’en convainquant la SAI même de l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant [...] la prise de mesures spéciales ». Or, il n’a pas réussi à convaincre la

not so satisfied. Whether we agree with a particular IAD decision or not is beside the point. The decision was entrusted by Parliament to the IAD, not to the judges. [My emphasis.]

[46] In the balance of his reasons, Justice Binnie stressed the importance for the IAD to give proper reasons, reviewed the IAD's decision, found that both the majority and minority disclosed in their reasons "with clarity the considerations in support of both points of view ... [differing largely a]t the factual level [on different interpretations of Mr.] Khosa's expression of remorse". Justice Binnie wrote at the end of paragraph 64 of his reasons:

It seems evident that this is the sort of factual dispute which should be resolved by the IAD in the application of immigration policy, and not reweighed in the courts. [My emphasis.]

[47] He stated [at paragraph 65] the IAD considered each of the *Ribic* factors and "[i]t rightly observed that the factors are not exhaustive and that the weight to be attributed to them will vary from case to case". He wrote the majority "reviewed the evidence and decided that, in the circumstances of this case, most of the factors did not militate strongly for or against relief."

[48] He commented "[t]he weight to be given to the respondent's evidence of remorse and his prospects for rehabilitation depended on an assessment of his evidence in light of all the circumstances of the case." He concluded [at paragraph 66]:

The issue before the IAD was not the potential for rehabilitation for purposes of sentencing, but rather whether the prospects for rehabilitation were such that, alone or in combination with other factors, they warranted special relief from a valid removal order. The IAD was required to reach its own conclusions based on its own appreciation of the evidence. It did so. [My emphasis.]

[49] His overall conclusion is expressed at the end of paragraph 67 in these terms:

majorité des membres de la SAI. Il ne s'agit pas de savoir si nous souscrivons ou non à une décision de la SAI. C'est à la SAI et non aux juges que le législateur a confié la tâche de rendre une décision. [Je souligne.]

[46] Dans la suite de ses motifs, le juge Binnie a souligné comment il était important que la SAI motive bien ses décisions, a examiné la décision de la SAI et a conclu que les motifs des membres majoritaires et ceux de la membre dissidente « indiquent clairement les considérations à l'appui de leurs deux points de vue [...] Pour ce qui est des faits, la SAI était principalement divisée quant à l'interprétation de l'expression de remords par M. Khosa ». On peut notamment lire ce qui suit à la fin du paragraphe 64 :

Il semble évident qu'un litige factuel de ce genre doit être tranché par la SAI dans l'application de la politique d'immigration et qu'il ne doit pas être réévalué par les tribunaux judiciaires. [Je souligne.]

[47] Selon lui [au paragraphe 65], la SAI avait examiné chacun des facteurs de la décision *Ribic* et avait « fait remarquer à juste titre que cette énumération n'était pas exhaustive et que l'importance qu'il faut accorder à chaque facteur varie d'une affaire à l'autre ». À son avis, les membres majoritaires « ont examiné la preuve et décidé que, dans les circonstances de l'espèce, la plupart des facteurs ne militaient fortement ni pour ni contre la prise de mesures ».

[48] Signalant que « [l]'importance qu'il convenait d'accorder à la preuve de remords présentée par l'intimé et à ses possibilités de réadaptation dépendait de l'appréciation de son témoignage au regard de toutes les circonstances de l'espèce », il a conclu [au paragraphe 66] :

La SAI ne devait pas apprécier ses possibilités de réadaptation pour les besoins de la détermination de la peine, mais déterminer plutôt si ses possibilités de réadaptation étaient telles que, seules ou combinées à d'autres facteurs, elles justifiaient la prise de mesures spéciales relativement à une mesure de renvoi valide. La SAI devait tirer ses propres conclusions fondées sur sa propre appréciation de la preuve. C'est ce qu'elle a fait. [Je souligne.]

[49] Il a exposé sa conclusion générale à la fin du paragraphe 67 :

However, as emphasized in *Dunsmuir*, “certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (para. 47). In light of the deference properly owed to the IAD under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, I cannot, with respect, agree with my colleague Fish J. that the decision reached by the majority in this case to deny special discretionary relief against a valid removal order fell outside the range of reasonable outcomes. [My emphasis.]

[50] The Supreme Court of Canada’s 2002 decision in *Chieu* also involved the exercise of the IAD’s discretionary power under paragraph 70(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the now repealed *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. In previous jurisprudence, this section had been interpreted to confer upon the tribunal discretionary or equitable jurisdiction to quash or stay a removal order. In *Chieu*, the Supreme Court applied the correctness test because the issue before it was a question of law whether the IAD had erred in not taking into account the factor of foreign hardship if Mr. Chieu was returned to Cambodia. The IAD for various reasons had held it could not take into account this factor. The Supreme Court held this was an error of law.

(c) The applicant’s position

[51] Counsel for the applicant, in his written arguments, submitted the tribunal made three errors which justified this Court’s intervention:

(1) Relying on *Angeles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1257, 262 F.T.R. 41, he says the tribunal failed to consider a determining factor in exercising its discretion, namely, Mr. Shaath’s intention to establish himself in Canada during the relevant five-year period.

(2) Relying on *Baker*, the tribunal’s treatment of the evidence relating to the best interests of the children was faulty. According to *Baker* [at paragraph 73], the tribunal

Toutefois, comme il a été souligné dans *Dunsmuir*, « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Vu la déférence dont il faut à juste titre faire preuve envers les décisions rendues par la SAI en vertu de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*, je ne puis souscrire à l’opinion de mon collègue, le juge Fish, selon laquelle la décision de la majorité de refuser en l’espèce la prise de mesures spéciales discrétionnaires contre une mesure de renvoi valide ne faisait pas partie de la gamme des issues raisonnables. [Je souligne.]

[50] L’arrêt *Chieu* de la Cour suprême du Canada, rendu en 2002, concernait lui aussi l’exercice par la SAI du pouvoir discrétionnaire prévu à l’alinéa 70(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], maintenant abrogée. La jurisprudence antérieure avait statué que cette disposition conférait une compétence discrétionnaire ou d’équité habilitant la SAI à annuler une mesure de renvoi ou à surseoir à son exécution. Dans l’arrêt *Chieu*, la Cour suprême a appliqué la norme de la décision correcte parce que la question de savoir si la SAI avait commis une erreur en ne prenant pas en compte le facteur des difficultés qu’éprouverait M. Chieu s’il était renvoyé au Cambodge était une question de droit. La SAI avait estimé, pour divers motifs, qu’elle ne pouvait considérer ce facteur, et la Cour suprême a jugé qu’il s’agissait d’une erreur de droit.

c) La position du demandeur

[51] Dans son argumentation écrite, l’avocat du demandeur a soutenu que le tribunal a commis trois erreurs justifiant l’intervention de la Cour :

1) Invoquant la décision *Angeles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1257, il soutient que le tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire sans tenir compte d’un facteur déterminant, à savoir l’intention qu’avait M. Shaath, pendant la période quinquennale en cause, de s’établir au Canada.

2) En se fondant sur l’arrêt *Baker*, il conteste l’appréciation de la preuve relative à l’intérêt supérieur des enfants faite par le tribunal, arguant que, suivant l’arrêt *Baker* [au

had to give serious weight and consideration to the best interests of the children; the tribunal had to be “alive, attentive or sensitive to the interests”. It failed to do so.

(3) The tribunal made an erroneous finding of fact when it found the applicant had permanent resident status in the UAE.

[52] During oral argument, counsel for the applicant stressed the following as evidencing the badges of unreasonableness:

- Pointing to paragraph 18 of the tribunal’s decision (reproduced at paragraph 27 of these reasons) he argues this shows the off-handed manner the tribunal considered the best interests of the children. He mentions the criticism levelled by the tribunal at the children: “They should know that in their new country one cannot ignore the law and expect to get away with it.”
- He takes issue with the tribunal’s statement the applicant left Canada on his own volition. That, he argues, was an unreasonable conclusion not supported by the totality of the evidence.
- He argues the statement made by the tribunal he did not worry about his residency requirements was taken out of context directing my attention to his testimony, recorded at pages 382 to 384 of the certified tribunal record (CTR). In particular, this testimony is to the effect that all his life the applicant had to depend on his own efforts to survive and he never asked any government for help. He could have stayed in Canada when he could not find a job but he did not want to ask for social assistance.
- He challenges the tribunal’s statement he never said he could not find work in Canada but testified he could not find suitable work. Counsel points to pages 337 and 341 of the CTR.
- He takes issue with the statement that Mrs. Shaath did not give any evidence the children would suffer hardship if their father had to leave; she did not know how they

paragraphe 73], celui-ci devait accorder à l’intérêt des enfants une attention et un poids importants et rendre une décision « d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants » et qu’il ne l’a pas fait.

3) Il soutient qu’en considérant que le demandeur était résident permanent des ÉAU, le tribunal a formulé une conclusion de fait erronée.

[52] Dans sa plaidoirie, l’avocat du demandeur a insisté sur les points suivants qui, selon lui, dénotent le caractère déraisonnable de la décision :

- Il prétend que le paragraphe 18 de la décision du tribunal (reproduit au paragraphe 27 des présents motifs) illustre la désinvolture avec laquelle le tribunal a examiné l’intérêt des enfants, citant la critique concernant ces derniers : « [c]ette famille doit toutefois prendre conscience du fait que, dans leur nouveau pays, nul ne peut ignorer la loi en toute impunité ».
- Il trouve à redire à l’affirmation du tribunal selon laquelle le demandeur est parti du Canada de son propre chef, la qualifiant de conclusion déraisonnable non étayée par l’ensemble de la preuve.
- Il fait valoir que la déclaration du tribunal selon laquelle le demandeur ne se préoccupait pas des exigences en matière de résidence a été prise hors contexte, signalant à mon attention le témoignage de ce dernier, reproduit aux pages 382 à 384 du dossier certifié du tribunal (DCT). Le témoin y dit, plus particulièrement, qu’il n’a toujours dépendu que de ses propres efforts pour survivre et qu’il n’a jamais demandé d’aide à quelque gouvernement que ce soit. Il aurait pu rester au Canada même s’il ne trouvait pas de travail, mais il ne voulait pas demander d’aide sociale.
- Il conteste l’affirmation du tribunal selon laquelle le demandeur n’a pas dit qu’il ne pouvait trouver de travail au Canada mais qu’il ne pouvait trouver de travail convenable, signalant les pages 337 et 341 du DCT.
- Il conteste l’affirmation selon laquelle M^{me} Shaath n’a pas témoigné que les enfants souffriraient si leur père devait partir, a dit qu’elle ne savait pas comment ils se

would feel and they would only be disappointed. Counsel points to pages 393 and 394 of the CTR.

- Counsel reiterated the mistake the tribunal made about the applicant having permanent resident status in the UAE. He invokes Mr. Shaath’s testimony at page 369 of the CTR.
- He argues the tribunal’s statement, at paragraph 20 of its reasons (reproduced at paragraph 27 of these reasons), the children are accustomed to his absence is pure speculation.
- He repeats his argument there was no examination of the applicant’s intention to establish himself in Canada during the relevant five-year time period and this constitutes an error of law.
- He submits the tribunal omitted consideration of the relevant circumstances: the impossibility of entering Gaza and the fact he was stateless, all showing his status was a precarious one.

(d) Conclusions

[53] For the reasons that follow, I am of the view this judicial review application must be dismissed. *Khosa* makes it clear [at paragraph 59] where the reasonableness standard applies, it requires deference and reviewing courts are not allowed to substitute their own appreciation of the appropriate solution but rather must determine if the outcome falls “within ‘a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law’”.

[54] Justice Binnie pointed out in *Khosa* [at paragraph 57] that paragraph 67(1)(c), which applies here, provides “a power to grant exceptional relief” and “calls for a fact-dependent and policy-driven assessment”.

[55] Justice Evans, on behalf of the Federal Court of Appeal, made it clear in *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 38, [2004] 2 F.C.R. 635 (*Owusu*), a case dealing with the best interests

sentiraient et qu’ils seraient seulement déçus, en me renvoyant aux pages 393 et 394 du DCT.

- Il répète que le tribunal a erronément conclu que le demandeur avait le statut de résident permanent aux ÉAU, se reportant au témoignage de M. Shaath consigné à la page 369 du DCT.
- Il soutient que la déclaration du tribunal, au paragraphe 20 de sa décision (reproduit au paragraphe 27 des présents motifs), que les enfants sont habitués à l’absence de leur père relève de l’hypothèse pure et simple.
- Il réitère son argument voulant qu’on n’a pas examiné la question de l’intention du demandeur de s’établir au Canada pendant la période quinquennale en cause et que cela constitue une erreur de droit.
- Il soutient que le tribunal n’a pas tenu compte de circonstances pertinentes, à savoir l’impossibilité pour le demandeur d’entrer à Gaza et son statut d’apatride, qui démontraient que sa situation était précaire.

d) Conclusions

[53] Pour les raisons exposées ci-dessous, je suis d’avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire. L’arrêt *Khosa* établit clairement [au paragraphe 59] que, lorsque la norme de la raisonabilité s’applique, la déférence s’impose et que les cours de révision ne peuvent substituer la solution qu’elles jugent elles-mêmes appropriées mais doivent plutôt déterminer si la décision dont elles sont saisies fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

[54] Le juge Binnie a indiqué dans l’arrêt *Khosa* [au paragraphe 57] que l’alinéa 67(1)c), applicable en l’espèce, confère le pouvoir de prendre des « mesures exceptionnelles [...] [et qu’il] exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique ».

[55] Dans l’arrêt *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 38, [2004] 2 R.C.F. 635 (*Owusu*), où la Cour d’appel fédérale examinait la question de l’intérêt supérieur des enfants,

of children, an applicant has the burden of adducing proof of any claim upon which a humanitarian and compassionate application relies.

[56] Returning to *Khosa* [at paragraph 62], Justice Binnie concluded the IAD's decision fell within the range of outcomes reasonably open to it, a view which he said was predicated on the role and function of the IAD, as well as the fact Mr. Khosa did not contest the validity of the removal order made against him but only "[sought the] exceptional and discretionary relief that is available only if the IAD itself is satisfied that 'sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief'".

[57] Justice Binnie made another point in his conclusion. It does not matter whether the judge agrees with a particular IAD decision or not. That is beside the point as the decision was entrusted by Parliament to the IAD.

[58] I will close these reasons by dealing with the main arguments put forward by counsel for the applicant.

[59] First, I agree with counsel for the Minister, the tribunal did not ignore the applicant's intention throughout the period of required physical residency which is measured from the date the departure order was made, namely November 27, 2007, reaching back five years to November 27, 2002. As Justice Noël stated at paragraph 13 of his decision in *Angeles*, the applicant's intention is gauged by examining the degree of establishment during the residency period.

[60] In this connection, a review of the tribunal's reasons show it was alert to this point. In particular, I refer to paragraph 14 of the tribunal's reasons, where it is specifically mentioned by the tribunal: "there is evidence that the appellant intends to establish himself in Canada at some point" [emphasis added]. A review of the tribunal's entire reasons shows the tribunal was not satisfied with the degree of Mr. Shaath's establishment in Canada at the date of the hearing (see, in particular, paragraphs 8, 13 and 14).

le juge Evans a indiqué clairement qu'il incombait au demandeur de prouver toute allégation sur laquelle il fonde sa demande pour motifs humanitaires.

[56] Dans l'arrêt *Khosa* [au paragraphe 62], le juge Binnie a conclu que la décision de la SAI entrainait dans l'éventail d'issues que pouvait raisonnablement choisir la SAI, conclusion qui reposait, selon lui, sur le rôle et la fonction de la SAI et sur le fait que M. Khosa ne contestait pas la validité de la mesure de renvoi prise contre lui, mais demandait seulement « la prise de mesures exceptionnelles et discrétionnaires dont il ne peut bénéficier qu'en convainquant la SAI même de l'existence de "motifs d'ordre humanitaire justifiant [...] la prise de mesures spéciales" ».

[57] Le juge Binnie a également affirmé dans sa conclusion qu'il est sans importance que le juge soit d'accord ou non avec la décision de la SAI car c'est à la SAI et non aux juges que le législateur a confié la tâche de rendre une décision.

[58] J'aborde en dernier lieu les principaux arguments soumis par l'avocat du demandeur.

[59] Premièrement, l'avocate du ministre fait valoir avec justesse, selon moi, que le tribunal n'a pas omis d'examiner l'intention du demandeur pendant la période visée par l'obligation de résidence, à savoir la période de cinq ans précédant la date de l'interdiction de séjour, en l'espèce la période du 27 novembre 2002 au 27 novembre 2007. Comme le juge Noël l'a indiqué au paragraphe 13 de la décision rendue dans *Angeles*, l'intention du demandeur s'apprécie au moyen du degré d'établissement atteint pendant la période visée.

[60] Les motifs du tribunal montrent que celui-ci s'est penché sur ce point. En fait foi le paragraphe 14 de ses motifs où il mentionne expressément que « [l]a preuve montre que l'appelant compte s'établir au Canada un jour ou l'autre » [non souligné dans l'original]. Il appert, à l'examen de la totalité des motifs, que le tribunal n'estimait pas que le degré d'établissement démontré par M. Shaath à la date de l'audition était suffisant (plus particulièrement, voir les paragraphes 8, 13 et 14).

[61] I further agree with counsel for the Minister, the tribunal did not breach the *Baker* standard that a decision maker should be alert, alive and sensitive to the best interests of the children.

[62] I reviewed closely the testimony of Mr. and Mrs. Shaath in this issue, as well as the H&C questionnaire which Mr. Shaath filled out, which is located at page 15 of the CTR. This review satisfies me there was evidence before the tribunal which supports the tribunal's conclusion the applicant (and his wife) did not discharge their burden of convincing it the children would suffer undue hardship. Having said this, I do not subscribe to the tribunal's statement [at paragraph 18] the children "cannot ignore the law and expect to get away with it." It was not appropriate but has no relevance.

[63] The evidence and the reality is that Mr. Shaath has been absent from his children a substantial amount of time; his son who suffers a language deficiency is being well taken care of with the supervision of Mrs. Shaath. The tribunal considered, as additional factors, the separation between Mr. Shaath would not be permanent as he would be able to reapply for permanent resident status in Canada. The tribunal took into consideration that the children were well adjusted and happy in Canada and the family could be together as they had been in the past when Mrs. Shaath and the children travelled during the summer to the UAE. I might add the evidence is Mr. Shaath often returned to Canada when he was not working in the UAE. His return to Canada, as counsel for the applicant mentions, is more complicated because ministerial approval for his entry would be necessary but there is no reason he should not be issued a temporary resident's visa for short period while his application for permanent residence sponsored by his wife is being processed expeditiously.

[64] Third, my reading of the evidence does not convince me the tribunal erred on the issue of his having only temporary resident status in the UAE. It is true, in paragraph 22 of its reasons, the tribunal states he has permanent resident status there. However, a review of Mr. Shaath's testimony at pages 361, 369 and 370 shows

[61] Je conviens également avec l'avocate du ministre que le tribunal n'a pas contrevenu à la norme établie dans l'arrêt *Baker* et posant qu'un décideur doit se montrer attentif, réceptif et sensible aux intérêts des enfants.

[62] J'ai examiné attentivement le témoignage de M. et M^{me} Shaath sur ce point, ainsi que le formulaire relatif aux considérations d'ordre humanitaire rempli par M. Shaath et versé au DCT, à la page 15. Cet examen me convainc que le tribunal disposait d'éléments de preuve étayant sa conclusion que le demandeur (et sa femme) ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer que les enfants subiraient une contrainte excessive. Cela dit, je ne fais pas miens les propos du tribunal [au paragraphe 18] selon lesquels la famille devait prendre conscience que « nul ne peut ignorer la loi en toute impunité ». Toutefois, bien que déplacés, ces propos sont dépourvus de pertinence.

[63] La réalité, démontrée par la preuve, est que M. Shaath a été éloigné de ses enfants pendant une période substantielle; son fils, qui éprouve des problèmes d'apprentissage, est bien suivi sous la supervision de M^{me} Shaath. Le tribunal a également tenu compte de facteurs additionnels, notamment que la séparation ne serait pas permanente puisque M. Shaath pourrait présenter une nouvelle demande de résidence permanente au Canada, que les enfants étaient bien adaptés et qu'ils étaient heureux au Canada et que la famille pourrait se réunir comme avant lorsque M^{me} Shaath et les enfants iraient l'été aux ÉAU. J'ajouterais qu'il appert de la preuve que M. Shaath est souvent revenu au Canada lorsqu'il ne travaillait pas aux ÉAU. Comme son avocat l'a fait remarquer, il sera effectivement plus compliqué pour lui de revenir au Canada puisqu'il devra obtenir une approbation ministérielle, mais je ne vois aucune raison pour laquelle un visa de résident temporaire pour une courte période ne lui serait pas délivré pendant que sa demande de résidence permanente parrainée par sa femme est examinée avec célérité.

[64] Troisièmement, concernant le fait que le demandeur n'a que le statut de résident temporaire aux ÉAU, je ne suis pas convaincu, après examen de la preuve, que le tribunal s'est trompé sur la question. Il est vrai qu'il a mentionné, au paragraphe 22 de ses motifs, que le demandeur a le statut de résident permanent dans ce pays.

the tribunal well understood Mr. Shaath had to renew his visa every three years and there would not be any difficulty in obtaining renewals as he has done so for the last twenty years being sponsored by the government there. The evidence does not support his submission his status is precarious and the fact that he was stateless was a significant omission.

[65] The balance of his oral submission, for example, whether the tribunal erred in characterizing his exits from Canada as being “of his own volition” even if accepted would not be determinative in the balancing which the tribunal had to perform—the weighing of factors to arrive at a reasonable decision.

[66] For these reasons, this application must be dismissed.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this judicial review application is dismissed. No certified question was proposed.

Toutefois, l’examen du témoignage de M. Shaath, aux pages 361, 369 et 370, révèle que le tribunal comprenait bien que le visa était renouvelable aux trois ans et que M. Shaath n’éprouverait aucune difficulté à le renouveler étant donné qu’il le faisait depuis vingt ans et qu’il était parrainé par le gouvernement du pays. La preuve n’étaye pas l’argument de la précarité et de l’omission importante de prendre en considération le statut d’apatride.

[65] Même s’ils étaient retenus, les autres arguments invoqués dans la plaidoirie, notamment la question de savoir si le tribunal a considéré à tort que le demandeur partait du Canada « de son propre chef », n’étaient pas déterminants pour l’exercice de mise en balance que le tribunal devait effectuer, consistant à soupeser les facteurs pour en arriver à une décision raisonnable.

[66] Pour ces motifs, il y a lieu de rejeter la demande.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Aucune question n’a été soumise pour certification.

T-651-08
2009 FC 650

T-651-08
2009 CF 650

Janssen-Ortho Inc. and Ortho-McNeil Pharmaceutical, Inc. (Applicants)

Janssen-Ortho Inc. et Ortho-McNeil Pharmaceutical, Inc. (demandereses)

v.

c.

Apotex Inc. and the Minister of Health (Respondents)

Apotex Inc. et le ministre de la Santé (défendeurs)

INDEXED AS: JANSSEN-ORTHO INC. v. APOTEX INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : JANSSEN-ORTHO INC. c. APOTEX INC. (C.F.)

Federal Court, Aalto P.—Toronto, August 5, 2008 and June 19, 2009.

Cour fédérale, protonotaire Aalto—Toronto, 5 août 2008 et 19 juin 2009.

Patents — Practice — Motion to dismiss applicants' prohibition application pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5)(b) — Respondent delivering notice of allegation (NOA) with respect to applicants' patent — Applicants filing disclaimer, requesting that patent's entire original claim set be disclaimed, replaced — Then filing prohibition application in respect of NOA, alleging NOA deficient because not addressing new claim set — Whether generic manufacturer having to respond to patent claims changed as result of disclaimer filed subsequent to NOA, prior to commencement of prohibition proceedings — Innovator should not change landscape after patent put into play by NOA — "Frozen register" requiring respondent address patent as listed on register at time application for notice of compliance filed — Here, claims crystallizing on receipt of respondent's NOA — Prohibition application waste of judicial resources, abuse of process — Motion granted.

Brevets — Pratique — Requête présentée en vertu de l'art. 6(5)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) pour faire rejeter la demande d'interdiction des demandereses — La défenderesse a délivré un avis d'allégation (AA) à l'égard du brevet des demandereses — Les demandereses ont déposé une renonciation, demandant que le groupe entier de revendications initiales du brevet fasse l'objet d'une renonciation et soit remplacé — Elles ont ensuite déposé une demande d'interdiction à l'égard de l'AA, alléguant que celui-ci était incomplet parce qu'il ne traitait pas du nouveau groupe de revendications — Il s'agissait de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit tenir compte de revendications d'un brevet qui ont changé par suite d'une renonciation survenue après l'AA mais avant le dépôt d'un avis de demande d'interdiction — Une société innovatrice ne devrait pas modifier le paysage une fois le brevet mis en jeu par l'AA — Le « gel du registre » obligeait la défenderesse à tenir compte des brevets inscrits au registre lorsqu'elle a déposé sa demande d'avis de conformité — En l'espèce, les revendications ont été fixées à la réception de l'AA de la défenderesse — La demande d'interdiction représentait un gaspillage de ressources judiciaires et constituait un abus de procédure — Requête accueillie.

This was a motion by the respondent Apotex Inc. (respondent) pursuant to paragraph 6(5)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) to dismiss the applicants' prohibition application.

Il s'agissait d'une requête présentée par la défenderesse Apotex Inc. (la défenderesse) en vertu de l'alinéa 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) pour faire rejeter la demande d'interdiction des demandereses.

The respondent delivered a notice of allegation (NOA) in respect of Patent No. 2095523 (the '523 patent). The NOA, addressing the set of 13 original claims, alleged anticipation and claims broader than what was covered by the '523 patent. The applicants subsequently filed and recorded a disclaimer requesting that the '523 patent's entire original claim set be disclaimed and replaced with 13 new claims. They then issued

La défenderesse a signifié un avis d'allégation (AA) à l'égard du brevet n° 2095523 (le brevet '523). L'AA, qui traitait du groupe de 13 revendications initiales, contenait des allégations quant à l'antériorité et la portée excessive des revendications du brevet '523. Les demandereses ont par la suite déposé et enregistré une renonciation demandant que le groupe entier de revendications initiales du brevet '523 fasse l'objet d'une

a notice of application for a prohibition order in respect of the respondent's NOA. The application did not deal with the allegations contained in the NOA. Rather, it asserted that the NOA was deficient because it did not address the new claim set of the '523 patent.

At issue was whether a generic manufacturer must respond to patent claims that changed as a result of a disclaimer subsequent to the generic's NOA and prior to the commencement of an application to prohibit the issuance of the NOA.

Held, the motion should be granted.

An NOA defines and limits the issues between parties in any resulting application for a prohibition order. From a policy perspective and a consideration of the way that the NOC Regulations operate, an innovator should not change the landscape after the patent has been put into play by the NOA. The "frozen register" concept only required the respondent to address the patent as listed on the register when it filed for its NOC. Its NOA therefore was only required to address the claims of the '523 patent as it existed as of that date. In addition, while disclaimers may salvage a finding of invalidity of an overbroad patent, they have a prospective effect. To give them a retroactive effect would undermine the certainty and predictability of patents and create unintended mischief. As a result, a date must be established for construing the claims and here, the claims were crystallized when the applicant received the respondent's NOA. Because the prohibition application did not oppose the allegations of infringement and invalidity, it was a waste of judicial resources and an abuse of process, and was therefore struck pursuant to paragraph 6(5)(b).

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 48 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 17; 1993, c. 15, s. 44).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5 (as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), 6(5)(b) (as am. by SOR/2006-242, s. 3).

renonciation et soit remplacé par 13 nouvelles revendications. Elles ont ensuite signifié un avis de demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction relativement à l'AA de la défenderesse. La demande ne faisait pas état des allégations contenues dans l'AA. Il affirmait plutôt que l'AA était incomplet parce qu'il ne traitait pas du nouveau groupe de revendications du brevet '523.

Le point litigieux était de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit tenir compte de revendications d'un brevet qui ont changé par suite d'une renonciation survenue après l'AA de ce fabricant mais avant le dépôt d'un avis de demande visant à interdire la délivrance d'un AA.

Jugement : la requête doit être accueillie.

L'AA définit et circonscrit les questions pouvant opposer les parties dans le cadre d'un avis de demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction. Du point de vue de la politique générale et compte tenu de la façon dont le Règlement fonctionne, une société innovatrice ne devrait pas modifier le paysage une fois le brevet mis en jeu par l'AA. Le concept du « gel du registre » obligeait seulement la défenderesse à tenir compte des brevets inscrits au registre lorsqu'elle a déposé sa demande d'AC. Par conséquent, son AA ne devait traiter que des revendications du brevet '523 qui existaient à cette date. En outre, bien que les renonciations puissent faire obstacle à une conclusion d'invalidité d'un brevet ayant une portée excessive, elles ont un effet prospectif. Leur donner un effet rétroactif compromettrait la certitude et la prévisibilité des brevets et engendrerait un méfait non intentionnel. En conséquence, une date doit être établie pour interpréter les revendications et, en l'espèce, les revendications ont été fixées lorsque la demanderesse a reçu l'AA de la défenderesse. Comme la demande d'interdiction ne contestait pas les allégations d'absence de contrefaçon et d'invalidité, elle représentait un gaspillage de ressources judiciaires et constituait un abus de procédure; elle devait donc être radiée conformément à l'alinéa 6(5)b).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 48 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 17; 1993, ch. 15, art. 44).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), 6(5)b) (mod. par DORS/2006-242, art. 3).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

CASES CITED

APPLIED:

Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc., 2009 FC 137, 74 C.P.R. (4th) 85, 342 F.T.R. 161; *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289, (1939), 56 R.P.C. 122, [1939] 1 All E.R. 140 (P.C.), affg *sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 441, [1937] 2 D.L.R. 449; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174, 282 D.L.R. (4th) 476, 59 C.P.R. (4th) 416.

CONSIDERED:

AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272, 256 N.R. 172 (F.C.A.); *Biovail Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, 2005 FC 9, 37 C.P.R. (4th) 487, 267 F.T.R. 243; *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 28 C.P.R. (3d) 261, 27 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *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.); *B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 221, [1937] 2 D.L.R. 481; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, 194 D.L.R. (4th) 232, 9 C.P.R. (4th) 168.

REFERRED TO:

HersHKovitz v. Tyco Safety Products Canada Ltd., 2009 FC 256, 341 F.T.R. 228, 73 C.P.R. (4th) 331; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358, 172 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 452, 58 C.P.R. (4th) 21, 311 F.T.R. 287, affd 2007 FC 649, 58 C.P.R. (4th) 177; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 58 C.P.R. (3d) 209, 176 N.R. 48 (C.A.); *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2007 FC 1147, 287 D.L.R. (4th) 35, 73 Admin. L.R. (4th) 206, 162 C.R.R. (2d) 308.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-242, C. Gaz. 2006.II.1510.
Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, “temporal”.

MOTION to dismiss the applicants’ prohibition application pursuant to paragraph 6(5)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Motion granted.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc., 2009 CF 137; *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289, (1939), 56 R.P.C. 122, [1939] 1 All E.R. 140 (C.P.), confirmant *sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 441, [1937] 2 D.L.R. 449; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL); *Biovail Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2005 CF 9; *Standal, succession c. Swecan International Ltd.*, T-3509-80, juge Dubé, jugement en date du 20 juillet 1989; *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.); *B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 221, [1937] 2 D.L.R. 481; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

DÉCISIONS CITÉES :

HersHKovitz c. Tyco Safety Products Canada Ltd., 2009 CF 256; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1999] A.C.F. n° 959 (1^{re} inst.) (QL); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 452, conf. par 2007 CF 649; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d’état-major de la Défense)*, 2007 CF 1147.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2006-242, Gaz. C. 2006.II.1510.
Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles, 3^e éd. Oxford : Clarendon Press, 1990, « temporal ».

REQUÊTE présentée en vertu de l’alinéa 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour faire rejeter la demande d’interdiction des demandereses. Requête accueillie.

APPEARANCES

Patrick E. Kierans, Jason C. Markwell and Kristin Wall for applicants.
Andrew R. Brodtkin and Ben Hackett for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Ogilvy Renault LLP, Toronto, for applicants.
Goodmans LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

AALTO P.:

Overview

[1] This motion has been brought by Apotex Inc. (Apotex) pursuant to paragraph 6(5)(b) [as am. by SOR/2006-242, s. 3] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the Regulations). It raises a unique issue which appears not to have been decided in any prior proceeding under the Regulations. Simply put, the issue is whether a generic manufacturer has to respond to claims in a patent which changed as the result of a disclaimer by the innovator subsequent to the generic's notice of allegation and prior to the commencement of a notice of application to prohibit the issuance of a notice of compliance. Using a football analogy, does the field goal count if the goalposts are moved after the ball is in the air?

[2] In this case, Apotex delivered a notice of allegation (NOA) in respect of Patent No. 2095523 (the '523 patent). The NOA addressed the claim set of the '523 patent as they then existed which was a set of 13 original claims. Subsequently, the applicants, Janssen-Ortho Inc. and Ortho-McNeil Pharmaceutical, Inc. (collectively Janssen) requested a disclaimer in respect of **all** 13 original claims of the '523 patent and requested that they be replaced with a new claim set. The disclaimer with respect to the '523 patent was filed and recorded on April 22, 2008. On

ONT COMPARU

Patrick E. Kierans, Jason C. Markwell et Kristin Wall pour les demandereses.
Andrew R. Brodtkin et Ben Hackett pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les demandereses.
Goodmans LLP, Toronto, pour les défendeurs.

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

LE PROTONOTAIRE AALTO :

Aperçu

[1] La présente requête a été présentée par Apotex Inc. (Apotex) en vertu de l'alinéa 6(5)b) [mod. par DORS/2006-242, art. 3] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement). Elle soulève une question unique qui ne semble avoir été tranchée dans aucune instance antérieure fondée sur le Règlement. En clair, il s'agit de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit tenir compte des revendications d'un brevet qui ont changé par suite d'une renonciation de la part de la société innovatrice survenue après l'avis d'allégation dudit fabricant mais avant le dépôt d'un avis de demande visant à interdire la délivrance d'un avis de conformité. Par analogie avec le football, le but marqué sur un tir de champ peut-il être accordé si les poteaux de but ont été enlevés après que le ballon se soit élevé dans les airs?

[2] En l'espèce, Apotex a signifié un avis d'allégation (l'AA) à l'égard du brevet n° 2095523 (le brevet '523). L'AA traitait des revendications du brevet '523 qui existaient alors et qui formaient un groupe de 13 revendications initiales. Ultérieurement, les demandereses, Janssen-Ortho Inc. et Ortho-McNeil Pharmaceutical, Inc. (collectivement Janssen), ont demandé une renonciation à l'égard de **l'ensemble** des 13 revendications initiales du brevet '523 et le remplacement de celles-ci par un nouveau groupe de revendications. La renonciation

April 25, 2008 this notice of application was commenced. The application does not deal with the allegations contained in the NOA but asserts that Apotex' NOA is deficient because it does not address the claim set of the '523 patent which obviously did not exist at the time of the NOA.

[3] These unusual facts raise the question of whether or not this application for prohibition is bereft of any chance of success. At the time this motion was initially argued there was a dearth of modern authority dealing with disclaimers. Subsequent to the hearing, both Justice Hughes (*Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 137, 74 C.P.R. (4th) 85) and Justice Martineau (*Hershkovitz v. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 FC 256, 73 C.P.R. (4th) 331) have had occasion to consider the effect of disclaimers in different contexts. The parties brought these decisions to the attention of the Court and were invited to make further submissions and did so.

Chronology of Events

[4] The following chronology puts this unique set of circumstances in perspective:

September 6, 1991 – Filing date of the United States application which was issued as the '691 U.S. Patent. This patent has two components and requested a monopoly over a “[p]harmaceutical composition comprising a tramadol material and acetaminophen, wherein the ratio of the tramadol material to acetaminophen a weight ratio from about 1:1 to about 1:1600”.

September 3, 1992 – Canadian filing date for the '523 patent. This patent contains a claim set of 13 original claims. It requests a Canadian monopoly over any “[p]harmaceutical composition comprising a tramadol material and acetaminophen”.

January 20, 2004 – Request for a reissuance of the '691 U.S. patent. This request was based upon the patentee's acknowledgement that the claims as originally drafted covered “more or less than the Patentee had the right to

concernant le brevet '523 a été déposée et enregistrée le 22 avril 2008. Le 25 avril 2008, l'avis de demande visé par l'espèce a été déposé. Dans la demande, qui ne fait pas état des allégations contenues dans l'AA, on affirme que l'AA d'Apotex est incomplet parce qu'il ne traite pas du groupe de revendications du brevet '523, qui n'existait manifestement pas au moment de l'AA.

[3] Les faits inusités de l'espèce soulèvent la question de savoir si la demande d'interdiction visée par l'espèce a la moindre chance de succès. Au moment où la présente requête a été débattue, il existait peu de jurisprudence récente sur les renoncations. Après l'audition, le juge Hughes (*Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 137) et le juge Martineau (*Hershkovitz c. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 CF 256) ont tous deux eu l'occasion d'examiner l'incidence des renoncations dans différents contextes. Les parties ont porté ces décisions à l'attention de la Cour et, après y avoir été invitées, ont présenté des observations additionnelles.

Chronologie des faits

[4] La chronologie suivante met les faits uniques suivants en perspective :

6 septembre 1991 – Date de dépôt de la demande américaine qui a mené à la délivrance du brevet américain '691. Ce brevet, qui comporte deux volets, revendiquait un monopole sur [TRADUCTION] « une composition pharmaceutique contenant du tramadol et de l'acétaminophène, selon un rapport de poids du tramadol et de l'acétaminophène allant d'environ 1:1 à environ 1:1600 ».

3 septembre 1992 – Date de dépôt de la demande canadienne relative au brevet '523. Ce brevet contient un groupe de 13 revendications initiales et revendique un monopole canadien sur [TRADUCTION] « toute composition pharmaceutique contenant du tramadol et de l'acétaminophène ».

20 janvier 2004 – Demande de redélivrance du brevet américain '691. Cette demande était fondée sur la reconnaissance par le titulaire du brevet du fait que les revendications, dans leur version initiale, portaient sur

claim in the Patent”. The reissued claims were narrowed by replacing the words “comprising” with the words “comprising an active ingredient that consists essentially of”.

June 22, 2004 – Issuance date of the Canadian '523 patent. The claim set included the 13 original claims.

February 1, 2008 – Apotex files its ANDS [abbreviated new drug submission].

March 11, 2008 – Apotex delivers its NOA in respect of the '523 patent. The NOA addresses the claims set of the '523 patent as they then existed. In its NOA Apotex alleges, *inter alia*, anticipation and claims broader than covered by the '523 patent.

April 18, 2008 – Janssen requests a disclaimer in respect of the '523 patent. The disclaimer requests that the entire original claims set be disclaimed and be replaced with a new claim set. Further, Janssen requests that the disclaimer be recorded by April 24, 2008, which was the day before the 45-day period provided by the Regulations in which to commence an application for prohibition.

April 22, 2008 – Disclaimer in respect of the '523 patent is filed and recorded. The original 13 claims have been disclaimed and replaced with 13 new claims.

April 25, 2008 – Janssen issued this notice of application in respect of Apotex' NOA.

Overview of Motion and Burden of Proof

[5] Paragraph 6(5)(b) of the Regulations permits a “second person” (in this case, Apotex) to bring a motion to dismiss a prohibition application on the basis that it is “redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process in respect of one or more patents.”

[TRANSCRIPTION] « plus ou moins que ce que le titulaire du brevet avait le droit de revendiquer dans le brevet ». Dans le brevet redéveloppé, la portée des revendications a été limitée par le remplacement du mot « contenant » par les mots [TRANSCRIPTION] « contenant un ingrédient actif se composant essentiellement de ».

22 juin 2004 – Date de délivrance du brevet canadien '523. Le groupe de revendications se composait des 13 revendications initiales.

1^{er} février 2008 – Apotex dépose sa PADN [présentation abrégée de drogue nouvelle].

11 mars 2008 – Apotex signifie son AA à l'égard du brevet '523. L'AA traite des revendications du brevet '523 alors existantes. Dans son AA, Apotex allègue, notamment, l'antériorité et la portée excessive des revendications du brevet '523.

18 avril 2008 – Janssen demande une renonciation à l'égard du brevet '523. La renonciation vise le groupe entier de revendications initiales et prévoit le remplacement de celles-ci par un nouveau groupe de revendications. En outre, Janssen demande que la renonciation soit enregistrée au plus tard le 24 avril 2008, soit la veille de l'expiration du délai de 45 jours prévu par le Règlement pour introduire une demande d'interdiction.

22 avril 2008 – Renonciation à l'égard du brevet '523 déposée et enregistrée. Les 13 revendications initiales font l'objet d'une renonciation et sont remplacées par 13 nouvelles revendications.

25 avril 2008 – Janssen dépose l'avis de demande visé par l'espèce à l'égard de l'AA d'Apotex.

Requête et fardeau de la preuve

[5] L'alinéa 6(5)b) du Règlement permet à une « seconde personne » (en l'espèce, Apotex) de présenter une requête visant à faire rejeter une demande d'interdiction au motif qu'elle est « inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement, à l'égard d'un ou plusieurs brevets, un abus de procédure ».

[6] The test to be applied, discussed in greater detail below, is that Apotex must demonstrate that the application is “clearly futile” or that it is “plain and obvious” that the proceeding cannot succeed (see *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358 (F.C.T.D.), at paragraph 30).

[7] The Federal Court has held that a motion under paragraph 6(5)(b) of the Regulations is an “extraordinary remedy that should only be granted in limited circumstances” (see *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 452, 58 C.P.R. (4th) 21, affd 2007 FC 649, 58 C.P.R. (4th) 177, at paragraph 10). The moving party has a heavy burden as is discussed further below. However, in my view of these unusual circumstances and for the reasons that follow, Apotex has met that burden and this is one of those extraordinary cases where the application should be struck.

[8] Apotex argues that it has complied with all of the provisions of the Regulations. They say that because they have made allegations of non-infringement and invalidity in their NOA, Janssen cannot now succeed in this application as it has not opposed any of Apotex’ allegations of invalidity or non-infringement in the notice of application. Thus, the continuation of this proceeding constitutes an abuse of process and is frivolous, vexatious and a waste of judicial resources.

[9] Janssen, in turn, argues that as Apotex has not made any allegations of invalidity or infringement in respect of the '523 patent, as disclaimed, Apotex must commence the process over again with a new NOA respecting the revised claims resulting from the disclaimer.

[10] Janssen argues that section 48 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 17; S.C. 1993, c. 15, s. 44] of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] is a recognized statutory mechanism whereby a patentee may amend a patent to claim less than what was claimed in the original patent. Thus, in order to succeed, Apotex must address the new claims. Not having done so, Janssen says that Apotex cannot resist the prohibition order.

[6] Selon le critère applicable, qui sera examiné de manière plus approfondie plus loin, Apotex doit démontrer que la demande est « manifestement futile » ou qu’il est « évident et manifeste » que la procédure n’a aucune chance de succès (voir *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1999] A.C.F. n° 959 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 30).

[7] La Cour fédérale a statué qu’une requête fondée sur l’alinéa 6(5)b) du Règlement constitue une [TRADUCTION] « réparation exceptionnelle qui ne devrait être accordée que dans des cas limités » (voir *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 452, conf. par 2007 CF 649, au paragraphe 10). Comme nous le verrons plus loin, la partie requérante doit s’acquitter d’un lourd fardeau. Toutefois, selon mon interprétation des faits inusités de l’espèce, et pour les motifs qui suivent, Apotex s’est acquittée de ce fardeau, et il s’agit ici d’un de ces cas exceptionnels où la demande devrait être radiée.

[8] Apotex fait valoir qu’elle s’est conformée à toutes les dispositions du Règlement. Elle affirme que, dans la mesure où elle a allégué l’absence de contrefaçon et l’invalidité dans son AA, Janssen ne peut aujourd’hui avoir gain de cause dans la demande visée par l’espèce puisqu’elle ne s’est opposée, dans l’avis de demande, à aucune de ses allégations d’absence de contrefaçon et d’invalidité. Par conséquent, la poursuite de la présente instance constitue un abus de procédure, est frivole et vexatoire et représente un gaspillage de ressources judiciaires.

[9] Pour sa part, Janssen fait valoir que, puisqu’elle n’a formulé aucune allégation d’absence de contrefaçon ou d’invalidité à l’égard du brevet '523 tel qu’il existait après la renonciation, Apotex doit recommencer le processus depuis le début au moyen d’un nouvel AA se rapportant aux nouvelles revendications issues de la renonciation.

[10] Janssen prétend que, puisque l’article 48 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 17; L.C. 1993, ch. 15, art. 44] de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] est un mécanisme prévu par la loi reconnu qui permet au titulaire de brevet de modifier un brevet pour revendiquer moins que ce qui a été revendiqué dans le brevet d’origine, Apotex doit, pour avoir gain de cause, tenir compte des nouvelles revendications. Comme elle

n'en a rien fait, Janssen affirme qu'Apotex ne peut faire obstacle à l'ordonnance d'interdiction.

Issues

[11] This unique circumstance raises a number of issues:

(i) What is the effect of an NOA which deals with the claims of a patent at one point of time and does not address subsequent claims resulting from a disclaimer?

(ii) Is Apotex' NOA only obliged to address the '523 patent as it stood at the time that it filed its ANDS or at the latest, at the time that it served its NOA?

(iii) Are the disclaimers of patent rights prospective in their effect?

(iv) Does subsection 48(4) of the *Patent Act* apply to applications?

(v) Does the "frozen register" provision of the Regulations apply to the Apotex NOA?

(vi) Is Apotex required to address the '523 patent as disclaimed?

Law and Discussion

[12] The '523 patent is described in claim 1 as a pharmaceutical composition comprising a tramadol material and acetaminophen. It is prescribed for the short-term management of acute pain. Each of the claims of the '523 patent before disclaimer were either directly or indirectly dependent on claim 1.

[13] In its NOA, Apotex alleged that its product would not infringe the claims of the '523 patent and that, in any event, the '523 patent was invalid. The invalidity allegation was founded on the claims of the '523 patent being overly broad. Apotex also alleged obviousness and anticipation.

Questions en litige

[11] Les circonstances uniques de l'espèce soulèvent les questions suivantes :

i) Quel est l'effet d'un AA qui traite des revendications d'un brevet en vigueur à un moment donné mais non des revendications subséquentes issues d'une renonciation?

ii) L'AA d'Apotex n'avait-il qu'à traiter du brevet '523 tel qu'il existait à la date où elle a déposé sa PADN ou, au plus tard, à la date où elle a signifié son AA?

iii) Les renonciations aux droits attachés à un brevet ont-elles un effet prospectif?

iv) Le paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets* s'applique-t-il aux demandes?

v) Le « gel du registre » prévu par le Règlement s'applique-t-il à l'AA d'Apotex?

vi) Apotex est-elle tenue de traiter du brevet '523 tel qu'il existait après la renonciation?

Exposé du droit

[12] Dans la revendication 1, le brevet '523 est décrit comme une composition pharmaceutique contenant du tramadol et de l'acétaminophène. Cette composition est prescrite pour le soulagement à court terme de la douleur aiguë. Chacune des revendications du brevet '523 d'avant la renonciation était subordonnée, directement ou indirectement, à la revendication 1.

[13] Dans son AA, Apotex a allégué que son produit ne contreferaient pas les revendications du brevet '523 et que, de toute façon, le brevet '523 était invalide. L'allégation d'invalidité était fondée sur la portée excessive des revendications du brevet '523. Apotex a également allégué l'évidence et l'antériorité.

[14] Apotex' NOA was and could only be framed in respect of the '523 patent as it existed on March 11, 2008, the date of the NOA. The disclaimer for the '523 patent was filed on April 18, 2008 by Janssen with the specific request that the disclaimer be recorded by the Commissioner of Patents on or before April 24, 2008, the day before the deadline for bringing this application in response to the NOA.

The Disclaimer

[15] Janssen's disclaimer stated that the patentee had, by mistake, accident or inadvertence:

(a) made the specification too broad, claiming more than that of which the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor; or

(b) in the specification, claimed that the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor of any material or substantial part of the invention patented of which the patentee was not the inventor, and to which the patentee had no lawful right.

[16] Janssen disclaimed "the entirety of the subject matter of claims 1 to 13, with the exception of the subject matter shown in the following claim set." The new claim 1 was revised to read:

1. A pharmaceutical composition comprising a tramadol material and acetaminophen as its sole active ingredients, wherein the ratio of the tramadol material to acetaminophen is a weight ratio from about 1:1 to about 1:1600. [Underlining added.]

Apotex' NOA

[17] As is obvious, as Apotex' NOA predates the disclaimer issued by Janssen, the NOA could not possibly have dealt with the claims of the '523 patent as disclaimed.

[18] The NOA defines and limits the issues between the parties in any resulting notice of application for a prohibition order. While the NOA is not a pleading *per se* it nonetheless defines the scope of the issues over the

[14] L'AA d'Apotex se rapportait, et ne pouvait que se rapporter, au brevet '523 tel qu'il existait le 11 mars 2008, date de l'AA. Le 18 avril 2008, Janssen a déposé la renonciation relative au brevet '523 en demandant expressément que celle-ci soit enregistrée par la commissaire aux brevets au plus tard le 24 avril 2008, soit la veille de l'expiration du délai pour présenter la demande visée par l'espèce en réponse à l'AA.

La renonciation

[15] La renonciation de Janssen indiquait que le titulaire du brevet, par erreur, accident ou inadvertance :

[TRADUCTION]

a) avait donné trop d'étendue à son mémoire descriptif, en revendiquant plus que la chose dont lui-même, ou son mandataire, était l'inventeur; ou

b) s'était représenté dans le mémoire descriptif, ou avait représenté son mandataire, comme étant l'inventeur d'un élément matériel ou substantiel de l'invention brevetée, alors qu'il n'en était pas l'inventeur et qu'il n'y avait aucun droit.

[16] Janssen a renoncé à [TRADUCTION] « l'objet entier des revendications 1 à 13, à l'exception de l'objet présenté dans le groupe de revendications suivant ». La nouvelle revendication 1 a été ainsi libellée :

[TRADUCTION] 1. Une composition pharmaceutique contenant du tramadol et de l'acétaminophène comme seul ingrédient actif, selon un rapport de poids du tramadol et de l'acétaminophène allant d'environ 1:1 à environ 1:1600. [Non souligné dans l'original.]

Avis d'allégation d'Apotex

[17] L'AA d'Apotex étant antérieur à la renonciation déposée par Janssen, il est évident qu'il ne pouvait traiter des revendications du brevet '523 telles que reformulées par la renonciation.

[18] L'AA définit et circonscrit les questions pouvant opposer les parties dans le cadre d'un avis de demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction. Si l'AA n'est pas un acte de procédure comme tel, il n'en définit

notice of application. As noted in the cases it “casts a long shadow” over the issues. The Federal Court of Appeal in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 observed (at paragraphs 19–20):

The detailed statement is not a pleading *per se* but represents a pivotal step in the process leading up to the issuance of an NOC. By taking that step the second person [here Apotex] puts the patentee [here Janssen] on notice of the grounds on which he or she considers that the making, constructing, using or selling of the drug will not infringe the second person’s patent rights during the unexpired term of the patent. In theory, this procedure ought to enable the patentee to confidently decide within the 45 day time limit whether to resist the issuance of an NOC. It is to be noted that, subject to business exigencies, the second person had no obligation to make its allegation and provide its detailed statement by an imposed deadline. As much time as the second person deems necessary is available under the scheme of the Regulations.

While it is true that the detailed statement is not filed in a section 6 proceeding, it nevertheless casts a long shadow over that proceeding. Indeed, it is upon the content of that statement that the patentee must decide whether or not to commence a section 6 proceeding and to assess its chances of success or failure. In this sense the allegation and detailed statement assist in an important way in framing the issues and facts to be determined in the section 6 proceedings for in seeking prohibition the patentee is obliged to show that, contrary to what is stated in the detailed statement, the patentee’s patent right will be infringed if an NOC for the drug is issued prior to the expiration of the listed patent. [Emphasis added.]

[19] It defies logic that Apotex should have to respond to “claims” that were not in existence at the time of either its ANDS or its NOA. Janssen was required to respond to the NOA by commencing a prohibition application. For whatever tactical reasons, it chose to disclaim the claims and then seek a prohibition order. From a simple policy perspective and a consideration of the way in which the Regulations operate, an innovator should not be able to change the landscape after the patent has been put in play by the NOA.

pas moins la portée des questions ayant trait à l’avis de demande. Comme l’indique la jurisprudence, son « influence [sur les questions en litige] est [...] prédominante ». Dans l’arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL), la Cour d’appel fédérale a fait remarquer ceci (aux paragraphes 19 et 20) :

L’énoncé détaillé n’est pas un acte de procédure comme tel mais représente une étape essentielle dans le processus conduisant à la délivrance d’un AC. En agissant de la sorte, la seconde personne [en l’espèce, Apotex] avise le titulaire du brevet [en l’espèce, Janssen] des motifs pour lesquels elle considère que l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente de la drogue ne contreviendra pas aux droits de la seconde personne afférents au brevet pour la période non expirée du brevet. En théorie, cette procédure devrait permettre au titulaire du brevet de décider en toute confiance à l’intérieur d’une période de 45 jours s’il doit contester la délivrance d’un AC. Il faut noter que, sous réserve des exigences du commerce, la seconde personne n’a aucune obligation de faire ses allégations ou de fournir son énoncé détaillé dans un délai déterminé. La seconde personne peut prendre le temps qui lui semble nécessaire en vertu du régime établi par le Règlement.

Bien que l’énoncé détaillé ne soit pas déposé dans l’instance relative à la demande visée à l’article 6, son influence est néanmoins prédominante dans cette procédure. En effet, c’est par rapport au contenu de cet énoncé que le titulaire du brevet doit décider s’il introduit une telle instance et évaluer ses chances de succès. Pour ce faire, l’allégation et l’énoncé détaillé sont une aide importante pour définir les questions et les faits qu’il faut établir dans une instance relative à la demande visée à l’article 6 car pour obtenir l’interdiction, le titulaire du brevet doit démontrer que, contrairement à ce qui est indiqué dans l’énoncé détaillé, le droit attaché à son brevet sera enfreint si un AC est délivré pour la drogue avant l’expiration du brevet inscrit sur la liste. [Non souligné dans l’original.]

[19] Il n’est pas logique de prétendre qu’Apotex aurait dû tenir compte de « revendications » qui n’existaient pas tant au moment de sa PADN que de son AA. Janssen devait répondre à l’AA en introduisant une demande d’interdiction. Pour des raisons stratégiques, elle a choisi de renoncer aux revendications avant de solliciter une ordonnance d’interdiction. Du simple point de vue de la politique générale et compte tenu de la façon dont le Règlement fonctionne, une société innovatrice ne devrait pas pouvoir modifier le paysage une fois le brevet mis en jeu par l’AA.

[20] The allegations in the NOA do not relate to the patent as disclaimed. It is effectively a new patent. It is no answer to say that Apotex should start the process all over again. The rug has been pulled out from under Apotex in a tactical move by Janssen which decided to disclaim all the claims in the '523 patent. Janssen made the disclaimer on the basis that the '523 patent claimed more than what was invented and in this application alleges that the Apotex NOA “has no legal effect” because it does not address the '523 patent as disclaimed. This argument does not withstand scrutiny for the reasons discussed hereinafter.

Frozen Register

[21] Support for the conclusion that Apotex need not address the claims as disclaimed can be found in the “frozen register” concept. It is to be noted that a generic manufacturer, such as Apotex, when filing a submission for an NOC [notice of compliance] pursuant to section 5 [as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)] of the Regulations, is only required to address the patents on the register in respect of the innovative drug as of the filing date. This is often referred to as the “frozen register”. In 2006 when the Regulations were amended the “Regulatory Impact Analysis Statement” accompanying the proposed amendments and published in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21 described the frozen register requirement as follows [at pages 1510 and 1519]:

These amendments are intended to restore the balanced policy underlying the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (“PM(NOC) Regulations”) by reaffirming the rules for listing patents on the register and clarifying when listed patents must be addressed.

...

Under the amendments to section 5 a generic manufacturer that files a submission or supplement for a NOC in respect of a generic version of an innovative drug is only required to address the patents on the register in respect of the innovative drug as of that filing date. Patents added to the register thereafter will not give rise to any such requirement. The register will thus be “frozen” in respect of that generic manufacturer’s

[20] Les allégations contenues dans l’AA ne concernent pas le brevet tel qu’il existait après la renonciation. Il s’agit en fait d’un nouveau brevet. Il ne suffit pas de répondre qu’Apotex devrait recommencer le processus depuis le début. Apotex s’est fait tirer le tapis sous les pieds dans le cadre d’une stratégie imaginée par Janssen qui a décidé de renoncer à toutes les revendications du brevet '523. Janssen a fait valoir, dans sa renonciation, que le brevet '523 revendiquait plus que ce qui avait été inventé et allègue, dans la demande visée par l’espèce, que l’AA d’Apotex [TRADUCTION] « n’a aucun effet juridique » parce qu’il ne traite pas du brevet '523 tel qu’il existait après la renonciation. Cet argument ne résiste pas à l’examen pour les motifs exposés ci-après.

Gel du registre

[21] Le concept du « gel du registre » permet de conclure qu’Apotex n’a pas à tenir compte des revendications issues de la renonciation. Il convient de souligner qu’un fabricant de médicaments génériques, comme Apotex, qui dépose une demande en vue d’obtenir un avis de conformité suivant l’article 5 [mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)] du Règlement est seulement obligé de tenir compte des brevets inscrits au registre à l’égard du produit innovateur à la date de dépôt. Ce concept est souvent appelé « gel du registre ». En 2006, lorsque le Règlement a été modifié, le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation joint à la proposition de modification et publié dans la *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 140, n° 21, décrivait ainsi l’exigence du gel du registre [aux pages 1510 et 1519] :

Ces modifications ont pour objectif de rétablir la politique équilibrée qui sous-tend le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« règlement de liaison ») en réaffirmant les règles régissant l’inscription de brevets au registre et en éclaircissant les circonstances où ceux-ci doivent être respectés.

[...]

Suivant les modifications à l’article 5, un fabricant de produits génériques déposant une demande ou un supplément en vue d’obtenir un avis de conformité pour une version générique d’un produit innovateur est seulement obligé de tenir compte des brevets inscrits au registre à l’égard du produit innovateur à la date de dépôt. Les brevets ajoutés au registre par la suite ne donneront plus lieu à une telle obligation. Le registre sera pour

regulatory submission. Subsequent submissions originating from additional generic manufacturers would each benefit from the same freezing mechanism, as of their respective dates of filing with the Minister. As a corollary to this frozen register concept, generic manufacturers will no longer be permitted to initiate the process for challenging a patent under the PM(NOC) Regulations (i.e. through the service of a notice of allegation – “NOA”) until that same filing has occurred. The combined effect of these two new rules will significantly curtail the incidence of repeat cases, whether due to multiple NOAs on the part of generic manufacturers or multiple patent listings on the part of the innovators.

[22] It is recognized that this explanatory statement is not part of the Regulations. However, it assists in understanding the concept and policy behind the amendments to the Regulations as well as the intention of the regulator. It also puts in context the situation that Apotex faced when it delivered its NOA. It was only required to respond to the patent as listed on the register when it filed for its NOC and therefore its NOA was only required to address the claims of the '523 patent as it existed as of that date. If the generic is confined to the allegations in the NOA, there is no good reason why the innovator whose patent is in issue should not also be confined to those allegations. In my view, the rights of the respective parties crystallized upon the receipt by Janssen of the Apotex NOA. This fits the scheme of the Regulations.

Overbroad Patents

[23] It is an admission by Janssen that the '523 patent as originally issued claims more than what was invented. A patent which claims more than what has been invented can be found to be invalid as being overly broad. Disclaimers may salvage a finding of invalidity of such a patent if it has not been found to be invalid. There is much authority for this proposition. In *Biovail Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, 2005 FC 9, 37 C.P.R. (4th) 487, Justice Harrington [at paragraph 15] usefully summarized the

ainsi dire « gelé » en ce qui concerne la demande réglementaire de ce fabricant de produits génériques. Les demandes subséquentes soumises par d'autres fabricants de produits génériques seront assujetties à la même règle, à partir de la date de présentation de chacune d'elles au ministre. Comme corollaire de ce concept du « gel » du registre, les fabricants de produits génériques ne pourront plus contester un brevet en vertu du règlement de liaison (c.-à-d., en signifiant un avis d'allégation) tant que cette demande n'a pas été déposée. L'effet combiné de ces deux nouvelles règles limitera considérablement le nombre de cas de répétition, causés soit par de multiples avis d'allégation signifiés par des fabricants de produits génériques, soit par de multiples demandes d'inscription de brevets déposées par des fabricants innovateurs.

[22] Il est admis que cet énoncé explicatif ne fait pas partie du Règlement. Il permet néanmoins de mieux comprendre le concept et la politique qui sous-tendent les modifications apportées au Règlement de même que l'intention de l'organisme de réglementation. Il met aussi en contexte la situation à laquelle était confrontée Apotex au moment où elle a signifié son AA. Celle-ci était seulement obligée de tenir compte du brevet tel qu'il était inscrit au registre lorsqu'elle a déposé sa demande en vue d'obtenir un avis de conformité et, par conséquent, son AA ne devait traiter que des revendications du brevet '523 qui existaient à cette date. Si le fabricant de médicaments génériques doit s'en tenir aux allégations contenues dans l'AA, rien ne justifie que la société innovatrice dont le brevet est en cause ne doive pas aussi s'en tenir à ces allégations. À mon avis, les droits respectifs des parties se sont cristallisés au moment de la réception par Janssen de l'AA d'Apotex. Cela est compatible avec le régime établi par le Règlement.

Brevets de portée excessive

[23] Janssen admet que le brevet '523, tel qu'il a été délivré à l'origine, revendique plus que ce qui a été inventé. Un tel brevet peut être déclaré invalide en raison de sa portée excessive. Les renonciations peuvent faire obstacle à une conclusion d'invalidité si le brevet n'a pas encore été déclaré invalide. Il y a amplement de précédents à l'appui de cette thèse. Dans la décision *Biovail Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2005 CF 9, le juge Harrington [au paragraphe 15] a bien résumé les

principles of patent construction. Number 8 on that list of principles is the following:

8. To overclaim is to lose everything. If the inventor underclaims, the court will not broaden the monopoly in the interests of the “spirit” thereof. This often, as in this case, results in layers of claims, each limitation serving as a potential safety net so that if the broadest claims fall, the monopoly may be saved in part by the more modest claims.

[24] A more recent example of the effect of an overbroad claim is found in *Bristol-Myers Squibb*, wherein Justice Hughes summarized the law in this area as follows (at paragraphs 42–43):

A patent which claims more than what was invented or disclosed can be found to be invalid for being overly broad. As Nadon J.A. for the Federal Court of Appeal wrote at paragraph 115 of *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, (2007), 60 C.P.R. (4th) 81, 2007 FCA 209:

115 It is now settled law that a patent which claims more than what was invented or disclosed can be found invalid for being overly broad. As explained in *Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. v. Beatty Brothers Ltd.* (Ex. Ct.) at p. 66:

The other attack was that the claims were too wide and that they claimed more than had been invented. This repeats the central them[e] to which I have referred, namely, the contention that all that had been invented were the specific wringer constructions described in the specification and that unless the claims were limited in their application to inventions of the said specific constructions they were too wide and, therefore, invalid. There is a simple answer to the contention. If the claims read fairly on what has been disclosed and illustrated in the specification and drawings, as they do, they are not wider than the invention. The specific wringer constructions described in the specification are simply embodiments or illustrations of the invention. The claims embrace them and might well embrace similar other embodiments or illustrations. There is nothing in any of the specifications that would limit the claims to one of the specific wringer constructions or to all of them.

principes d’interprétation des brevets. Le huitième principe de la liste qu’il y dresse est le suivant :

8. Il est fatal de revendiquer plus que nécessaire. Par ailleurs, si les revendications de l’inventeur sont d’une portée trop limitée, le tribunal ne pourra pas accroître l’étendue du monopole en invoquant « l’esprit de l’invention ». Cela se produit souvent, comme c’est le cas en l’espèce, lorsque l’inventeur recourt à différents niveaux de revendications dont les restrictions sont destinées à servir d’éventuels filets protecteurs de sorte que, si une revendication plus large devait être rejetée, le monopole puisse en partie subsister sur la base d’une autre revendication de moins grande portée.

[24] On trouve un exemple plus récent de l’effet d’une revendication de portée excessive dans la décision *Bristol-Myers Squibb*, où le juge Hughes a résumé ainsi le droit applicable dans ce domaine (aux paragraphes 42 et 43) :

Le brevet qui revendique plus que ce qui a été inventé ou divulgué peut être jugé invalide en raison de sa portée excessive. Comme le juge Nadon l’a déclaré, au nom de la Cour d’appel fédérale, au par. 115 de l’affaire *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, (2007), 60 C.P.R. (4th) 81, 2007 CAF 209 :

115 Il est maintenant établi en droit qu’un brevet qui revendique plus que ce qui a été inventé ou divulgué peut être jugé invalide en raison de sa portée [...] excessive. Comme il est expliqué dans la décision *Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. c. Beatty Brothers Ltd.* (1962), 41 C.P.R. 18 (C. de l’É.), à la page 66 :

L’autre attaque était que les revendications étaient trop larges parce qu’elles réclamaient plus que ce qui avait été inventé. Cela reprend le thème central que j’ai mentionné, à savoir la prétention que l’invention se limitait aux constructions particulières d’essoreuse décrites dans le mémoire descriptif et que, à moins que les revendications ne soient limitées dans leur application aux inventions de ces constructions particulières, elles étaient trop larges et partant invalides. La réponse à cette prétention est simple. Si les revendications se lisent bien en fonction de ce qui a été divulgué et illustré dans le mémoire descriptif et les dessins, comme c’est le cas, elles ne sont pas plus larges que l’invention. Les constructions particulières d’essoreuse décrites dans le mémoire descriptif sont simplement des spécimens ou des illustrations de l’invention. Les revendications les embrassent et peuvent embrasser d’autres spécimens ou illustrations similaires. On ne trouve rien dans le mémoire descriptif qui limiterait les revendications à l’une des constructions particulières d’essoreuse ou à toutes celles-ci.

Thus a claim which is overly broad in a patent that has not yet been adjudged to be invalid may be saved from a finding of invalidity by a Court if a disclaimer is filed but only if filed in a timely way.

[25] Here, it can reasonably be inferred, given the sequence of events, that Janssen was facing a serious risk of having Apotex' allegation of invalidity of the '523 patent as originally issued declared invalid as being overbroad. Thus, the disclaimer was requested. This leads to consideration of the effect of the disclaimer.

Are Disclaimers Retrospective or Prospective in Effect?

[26] Until recently there has been a dearth of modern jurisprudence dealing with disclaimers generally and their impact. However, both Justice Hughes (*Bristol-Myers Squibb*, above) and Justice Martineau (*Hershkovitz*, above) have examined the impact of disclaimers in these two recent cases. The *Bristol-Myers Squibb* case offers insights which assist in determining this case as it involved an NOC proceeding. It is discussed in greater detail below.

[27] A key issue during argument was whether disclaimers have prospective or retrospective effect. That they have prospective effect appears to find support in the jurisprudence. It is a logical result. For example, in *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 28 C.P.R. (3d) 261 (F.C.T.D.) a plaintiff had filed a disclaimer prior to the commencement of an action for infringement. The Trial Judge held [at page 276] that the "net effect of these disclaimers is to exclude the respective claims from 'reading on' the Lynch and the two Andrus patents." The latter reference is to the prior art. The patents as disclaimed were held valid. However, the Trial Judge accepted the defendant's argument that damages should only flow for the period after the disclaimer. While not specifically stating that the effect of a disclaimer is prospective, the implication of a damage award subsequent to the disclaimer supports the proposition that indeed a disclaimer should be considered to be prospective.

Ainsi la revendication de portée excessive dans un brevet qui n'a pas encore été jugé invalide peut échapper à une déclaration d'invalidité du tribunal si une renonciation est déposée, mais seulement dans la mesure où celle-ci l'a été en temps opportun.

[25] En l'espèce, vu le déroulement des faits, on peut raisonnablement inférer que, compte tenu de l'allégation d'invalidité d'Apotex à l'égard du brevet '523 tel qu'il a été délivré à l'origine, Janssen risquait sérieusement de voir son brevet déclaré invalide en raison de sa portée excessive. La renonciation était donc nécessaire. Ce qui nous amène à l'examen de l'effet de la renonciation.

Les renonciations ont-elles un effet rétrospectif ou prospectif?

[26] Jusqu'à tout récemment, il existait peu de jurisprudence traitant des renonciations et de leur incidence. Cependant, le juge Hughes (*Bristol-Myers Squibb*, précité) et le juge Martineau (*Hershkovitz*, précité) ont tous deux examiné cette incidence dans ces deux décisions récentes. La décision *Bristol-Myers Squibb*, qui portait sur une instance relative à un avis de conformité, fournit des indications quant à la façon de trancher la présente affaire. Nous le verrons de manière plus approfondie plus loin.

[27] Une des questions clés qui se sont posées pendant les débats consistait à savoir si les renonciations ont un effet prospectif ou rétrospectif. La thèse voulant qu'elles aient un effet prospectif semble trouver un appui dans la jurisprudence. C'est logique. Par exemple, dans la décision *Standal Succession c. Swecan International Ltd.* (1989), 28 C.P.R. (3d) 261 (C.F. 1^{re} inst.), le demandeur avait déposé une renonciation avant d'introduire une action en contrefaçon. Le juge de première instance a statué que [TRADUCTION] « ces renonciations ont pour effet concret d'empêcher les revendications respectives de "continuer à se lire" sur le brevet Lynch et les deux brevets Andrus ». Le dernier volet concerne l'antériorité. Les brevets assortis des renonciations ont été jugés valides. Le juge de première instance a cependant retenu l'argument du défendeur selon lequel les dommages-intérêts ne devaient être accordés que pour la période postérieure à la renonciation. S'il n'a pas expressément indiqué que l'effet d'une renonciation est prospectif, le fait de sous-entendre que l'octroi de dommages-intérêts doit

[28] A further case which bears on this issue is *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32 (C.A.) in which the Court held [at paragraphs 74–75] that:

The other attack on the validity of the disclaimer rests on subsection 48(4) of the Act, which states in part, “[n]o disclaimer affects any action pending at the time when it is made”. The purpose of the subsection has been the subject of judicial comment. In *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (P.C.) it was held that the rights and liabilities of the parties to a pending action are to be ascertained on the footing that the party who disclaims can obtain no advantage in the action from having obtained a disclaimer.

At first blush, I thought it doubtful whether the word “action” used in subsection 48(4) of the Act could embrace proceedings before the Board: see *Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 F.C. 3 (C.A.). On further reflection, I do not believe that that subsection is of any assistance to the Board even if I were to conclude otherwise. Subsection 48(4) does not purport to render disclaimers invalid. It merely serves to confirm that a disclaimer cannot have retroactive effect on proceedings previously begun. This accords with what I understand is ICN’s position. ICN accepts that the Board will maintain jurisdiction to examine the pricing of Virazole until at least December 6, 1995, the date the disclaimer was filed. At the same time, it asserts that the disclaimer will have the prospective effect of terminating the Board’s jurisdiction. In my view, this position is consistent with the spirit and intent of subsection 48(4). This leads me to consider the final argument on this issue.

[29] Notably, the Federal Court of Appeal held that subsection 48(4) of the *Patent Act* cannot have retroactive effect on “proceedings” previously begun.

[30] In further support of the prospective effect of disclaimers, subsection 48(3) [repealed by S.C. 1993, c. 15, s. 44] of the *Patent Act* originally contained language to the effect that a disclaimer “shall thereafter be deemed to be part of the original specification.” In 1993, as a result of substantial amendments to the *Patent Act*, this language was removed.

être postérieur à la renonciation permet d’affirmer que la renonciation devrait effectivement être considérée comme prospective.

[28] On trouve un autre exemple se rapportant à la présente question dans l’arrêt *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.), où la Cour a statué ceci [aux paragraphes 74 et 75] :

L’autre moyen invoqué à l’encontre de la validité de la renonciation se fonde sur le paragraphe 48(4) de la Loi, qui dit notamment que «[d]ans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n’a d’effet». La portée de cette disposition a fait l’objet de décisions judiciaires. Dans *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (P.C.), il a été statué que les droits et les obligations des parties à une action pendante devaient être déterminés en tenant pour acquis que le dépôt d’une renonciation ne confère aucun avantage à la partie qui l’effectue.

À première vue, il m’a semblé douteux que le mot «action» employé au paragraphe 48(4) de la Loi puisse englober la procédure engagée devant le Conseil; voir *Eli Lilly and Co. c. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 C.F. 3 (C.A.). Après réflexion, je ne crois pas que cette disposition pourrait étayer de quelque manière la position du Conseil si j’arrivais à la conclusion contraire. L’objet du paragraphe 48(4) n’est pas de rendre une renonciation invalide. Il ne fait que confirmer qu’une renonciation ne peut avoir d’effet rétroactif à l’égard de procédures déjà engagées. Cette conclusion est compatible avec la position d’ICN, celle-ci concédant que le Conseil est demeuré compétent pour examiner le prix du Virazole au moins jusqu’au 6 décembre 1995, soit la date du dépôt de la renonciation. Par contre, ICN fait valoir que la renonciation prive le Conseil de sa compétence par la suite. À mon avis, cette position est compatible avec l’esprit du paragraphe 48(4). Ce qui m’amène au dernier argument afférent à cette question.

[29] Fait à noter, la Cour d’appel fédérale a statué que le paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets* ne peut avoir d’effet rétroactif à l’égard de « procédures » déjà engagées.

[30] À l’appui de la thèse en faveur de l’effet prospectif des renonciations, mentionnons également que le paragraphe 48(3) [abrogé par L.C. 1993, ch. 15, art. 44] de la *Loi sur les brevets* contenait autrefois un texte indiquant que la renonciation « est, par la suite, réputée faire partie du mémoire descriptif original ». En 1993, par suite des modifications substantielles apportées à la *Loi sur les brevets*, ce texte a été retranché.

[31] The Judicial Committee of the Privy Council on appeal from the Supreme Court of Canada in *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co. Ltd.*, [1939] 2 D.L.R. 289 also considered the effect of disclaimers. In that case the Supreme Court held, in reasons delivered prior to the formal judgment being entered, that the claims of the patent in suit were too broad and hence the claims were invalid [*sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 221]. However, the patentee filed a disclaimer limiting the scope of the claims before the formal judgment was entered and sought a rehearing on the basis that the disclaimer limiting the claims validated the claims. The Supreme Court refused to rehear the matter and an appeal was taken to the Privy Council which dismissed the appeal [*sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 441] primarily on the ground that the patentee had accepted the true construction of the original claims as found by the Supreme Court and it was not open to appeal against those findings (page 294). The Privy Council also noted that a patentee ought not to gain a benefit by virtue of the disclaimer. The Privy Council observed (at page 294):

The disclaimer is an unconditional disclaimer; it must necessarily be unconditional. The statute does not contemplate or authorize a contingent disclaimer. As soon as the disclaimer was filed and recorded in the office of the Commissioner, it was made part of the patent; the only existing claims are the claims as amended by virtue of the disclaimer, and the only invention protected by the letters patent is the invention a description whereof is contained in the specification as so amended. In these circumstances the present appellants, having filed a disclaimer for the purpose of changing the construction which the Supreme Court had declared to be the true construction of the original claims, must be taken to have finally accepted that construction as being the true construction of those claims; and it is not open to them to appeal successfully against the Court's declaration of that construction Their Lordships, however, do feel able to attribute a meaning to the words "no disclaimer shall affect any action pending at the time when it is made." These words, they think, must at least have this effect, *viz.*:—that the rights and liabilities of the parties to a pending action are to be ascertained and declared on the footing that the person who disclaims obtains no advantage in the action from his disclaimer. Upon this view the subsection can be of no assistance to the appellants, who in effect ask that the pending action shall

[31] Dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co. Ltd.*, [1939] 2 D.L.R. 289, le Comité judiciaire du Conseil privé s'est aussi penché sur l'effet des renoncements. Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué, dans des motifs rendus avant le prononcé formel du jugement, que les revendications du brevet en litige étaient trop larges, et donc invalides [*sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 221]. La titulaire du brevet a cependant déposé, avant le prononcé formel du jugement, une renonciation limitant la portée des revendications et demandé une nouvelle audition au motif que la renonciation limitant la portée des revendications validait celles-ci. La Cour suprême a refusé de réentendre l'affaire et un appel a été interjeté devant le Conseil privé, qui a rejeté l'appel [*sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 441] principalement pour le motif que la titulaire du brevet avait accepté l'interprétation véritable des revendications initiales faite par la Cour suprême et qu'il ne lui était pas loisible d'interjeter appel à l'encontre de ces conclusions (page 294). Le Conseil privé a également souligné que le titulaire de brevet ne doit pas tirer un avantage de la renonciation. Le Conseil privé a fait observer ce qui suit (à la page 294) :

[TRADUCTION] La renonciation est inconditionnelle et doit nécessairement l'être. La Loi n'envisage ni n'autorise une [renonciation] conditionnelle. Dès son dépôt et son enregistrement au bureau du commissaire, la renonciation était intégrée au brevet; seules subsistent les revendications telles que modifiées par la renonciation, et la seule invention protégée par les lettres patentes est celle décrite dans le mémoire descriptif ainsi modifiée. Dans ces circonstances, les appelants ayant déposé une renonciation dans le but de modifier l'interprétation que la Cour suprême avait déclarée être la véritable interprétation des revendications initiales doivent être considérés comme ayant finalement accepté cette interprétation comme étant l'interprétation véritable de ces revendications; il ne leur est pas loisible d'interjeter appel avec succès à l'encontre de la décision de la Cour relativement à cette interprétation [...] Leurs seigneuries estiment cependant pouvoir attribuer un sens aux mots « dans toute action pendante au moment où elle a été faite, aucune renonciation n'a d'effet ». D'après eux, ces mots doivent à tout le moins avoir pour effet que les droits et responsabilités des parties à une action pendante doivent être précisés et reconnus de telle manière que, dans le cadre de l'action pendante, l'auteur de la renonciation ne tire aucun avantage de son acte de renonciation. Selon cette interprétation,

be affected (and to their advantage) by the disclaimer. [Emphasis added.]

[32] In effect the Privy Council fixed the effective date of the disclaimer as being the date of its filing. On this basis, the disclaimer in this case ought not to benefit Janssen and should take effect prospectively.

[33] In addition, from a policy perspective, to give retroactive effect would undermine the certainty and predictability which courts have spoken of in the area of patents. For example, the Supreme Court of Canada [in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024] has described the patent system as follows (at paragraphs 41–43):

The scope of patent protection must not only be fair, it must be reasonably predictable. A patent is, after all, a public instrument issued under statutory authority which may result in severe financial consequences for its infringement. The scope of its prohibition should be made clear so that members of the public may know where they can go with impunity. As was said in another public law connection by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 639, precision in public enactments is required to “sufficiently delineate an area of risk”.

The patent system is designed to advance research and development and to encourage broader economic activity. Achievement of these objectives is undermined however if competitors fear to tread in the vicinity of the patent because its scope lacks a reasonable measure of precision and certainty. A patent of uncertain scope becomes “a public nuisance” (*R.C.A. Photophone, Ld. v. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167 (Eng. C.A.), at p. 195). Potential competitors are deterred from working in areas that are not in fact covered by the patent even though costly and protracted litigation (which in the case of patent disputes can be very costly and protracted indeed) might confirm that what the competitors propose to do is entirely lawful. Potential investment is lost or otherwise directed. Competition is “chilled”. The patent owner is getting more of a monopoly than the public bargained for. There is a high economic cost attached to uncertainty and it is the proper policy of patent law to keep it to a minimum.

ce paragraphe ne peut être d’aucune utilité aux appelants, qui demandent en fait que l’action pendante soit affectée (à leur avantage) par la renonciation. [Non souligné dans l’original.]

[32] En fait, le Conseil privé a fixé la date de prise d’effet de la renonciation à la date de son dépôt. Sur ce fondement, la renonciation en l’espèce ne devrait pas profiter à Janssen et devrait prendre effet de manière prospective.

[33] En outre, sur le plan de la politique générale, donner un effet rétroactif compromettrait la certitude et la prévisibilité dont les tribunaux ont parlé dans le domaine des brevets. Par exemple, la Cour suprême du Canada [dans l’arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024] a ainsi décrit le régime de concession de brevets (aux paragraphes 41 à 43) :

L’étendue de la protection découlant du brevet doit être non seulement équitable, mais aussi raisonnablement prévisible. Après tout, un brevet est un document public établi en application d’un pouvoir légal, et sa contrefaçon peut avoir de graves répercussions financières. La portée de l’interdiction qui y est faite doit être claire, de façon que les citoyens sachent quelles avenues leur demeurent ouvertes. Comme l’a dit le juge Gonthier relativement à un autre aspect du droit public dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 639, dans un texte de loi, la précision s’impose afin de «délimit[er] suffisamment une sphère de risque».

Le régime de concession de brevets vise à favoriser la recherche et le développement et à encourager l’activité économique en général. La réalisation de ces objectifs est cependant compromise lorsqu’un concurrent craint de marcher dans les plates-bandes du titulaire d’un brevet dont la portée n’est pas raisonnablement précise et certaine. Le brevet dont la portée est incertaine devient [TRADUCTION] «une nuisance publique» (*R.C.A. Photophone, Ld. c. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167 (C.A. Angl.), à la p. 195). Les concurrents éventuels sont dissuadés d’œuvrer dans des domaines qui, en fait, échappent à la portée du brevet même lorsque, à l’issue d’une longue et coûteuse instance (les frais de justice en la matière pouvant effectivement être très élevés, et la procédure très longue), un tribunal pourrait confirmer que ce qu’un concurrent projette de faire est parfaitement licite. Les sommes qui auraient pu être investies sont perdues ou affectées à autre chose. La concurrence est «gelée». Le breveté jouit d’un monopole plus grand que celui que l’État a voulu lui accorder. L’incertitude se double d’un grave préjudice économique, et il convient que le droit des brevets s’efforce de réduire le plus possible ce préjudice.

The patent owner, competitors, potential infringers and the public generally are thus entitled to clear and definite rules as to the extent of the monopoly conferred.

[34] In the language of patent law, the claims of a patent are referred to as the “fences” which delineate the extent of the monopoly granted by the patent. If a disclaimer is given a retrospective effect it would create uncertainty and unpredictability as the “fences” could be changed at any time by a disclaimer leaving the public uncertain as to “where they can go with impunity”.

[35] A retrospective disclaimer creates an unintended mischief. What would stop any innovator from disclaiming even a minor part of a patent after receiving an NOA in order to make the NOA non-compliant with the Regulations. The NOA sets the parameters of the prohibition application and thus Janssen ought not to be able to shift those parameters by a disclaimer with a retrospective effect.

Crystallizing the Date when the Disclaimer is Effective

[36] If disclaimers have a prospective effect at what date do the claims of the patent have to be construed? Subsection 48(4) of the *Patent Act* provides that a disclaimer does not affect “any action pending at the time it is made, unless there is unreasonable neglect or delay in making it.” Janssen made much of the fact that in this case there was no “action” pending and thus Apotex must deal with the claims as disclaimed. Proceedings under the Regulations are not an “action”, but that is not the end of the analysis. The case law as discussed above regarding the prospective nature of disclaimers and based on the analysis of Justice Hughes in *Bristol-Myers Squibb*, above, requires that a date be established for construing the claims. As noted by Justice Hughes (at paragraphs 48–49, 52, 54–55, 59):

... what is the effect of the disclaimer? These proceedings are not an “action” as spoken of in subsection 48(4) of the *Patent*

Le breveté, les concurrents, les contrefacteurs éventuels et le public en général ont donc droit à des règles claires et précises définissant l’étendue du monopole accordé.

[34] Dans le vocabulaire du droit des brevets, les revendications sont qualifiées de « clôtures » qui délimitent l’étendue du monopole accordé par le brevet. Donner un effet rétrospectif aux renonciations créerait de l’incertitude et de l’imprévisibilité puisque les « clôtures » pourraient être modifiées à tout moment par une renonciation, ce qui laisserait les citoyens dans le doute quant aux « avenues [qui] leur demeurent ouvertes ».

[35] La renonciation rétrospective engendre le méfait non intentionnel. Qu’est-ce qui empêcherait une société innovatrice de renoncer ne serait-ce qu’à une infime partie de son brevet après avoir reçu un AA dans le but de rendre cet AA non conforme au Règlement? L’AA fixe les paramètres de la demande d’interdiction et, par conséquent, Janssen ne devrait pas pouvoir changer ces paramètres au moyen d’une renonciation ayant un effet rétrospectif.

Cristallisation de la date à laquelle la renonciation prend effet

[36] Si les renonciations ont un effet prospectif, à quelle date les revendications du brevet doivent-elles être interprétées? Le paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets* précise que « Dans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n’a d’effet, sauf à l’égard de la négligence ou du retard inexcusable à la faire. » Janssen a beaucoup insisté sur le fait qu’en l’espèce il n’y a pas d’« action » pendante et que, par conséquent, Apotex doit tenir compte des revendications issues de la renonciation. Les procédures engagées sous le régime du Règlement ne constituent pas une « action », mais l’analyse ne s’arrête pas là. Comme je le disais plus haut, et compte tenu de l’analyse effectuée par le juge Hughes dans l’arrêt *Bristol-Myers Squibb*, précité, la jurisprudence relative au caractère prospectif des renonciations exige qu’une date soit établie pour interpréter les revendications. Comme l’a souligné le juge Hughes (aux paragraphes 48 et 49, 52, 54 et 55, 59) :

[...] quel est l’effet de la renonciation? La présente instance ne constitue pas une « action » au sens du par. 48(4) de la *Loi sur*

Act, supra. These proceedings are not the kind in which the Court may expunge a patent or claims for invalidity. In these proceedings under the *NOC Regulations* all that a Court may do is determine whether the allegations made, in this case by Apotex in its Notice of Allegation, are justified.

The Commissioner of Patents has no discretion to exercise upon a disclaimer as filed, it must be accepted as is. However the patentee must accept the possibilities afforded by litigation as to the effect of such disclaimer.

...

Justice Stone in the Federal Court of Appeal has held that a Notice of Allegation is a document beyond the reach of a Court's jurisdiction. The Court cannot strike such a document as it is not a document filed with the Court. In *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (F.C.A.) he wrote at paragraph 6:

6 It seems to us that while a notice of allegation does play an important role in the ultimate outcome of litigation of this nature, is not a document by which the judicial review application may be launched under section 6 of the Regulations. That document was put in as a piece of evidence by the appellants; it originated with the application filed before the Minister. Because it is not a document that was filed with the Court but with the Minister, in our view the notice of allegation is beyond the reach of the Court's jurisdiction in a judicial review proceeding. That being so, the Court, in our opinion, lacks jurisdiction to strike out the notice of allegation.

...

Therefore the Court must consider the various possibilities since the Court cannot amend a Notice of Allegation. If the patentee disclaimed certain claims but did not commence proceedings in the court, the generic would get its Notice of Compliance as soon as the 45 day period provide[d] by subsection 7(1)(d) of the *NOC Regulations*. If the patentee commenced proceedings and the generic did not defend, the patentee would get judgment prohibiting the generic from receiving a Notice of Compliance until the patent expired. If a generic wishes to attack the validity of the claims as reformulated by the disclaimer, it cannot revise its Notice of Application since proceedings, as in this case, have already been commenced. Apotex cannot raise new grounds for invalidity nor allege non-infringement since the proceedings in this Court were initiated immediately after the filing of the Disclaimer thus, in effect, locking in the Notice of Allegation.

les brevets, précitée. La présente espèce n'est pas de nature à permettre à la Cour de radier un brevet ou des revendications au motif de leur invalidité. Dans le cadre de procédures instituées sous le régime du *Règlement sur les AC*, la Cour ne peut statuer que sur la question de savoir si les allégations faites, en l'occurrence par Apotex dans son avis d'allégation, sont justifiées.

Le commissaire aux brevets ne dispose d'aucun pouvoir qu'il pourrait exercer à l'égard d'une renonciation déposée, laquelle doit être acceptée telle quelle. Le breveté doit cependant accepter la possibilité que l'effet d'une telle renonciation donne lieu à un litige.

[...]

Le juge Stone de la Cour d'appel fédérale a statué que l'avis d'allégation est un document qui échappe à la compétence de la Cour. Comme ce n'est pas un document qui a été déposé auprès de la Cour, celle-ci ne peut pas radier un tel document. Il a écrit ceci au par. 6 de l'affaire *Pharmacia Inc. c. Canada (ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (CAF) :

6 Il nous semble que même si l'avis d'allégation joue un rôle important dans l'issue finale d'un litige de cette nature, ce n'est pas un document au moyen duquel la demande de contrôle judiciaire peut être introduite conformément à l'article 6 du règlement. Ce document a été présenté en guise de preuve par les appelantes; il a pour point de départ la demande déposée auprès du ministre. Parce que ce n'est pas un document qui a été déposé auprès de la Cour, mais auprès du ministre, à notre sens l'avis d'allégation échappe à la compétence de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire. Cela étant, la Cour, selon nous, n'a pas la compétence nécessaire pour radier l'avis d'allégation.

[...]

En conséquence, étant donné que la Cour ne peut modifier un avis d'allégation, elle doit prendre en compte les diverses possibilités. Si le breveté a renoncé à certaines revendications sans introduire d'instance devant la Cour, l'avis de conformité du fabricant de médicaments génériques sera délivré dès l'expiration de la période de 45 jours prévue à l'al. 7(1)d) du *Règlement sur les AC*. Si le breveté initie des procédures sans que le fabricant ne se défende, il obtiendra un jugement interdisant la délivrance d'un avis de conformité au fabricant avant l'expiration du brevet. Si un fabricant de médicaments génériques souhaite contester la validité des revendications telles que reformulées par la renonciation, il ne peut revoir son avis de conformité car les procédures, comme en l'espèce, ont déjà été introduites. Apotex ne peut soulever de nouveaux motifs d'invalidité ni invoquer la contrefaçon étant donné que les procédures dont notre Cour est saisie ont été introduites

The only proper way to approach the matter is to do so in the way that the Privy Council did in *BVD* namely fix a date prior to the disclaimer for the purpose of construing the claims. The Privy Council fixed that date as the date of the Supreme Court decision even though formal judgment had not yet been entered. Here that date must be April 2, 2007, the date that the Notice of Allegation was served.

A disclaimed claim does not disappear if the disclaimer is invalid. One returns to the original claim. In the present proceeding we are dealing with the original claim as it stood as of the date the Notice of Allegation was served. [Emphasis added.]

[37] As in *Can. Celanese* and in *Bristol-Myers Squibb* the date that is most appropriate to crystallize the claims is as of the date the NOA was delivered by Apotex to Janssen.

Position of Janssen

[38] Many of Janssen's arguments in support of its position have been dealt with in the discussion above. However, there are several specific points which should be dealt with.

[39] First, Janssen argues that Apotex will not suffer any "hardship" if the application is allowed to proceed, as there is nothing that prevents Apotex from withdrawing its NOA and refile in respect of the disclaimed patent. Janssen notes that they are prepared to consent to this relief on a without-costs basis. This approach does not reflect the reality of the circumstances nor the law as discussed above.

[40] Apotex is significantly prejudiced as it has filed its NOA on the basis of the patent register as it found it. It has incurred significant cost in so doing. It is through the tactic of Janssen in delaying its disclaimer until the receipt of the NOA that has precipitated these proceedings. As noted above, the scheme of the Regulations is such that the innovator is given a 45-day window after the receipt of an NOA to determine if it should seek an order of prohibition. That decision is and should be made on the basis of the allegations in the NOA. Obviously, based on

immédiatement après le dépôt de la renonciation, entraînant le gel de l'avis d'allégation.

La seule façon convenable d'aborder la question consiste à faire comme le Conseil privé l'a fait dans *BVD*, c'est-à-dire se placer à une date antérieure à la renonciation pour interpréter les revendications. Le Conseil privé a choisi la date de la décision de la Cour suprême, même si le dispositif du jugement n'était pas encore enregistré. En l'espèce, cette date doit être le 2 avril 2007, soit la date de signification de l'avis d'allégation.

Une revendication ayant fait l'objet d'une renonciation ne disparaît pas si cette dernière est invalide. On revient à la revendication initiale. En espèce, nous traitons de la revendication initiale telle qu'elle était à la date de signification de l'avis d'allégation. [Non souligné dans l'original.]

[37] Comme dans les affaires *Can. Celanese* et *Bristol-Myers Squibb*, la date qui convient le mieux pour cristalliser les revendications est la date à laquelle Apotex a signifié l'AA à Janssen.

Position de Janssen

[38] Bon nombre des arguments que Janssen a soulevés à l'appui de sa position ont été examinés dans le cadre de l'analyse ci-dessus. Il reste cependant plusieurs points particuliers à aborder.

[39] Premièrement, Janssen fait valoir qu'il ne sera occasionné aucune « difficulté » à Apotex si elle est autorisée à poursuivre sa demande puisque rien n'empêche Apotex de retirer son AA et d'en déposer un nouveau à l'égard du brevet tel qu'il existait après la renonciation. Janssen se dit prête à consentir à cette réparation sans dépens. Comme je l'ai dit plus haut, cette approche ne reflète ni la réalité ni l'état du droit.

[40] Apotex subit un préjudice important du fait qu'elle a déposé son AA en se fondant sur le brevet tel qu'il était inscrit au registre. Elle a engagé des frais importants pour ce faire. C'est la tactique de Janssen visant à différer sa renonciation jusqu'à la réception de l'AA qui a provoqué la présente instance. Comme nous l'avons vu, le Règlement est conçu de manière à accorder à la société innovatrice un délai de 45 jours suivant la réception de l'AA pour décider s'il y a lieu de solliciter une ordonnance d'interdiction. Cette décision est et doit

Janssen's admission in the disclaimer that the original claims were overbroad, if the decision were made on the basis of the allegations in the NOA this proceeding would not have been brought. Thus, Apotex suffers a hardship if this proceeding is permitted to continue or if it is compelled to effectively restart the clock with a new NOA.

[41] Second, Janssen argues that disclaimed claims are deemed in law to have been in effect since the date of issue. For the reasons set out above, this argument is without merit. As far back as 1939, the Judicial Committee of the Privy Council declared that a party that disclaims ought not to gain any advantage. Further, the claims must be construed as of the date of the NOA (*Bristol-Myers Squibb*, above). Janssen is not entitled to have filed a patent that is overbroad and after being found out, seek to retroactively bootstrap its position by disclaiming the claims and thereby obtain an advantage that it otherwise would not have.

[42] Third, as noted above, Janssen makes much of the fact that subsection 48(4) of the *Patent Act* refers to "action". They argue that as this is not an action but a proceeding under the Regulations, then the disclaimer is not affected. It is true, and the many authorities which Janssen cites, supports an interpretation that the word action in the Patent Act must be construed in its ordinary meaning within the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] which means that its interpretation does not include a proceeding under the Regulations. However, the date when a party responds to the claims is the controlling factor which in this case is the date of the NOA.

[43] Fourth, Janssen argues that the "frozen register" concept discussed above does not apply. They argue that as the '523 patent was added to the register before Apotex filed its ANDS, Apotex is required to make an allegation of infringement and/or invalidity pursuant to paragraph 5(1)(b) of the Regulations. Apotex has done so in response

être prise en égard aux allégations contenues dans l'AA. Compte tenu du fait que Janssen a admis dans sa renonciation que les revendications initiales étaient trop larges, la présente instance n'aurait manifestement jamais été introduite si la décision avait été prise en égard aux allégations contenues dans l'AA. Il sera donc occasionné une difficulté à Apotex si la poursuite de la présente instance est autorisée ou si elle se voit contrainte de tout recommencer au moyen d'un nouvel AA.

[41] Deuxièmement, Janssen prétend que les revendications ayant fait l'objet d'une renonciation sont réputées en droit avoir pris effet à la date de délivrance. Pour les motifs énoncés ci-dessus, cet argument est dénué de tout fondement. Dès 1939, le Comité judiciaire du Conseil privé a déclaré que la partie qui renonce ne doit en tirer aucun avantage. En outre, les revendications doivent être interprétées à la date de l'AA (*Bristol-Myers Squibb*, précité). Janssen ne peut, après avoir déposé un brevet de portée excessive et s'être fait prendre, chercher à établir seule sa position de manière rétroactive en renonçant aux revendications et ainsi obtenir un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu autrement.

[42] Troisièmement, comme nous l'avons vu, Janssen insiste beaucoup sur le fait que le paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets* parle d'une « action ». Elle soutient que, puisqu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une action mais d'une procédure engagée sous le régime du Règlement, la renonciation n'est pas touchée. Cela est vrai, et les nombreux précédents cités par Janssen appuient l'interprétation selon laquelle le mot « action » contenu dans la *Loi sur les brevets* doit être interprété suivant son sens ordinaire dans les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], ce qui signifie qu'il doit être interprété comme ne comprenant pas une procédure engagée en vertu du Règlement. Il n'en reste pas moins que la date à laquelle une partie doit tenir compte des revendications constitue le facteur déterminant et que cette date, en l'espèce, est la date de l'AA.

[43] Quatrièmement, Janssen soutient que le concept du « gel du registre » dont il a été question plus haut ne s'applique pas. Elle prétend que, puisque le brevet '523 a été ajouté au registre avant qu'Apotex dépose sa PADN, celle-ci était tenue de faire une allégation d'absence de contrefaçon et/ou d'invalidité selon l'alinéa 5(1)(b) du

to the patent as it appeared on the register as of the date of its ANDS and the NOA. In my view, for the reasons discussed herein, the “frozen register” concept applies and Apotex has properly delivered its NOA to the claims in the '523 patent.

[44] Finally, Janssen argues that the issue on this motion is not whether the disclaimer will have a retrospective application but whether Apotex will infringe the '523 patent by making, constructing, using or selling the Apotex product if it receives a notice of compliance. Janssen argues that this issue can only be determined on a full evidentiary record and cannot be resolved on “a theoretical or temporal basis”. “Temporal” is defined in the *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, as meaning, *inter alia*, “lasting or existing only for a time” or “pertaining to time as the sphere of life”. This argument also fails. It is difficult to understand what additional evidence is required to decide the issue before the Court. The essential facts to decide the issue are undisputed. The date of issuance of the '523 patent is known; the claims of the '523 patent as of the date of the NOA are known; the contents and date of the NOA are known; the contents and date of the disclaimer are known; and, the heads of relief and grounds in the notice of application are known. The evidentiary record on this motion is sufficiently comprehensive to decide. There will be nothing in the way of additional evidence to be adduced which will assist in deciding the issue. Permitting this matter to exist for a further time is an abuse of process.

The Test to be Applied on this Motion

[45] As noted above, a motion to strike an application puts a very high onus on the moving party (see, for example, *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.)). Recently, the principles governing motions to strike applications for judicial review have very usefully been analysed in depth and summarized by Justice Mactavish in the case of *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the*

Règlement. Apotex l’a fait à l’égard du brevet tel qu’il figurait sur le registre à la date de sa PADN et de l’AA. Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d’avis que le concept du « gel du registre » s’applique et qu’Apotex a signifié correctement son AA quant aux allégations du brevet '523.

[44] Enfin, Janssen fait valoir que, dans la présente requête, la question n’est pas de savoir si la renonciation aura une application rétrospective, mais si Apotex contrefera le brevet '523 en fabriquant, construisant, exploitant ou vendant son produit si elle reçoit un avis de conformité. Elle prétend que cette question ne peut être tranchée que sur la base d’un dossier de preuve complet, et non sur [TRADUCTION] « une base théorique ou temporelle ». Dans le *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3^e éd., Oxford : Clarendon Press, 1990, le terme [TRADUCTION] « temporel » est défini comme signifiant, notamment, [TRADUCTION] « qui ne dure ou n’existe qu’un temps » ou « qui est du domaine du temps comme le cycle de la vie humaine ». Cet argument ne tient pas non plus. Je ne vois pas quel autre élément de preuve est nécessaire pour trancher la question dont la Cour est saisie. Les faits essentiels au règlement de la question ne sont pas contestés : la date de délivrance du brevet '523 est connue; les revendications du brevet '523 à la date de l’AA sont connues; le contenu et la date de l’AA sont connus; le contenu et la date de la renonciation sont connus; et les réparations demandées et les motifs de l’avis de demande sont connus. Le dossier de preuve de la présente requête est assez complet pour se prononcer. Rien n’empêche que soient présentés de nouveaux éléments de preuve pouvant aider au règlement de la question. Permettre que la présente affaire se prolonge dans le temps constituerait un abus de procédure.

Critère applicable à la présente requête

[45] Comme nous l’avons vu, la requête en radiation d’une demande fait reposer sur la partie requérante un très lourd fardeau (voir, par exemple, l’arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.)). Récemment, les principes régissant les requêtes en radiation de demandes de contrôle judiciaire ont été très utilement analysés dans le détail, puis résumés, par la juge Mactavish dans l’arrêt *Amnistie internationale*

Defence Staff), 2007 FC 1147 (see particularly paragraphs 22–33).

[46] Apotex brings this motion under paragraph 6(5)(b) of the Regulations. That section provides specifically that “the court may, on the motion of a second person [Apotex], dismiss the application in whole or in part ... (b) on the ground that it is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process in respect of one or more patents.” It is a very wide provision. The Federal Court of Appeal in *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174, had occasion to consider the ambit of this section of the Regulations and observed as follows (at paragraphs 33–36):

Paragraph 6(5)(b) was added to the NOC Regulations in 1998 bearing similar language to that employed in the former Rule 419 of the *Federal Court Rules* and to that in rule 221 of the current *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.... Accordingly, the Federal Court adopted the principles that had been developed under Rule 419 for striking out pleadings in an action, as explained by Lemieux J. in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358 (F.C.T.D.), at paragraphs 28-30:

Paragraph 6(5)(b) of the Regulations has its source in paragraphs (b), (c) and (f) of Rule 221 of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, which themselves were based on similar paragraphs of Rule 419 of the old *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, which concerned actions rather than applications.

Counsel for Apotex argued Pfizer’s application was scandalous, frivolous and vexatious within the meaning of those words in paragraph 6(5)(b) of the Regulations. The test Apotex had to meet has been set out in a consistent line of cases interpreting former rule 419(1)(c).

In *R. v. Creaghan*, [1972] F.C. 732 (T.D.), Pratte J. (as he then was), said this about that aspect of Rule 419 (page 736):

Finally, in my view, a statement of claim should not be ordered to be struck out on the ground that it is vexatious, frivolous or an abuse of the process of the Court, for the sole reason that in the opinion of the presiding judge, plaintiff’s action should be dismissed. In my opinion, a presiding judge should not make such an order unless it be obvious that the plaintiff’s action is so clearly futile that

Canada c. Canada (Chef d’état-major de la Défense), 2007 CF 1147 (voir particulièrement les paragraphes 22 à 33).

[46] Apotex a présenté la présente requête en vertu de l’alinéa 6(5)b) du Règlement, qui dispose expressément que « le tribunal peut, sur requête de la seconde personne [Apotex], rejeter tout ou partie de la demande si [...] : b) il conclut qu’elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement, à l’égard d’un ou plusieurs brevets, un abus de procédure ». C’est une disposition très large. La Cour d’appel fédérale, qui a eu l’occasion, dans l’arrêt *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174, d’examiner la portée de cette disposition du Règlement, a fait observer ce qui suit (aux paragraphes 33 à 36) :

L’alinéa 6(5)b) a été ajouté au Règlement en 1998, et son libellé était semblable à celui de l’ancienme Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* et de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [...], qui sont actuellement en vigueur. La Cour fédérale a donc adopté les principes qui avaient été mis au point en vertu de la Règle 419 pour radier des actes de procédure dans une action, ainsi que l’a expliqué le juge Lemieux dans la décision *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1999] A.C.F. n° 959 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 28 à 30 :

L’alinéa 6(5)b) du Règlement a son origine dans les dispositions des alinéas b), c) et f) de l’article 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui sont elles-mêmes fondées sur des dispositions similaires de l’article 419 des anciennes *Règles de la Cour fédérale*, lesquelles se rapportaient à des actions plutôt qu’à des demandes.

L’avocat d’Apotex a soutenu que la demande de Pfizer est scandaleuse, frivole et vexatoire au sens de l’alinéa 6(5)b) du Règlement. Le critère auquel Apotex devait satisfaire a été énoncé dans une série uniforme de jugements dans lesquels l’alinéa 419(1)c) des anciennes Règles était interprété.

Dans le jugement *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] 1 C.F. 732, le juge Pratte (tel était alors son titre) a dit ce qui suit au sujet de cet aspect de l’article 419 (page 736) :

Enfin, une déclaration ne doit pas, à mon avis, être radiée pour le motif qu’elle est vexatoire ou futile, ou qu’elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, pour la seule raison que, de l’avis du juge qui préside l’audience, l’action du demandeur devrait être rejetée. Je suis d’avis que le juge qui préside ne doit pas rendre une pareille ordonnance à moins qu’il ne soit évident que

it has not the slightest chance of succeeding, whoever the judge may be before whom the case could be tried. It is only in such a situation that the plaintiff should be deprived of the opportunity of having “his day in Court”. [Emphasis added.]

Likewise, the Federal Court has on several occasions invoked the following principle from the Supreme Court of Canada’s decision in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959 ... to strike out a notice of application under paragraph 6(5)(b) where it is “plain and obvious” the patentee has no chance of success:

Thus, the test in Canada governing the application of provisions like Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* is the same as the one that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it “plain and obvious” that the plaintiff’s statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* should the relevant portions of a plaintiff’s statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a). [Emphasis added.]

(See e.g. *Bayer Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.), at paragraph 23; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 251 (F.C.T.D.), at paragraph 2; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 350 (F.C.), at paragraphs 12-13.)

Despite these authorities, this Court’s analysis with respect to abuse of process must now be informed by the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77 (*C.U.P.E.*). In *C.U.P.E.*, Arbour J. provided a thorough explanation of the doctrine of abuse of process as it relates to attempts by parties to relitigate issues already adjudicated. She held that relitigation of an issue can constitute abuse of process and stressed that the key concern motivating the doctrine of abuse of process is preserving the integrity of the adjudicative process [at paragraphs 37-38, 51]:

l’action du demandeur est tellement futile qu’elle n’a pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l’affaire sera plaidée au fond. C’est uniquement dans ce cas qu’il y a lieu d’enlever au demandeur l’occasion de plaider. [Souligné dans l’original.]

Dans le même ordre d’idées, la Cour fédérale a invoqué à plusieurs occasions le principe suivant, qui provient de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l’affaire *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959 [...], pour faire radier un avis de demande en vertu de l’alinéa 6(5)b lorsqu’il est « évident et manifeste » que le breveté n’a aucune chance de succès :

Ainsi, au Canada, le critère régissant l’application de dispositions comme la règle 19(24)a des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique est le même que celui régissant une requête présentée en vertu de la règle 19 de l’ordonnance 18 des R.S.C. : dans l’hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action raisonnable? Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être « privé d’un jugement ». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d’action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d’intenter son action. Ce n’est que si l’action est vouée à l’échec parce qu’elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a). [Non souligné dans l’original.]

(Voir, par exemple : *Bayer Inc. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1839 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 23; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 2; et *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055, aux paragraphes 12 et 13.)

Malgré ces précédents, il faut maintenant que l’analyse que fait la Cour de l’abus de procédure soit éclairé par les principes que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 (*S.C.F.P.*). Dans cet arrêt, la juge Arbour a expliqué en détail la doctrine de l’abus de procédure en rapport avec les tentatives que font des parties pour débattre à nouveau des questions déjà tranchées. La juge Arbour a déclaré que la remise en cause d’une question peut constituer un abus de procédure et elle a souligné que l’élément central qui sous-tend la doctrine de l’abus de procédure est la préservation de l’intégrité du processus décisionnel judiciaire [aux paragraphes 37, 38 et 51] :

In the context that interests us here, the doctrine of abuse of process engages “the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would ... bring the administration of justice into disrepute” (*Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 55, *per* Goudge J.A., dissenting (approved [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63)). Goudge J.A. expanded on that concept in the following terms at paras. 55-56:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 at p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined.

...

Proceedings in which the case for the patent holder is clearly futile or plainly has no chance of success because of an earlier, binding authority continue to be impermissible as abuses of process because such proceedings will waste judicial resources and impose hardship on generic drug manufacturers without any corresponding benefit such as a more accurate result. However, applying the principles outlined by Arbour J., it is evident that the types of proceedings that constitute abuses of process go beyond those that are clearly futile to include cases such as the one at present. Many of the concerns raised by Arbour J. are applicable to this appeal. Allowing Sanofi-Aventis to proceed with its application will give rise to the possibility of inconsistent judicial decisions, with one judge holding that the inventors of the '206 patent lacked a sound basis for predicting the utility of their invention and another holding that there was sound prediction. Thus one generic would receive an NOC because of invalidity based on lack of sound prediction while another would be refused an NOC even though its NOA raised the same allegation. As Arbour J. identified, permitting that type of inconsistency would threaten the credibility of the adjudicative process. Likewise, as Arbour J. noted, there is no reason to think that a second proceeding under section 6 of the NOC Regulations will lead to a more accurate result than the first. This scenario is in contrast to an action for a declaration of patent invalidity, where because the parties have the benefit of a full trial and all the attendant procedural safeguards, a

Dans le contexte qui nous intéresse, la doctrine de l’abus de procédure fait intervenir [TRADUCTION] « le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière [...] qui aurait [...] pour effet de discréditer l’administration de la justice » (*Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 55, le juge Goudge, dissident, approuvé par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63). Le juge Goudge a développé la notion de la façon suivante aux par. 55 et 56 :

[TRADUCTION] La doctrine de l’abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l’administration de la justice. C’est une doctrine souple qui ne s’encombre pas d’exigences particulières telles que la notion d’irrecevabilité (voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347, p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

Un cas d’application de l’abus de procédure est lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu’il a déjà tranchée.

[...]

Les instances dans lesquelles la cause du titulaire du brevet est clairement futile ou n’a manifestement aucune chance de succès à cause d’un précédent ayant force obligatoire continuent d’être inadmissibles pour cause d’abus de procédure car elles gaspillent les ressources judiciaires et causeront des difficultés aux fabricants de médicaments génériques sans aucun bienfait correspondant, comme, par exemple, un résultat plus exact. Cependant, si l’on applique les principes qu’a énoncés la juge Arbour, il est évident que les sortes d’instance qui constituent un abus de procédure vont au-delà de celles qui sont manifestement futiles et englobent les affaires semblables à celles dont il est question en l’espèce. Un grand nombre des préoccupations que la juge Arbour a soulevées s’appliquent au présent appel. Permettre à Sanofi-Aventis de poursuivre sa demande suscitera le risque que l’on rende des décisions judiciaires contradictoires : un juge conclura que les inventeurs du brevet '206 n’avaient pas de fondement valable pour prédire l’utilité de leur invention, et un autre conclura qu’il y avait une prédiction valable. C’est ainsi qu’un fabricant de médicaments générique recevrait un avis de conformité à cause d’une invalidité fondée sur une absence de prédiction valable, tandis qu’un autre se verrait refuser cet avis même si son avis d’allégation faisait état de la même allégation. Comme l’a déclaré la juge Arbour, le fait de permettre ce type de contradiction mettrait en péril la crédibilité du processus décisionnel judiciaire. Dans le même ordre d’idées, comme l’a signalé la juge Arbour, rien ne permet de croire

more accurate result may arise. That is why the courts have on numerous occasions stated the principle that decisions rendered under the NOC Regulations are not binding on actions for patent infringement or to declare a patent invalid (see e.g. *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.; Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (F.C.A.), at paragraph 9; *Pfizer Canada Inc. et al. v. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (F.C.A.), at paragraph 25).

[47] Arising from this analysis by the Federal Court of Appeal, it is apparent that there are many bases upon which an application can be dismissed. Of note is the observation that in cases which are clearly futile or plainly have no chance of success such proceedings should be struck as they will waste judicial resources and “impose hardship on generic drug manufacturers without any corresponding benefit”. This is such a case. Janssen’s application is an abuse of process. It does not respond to the allegations in the NOA dealing with non-infringement and invalidity. To take Janssen’s view requires that this proceeding be recast and waste judicial resources.

[48] Keeping in mind the admonition of Justice Mactavish in *Amnesty International* regarding the heavy onus on the moving party and the need to read the notice of application as generously as possible, I am not persuaded that this case can succeed.

[49] Further, Janssen’s notice of application is bereft of any chance of success as the NOA complies with the Regulations by providing allegations regarding the claims as they stood at the time. The notice of application does not oppose any of those allegations but rather seeks a declaration that Apotex is required to “address the claims of the '523 Patent as they now stand and as they are deemed in law to have stood from the date of issue”. As Janssen does not oppose the allegations of infringement and invalidity, this application amounts to a waste of

qu’une seconde instance présentée en vertu de l’article 6 du Règlement mènera à un résultat plus exact que la première. Ce scénario contraste avec une action en déclaration d’invalidité d’un brevet dans laquelle, étant donné que les parties ont l’avantage d’un examen au fond de la question et de l’ensemble des protections procédurales connexes, il serait possible d’arriver à un résultat plus exact. C’est pour cela que les tribunaux ont énoncé à maintes reprises le principe selon lequel les décisions rendues en vertu du Règlement n’ont pas force exécutoire pour les actions en contrefaçon de brevet ou pour déclarer qu’un brevet est invalide (voir, par exemple, *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.; Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440, au paragraphe 9; et *Pfizer Canada Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, [2001] A.C.F. n° 17 (C.A.) (QL), au paragraphe 25).

[47] Cette analyse faite par la Cour d’appel fédérale révèle qu’il existe plusieurs motifs pour lesquels une demande peut être rejetée. Il convient de souligner l’observation selon laquelle les instances qui sont clairement futiles ou n’ont manifestement aucune chance de succès devraient être radiées car elles gaspilleront les ressources judiciaires et « causeront des difficultés aux fabricants de médicaments génériques sans aucun bienfait correspondant ». C’est le cas en l’espèce. La demande de Janssen constitue un abus de procédure. Elle ne répond pas aux allégations de l’AA qui traitent d’absence de contrefaçon et d’invalidité. Pour adopter le point de vue de Janssen, il faudrait que la présente instance soit remaniée et gaspille les ressources judiciaires.

[48] Gardant à l’esprit l’avertissement donné par la juge Mactavish dans l’arrêt *Amnistie internationale* à propos du lourd fardeau qui repose sur la partie requérante, ainsi que la nécessité d’interpréter l’avis de demande d’une manière aussi libérale que possible, je ne suis pas convaincu que les demanderesse puissent obtenir gain de cause en l’espèce.

[49] De plus, l’avis de demande de Janssen n’a pas la moindre chance de succès puisque l’AA est conforme au Règlement du fait qu’il contient des allégations se rapportant aux revendications telles qu’elles existaient à l’époque. L’avis de demande, qui ne conteste aucune de ces allégations, sollicite plutôt un jugement déclaratoire portant qu’Apotex est tenue de [TRADUCTION] « traiter des revendications du brevet '523 telles qu’elles existent maintenant et telles qu’elles sont réputées en droit avoir existé depuis la date de délivrance ». Comme Janssen ne

judicial resources, is an abuse of process, is frivolous and vexatious and must be struck pursuant to paragraph 6(5)(b) of the Regulations.

[50] While this is a novel set of circumstances, it was nonetheless brought about by Janssen's changing the landscape after the NOA was received. Thus, they should be liable for the costs of Apotex of both this motion and the application.

Conclusion

[51] In answer to the issues as posed during the hearing:

(i) What is the effect of an NOA which deals with the claims of a patent at one point of time and does not address subsequent claims resulting from a disclaimer?

The NOA is valid and responds to the claims of the '523 patent as it existed on the register at the time the NOA was delivered.

(ii) Is Apotex' NOA only obliged to address the '523 patent as it stood at the time that it filed its ANDS or at the latest, at the time that it served its NOA?

Yes.

(iii) Are the disclaimers of patent rights prospective in their effect?

Yes.

(iv) Does subsection 48(4) of the *Patent Act* apply to applications?

No.

(v) Does the "frozen register" provision of the Regulations apply to the Apotex NOA?

Yes.

conteste pas les allégations d'absence de contrefaçon et d'invalidité, la demande visée par l'espèce représente un gaspillage de ressources judiciaires, constitue un abus de procédure, est frivole et vexatoire et doit être radiée conformément à l'alinéa 6(5)(b) du Règlement.

[50] S'il s'agit d'un nouvel ensemble de faits, la situation n'en découle pas moins du fait que Janssen a modifié le paysage après avoir reçu l'AA. Celle-ci doit donc être condamnée aux dépens d'Apotex afférents tant à la présente requête qu'à la demande.

Conclusion

[51] Voici les réponses aux questions soulevées pendant l'audience :

i) Quel est l'effet d'un AA qui traite des revendications d'un brevet en vigueur à un moment donné mais non des revendications subséquentes issues d'une renonciation?

L'AA est valide et traite des revendications du brevet '523 tel qu'il figurait sur le registre à la date de signification de l'AA.

ii) L'AA d'Apotex n'avait-il qu'à traiter du brevet '523 tel qu'il existait à la date où elle a déposé sa PADN ou, au plus tard, à la date où elle a signifié son AA?

Oui.

iii) Les renonciations aux droits attachés à un brevet ont-elles un effet prospectif?

Oui.

iv) Le paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets* s'applique-t-il aux demandes?

Non.

v) Le « gel du registre » prévu par le Règlement s'applique-t-il à l'AA d'Apotex?

Oui.

(vi) Is Apotex required to address the '523 patent as disclaimed?

No.

[52] The Court issued an order on June 12, 2009, striking the application and awarding costs to Apotex. That order inadvertently failed to include a stay of the effect of the order pending the release of these reasons in order to preserve the *status quo* among the parties. A further order was made correcting that oversight and staying the effect of the order of June 12, 2009, pending the release of these reasons. The June 12, 2009 order remains in effect and the stay in the subsequent order of June 17, 2009, comes to an end on the release of these reasons.

[53] With respect to the costs of this motion and application, if the parties cannot agree on the quantum of costs, the parties shall submit a brief summary of their position on costs limited to three pages within 30 days of the date of these reasons or the final disposition of any appeal taken from the order of June 12, 2009, whichever is later.

vi) Apotex est-elle tenue de traiter du brevet '523 tel qu'il existait après la renonciation?

Non.

[52] Le 12 juin 2009, la Cour a rendu une ordonnance radiant la demande et accordant les dépens à Apotex. Par inadvertance, cette ordonnance ne prévoyait aucun sursis jusqu'au prononcé des présents motifs permettant de maintenir le statu quo entre les parties. Une autre ordonnance corrigeant cette erreur et suspendant la prise d'effet de l'ordonnance du 12 juin 2009 jusqu'au prononcé des présents motifs a été rendue. L'ordonnance du 12 juin 2009 conserve son effet et le sursis prévu par l'ordonnance subséquente du 17 juin 2009 prend fin au prononcé des présents motifs.

[53] Quant aux dépens afférents à la présente requête et à la demande, les parties devront, si elles ne peuvent s'entendre sur leur montant, présenter un bref résumé de leur position ne dépassant pas trois pages dans les 30 jours suivant la date des présents motifs ou du règlement définitif de tout appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance du 12 juin 2009, selon la plus tardive de ces dates.

DES-5-08
2009 FC 659

DES-5-08
2009 CF 659

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);

AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;

AND IN THE MATTER OF MOHAMED HARKAT

INDEXED AS: HARKAT (RE) (F.C.)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, June 2, 3 and 23, 2009.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Motion for order requiring Canada Border Services Agency (CBSA) to return all items, records seized at Harkat residence without delay — Mr. Harkat named in security certificate as person inadmissible to Canada on grounds of national security, released from detention under strict conditions — Para. 16 of terms and condition requiring Harkat give CBSA access to residence to verify presence, ensure conditions of release complied with — CBSA conducting search of almost six hours of Harkat residence — Whether CBSA's actions constituting unreasonable search, seizure contrary to Charter, s. 8 — Harkat consenting to searches for purpose of ensuring compliance with conditions of release — While consent diminishing or extinguishing reasonable expectation of privacy, consent should be narrowly construed — Harkat not consenting to intelligence gathering searches; retaining reasonable expectation of privacy — Search, seizure by CBSA warrantless — Such search unreasonable herein — Order requiring return of all information, equipment, records seized, destruction of copies thereof appropriate remedy — Motion granted.

This was a motion for an order requiring the Canada Border Services Agency (CBSA) to return all items and records seized at Mr. Harkat's residence on May 12, 2009, without delay. Mr. Harkat, named in a security certificate as a person inadmissible

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);

ET le dépôt d'un certificat à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;

ET MOHAMED HARKAT

RÉPERTORIÉ : HARKAT (RE) (C.F.)

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 2, 3 et 23 juin 2009.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Requête sollicitant une ordonnance obligeant l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) à restituer, sans délai, l'ensemble des objets et des dossiers saisis dans la résidence de M. Harkat — M. Harkat, déclaré dans un certificat de sécurité interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale, a été mis en liberté sous des conditions strictes — Le par. 16 des conditions dispose que M. Harkat doit donner accès à son domicile aux employés de l'ASFC pour qu'ils puissent s'assurer que M. Harkat se trouvait chez lui et qu'il respectait les conditions de la mise en liberté — L'ASFC s'est livrée à une perquisition d'une durée de près de six heures dans le domicile des Harkat — Il s'agissait de savoir si les mesures prises par l'ASFC constituaient une perquisition et une saisie abusives contrairement à l'art. 8 de la Charte — M. Harkat a consenti à ce que des perquisitions soient effectuées chez lui pour que l'ASFC s'assure qu'il respectait les conditions de sa mise en liberté — Bien que le consentement puisse limiter ou faire disparaître l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée, le consentement devrait être interprété de façon stricte — M. Harkat n'a pas consenti à des perquisitions visant l'obtention d'informations relatives au renseignement; il gardait une attente raisonnable en matière de vie privée — La perquisition et la saisie ont été effectuées par l'ASFC sans mandat — Cette perquisition était abusive en l'espèce — Une ordonnance exigeant la restitution de l'ensemble des documents, de l'équipement et des dossiers saisis ainsi que la destruction de toute copie de ces objets constituait la réparation appropriée — Requête accueillie.

Il s'agissait d'une requête sollicitant une ordonnance obligeant l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) à restituer, sans délai, l'ensemble des objets et des dossiers saisis dans la résidence de M. Harkat le 12 mai 2009. M. Harkat, déclaré

to Canada on grounds of national security, was released from detention under strict conditions. Paragraph 16 of the terms and conditions (the order) required him to give the CBSA access to his residence to verify his presence and ensure that he and any co-resident were complying with the conditions of release. Upon being granted entry, employees of the CBSA were entitled to search the residence and remove any item. It is the exercise of this power that was the subject of this motion.

On May 12, 2009, the CBSA conducted a search of the Harkat residence. The search was not concluded in a limited and specific manner, but was instead considered as an opportunity to gather information that would not have otherwise been available. The issues were whether the actions of the CBSA constituted an unreasonable search and seizure, thereby infringing Mr. Harkat's rights pursuant to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedom* (Charter), and, if so, whether a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter was warranted.

Held, the motion should be granted.

Mr. Harkat consented to searches of his residence for the purposes of ensuring his compliance with the terms and conditions of his release. While consent to a search may diminish or extinguish a person's reasonable expectation of privacy, where a person's constitutionally guaranteed right to be free from arbitrary search and seizure is at issue, consent to such searches should be narrowly construed. Here, Mr. Harkat did not consent to intelligence-gathering searches of his residence that allowed an indiscriminate and unfocused seizure of records, items and documents. He retained a reasonable expectation of privacy.

Paragraph 16 of the order, upon which the CBSA relied to conduct the search and seizure, was not specific in time, did not specify an offence and the evidence to be sought, and did not require a reasonable suspicion to be demonstrated before a search was conducted. As such, it did not meet the definition of a warrant, i.e. it was warrantless. Three conditions must be met for a warrantless search to be considered reasonable: the search must be authorized by law, the law itself must be reasonable, and the search must be carried out in a reasonable manner. The broad and liberal interpretation given to paragraph 16 by the CBSA was unacceptable when dealing with privacy rights. The seizure of items which would have little if any use in verifying the Harkats' compliance with the terms and conditions of release and the use of a currency dog when there was no related

dans un certificat de sécurité interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale, a été mis en liberté sous des conditions strictes. Le paragraphe 16 des conditions (l'ordonnance) dispose que M. Harkat devait donner accès à son domicile aux employés de l'ASFC pour qu'ils puissent s'assurer que M. Harkat se trouvait chez lui et que ce dernier et tout autre occupant respectaient les conditions de la mise en liberté. Après avoir eu accès au domicile, les employés de l'ASFC pouvaient perquisitionner dans le domicile et en retirer tout objet. La présente requête portait sur l'exercice de ce pouvoir.

Le 12 mai 2009, l'ASFC a effectué une perquisition chez M. Harkat. La perquisition n'a pas été effectuée d'une façon limitée et précise, mais a plutôt été considérée comme une occasion pour obtenir des renseignements qui n'auraient pas été accessibles autrement. Les questions à trancher étaient celles de savoir si les mesures prises par l'ASFC constituaient une perquisition et une saisie abusives, représentant ainsi une violation des droits de M. Harkat garantis par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et, dans l'affirmative, si une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte était justifiée.

Jugement : la requête doit être accueillie.

M. Harkat a consenti à ce que des perquisitions soient effectuées chez lui pour que l'ASFC s'assure qu'il respectait les conditions de sa mise en liberté. Bien que le consentement à une perquisition puisse limiter ou faire disparaître l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée, lorsque le droit d'une personne garanti par la Charte d'être protégée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est en litige, le consentement à une telle fouille ou perquisition devrait être interprété de façon stricte. En l'espèce, M. Harkat n'a pas consenti à ce qu'il y ait, dans son domicile, des perquisitions visant l'obtention d'informations relatives au renseignement et permettant des saisies de dossiers, d'objets et de documents qui soient effectuées tous azimuts. Il gardait une attente raisonnable en matière de vie privée.

Le paragraphe 16 de l'ordonnance, que l'ASFC a invoqué pour se livrer à la perquisition et la saisie, ne mentionnait aucun moment particulier, il ne précisait ni l'infraction, ni la preuve recherchée et il n'exigeait pas que des motifs raisonnables de croire aient été établis avant que la perquisition soit effectuée. En tant que tel, il ne respectait pas la définition de mandat, c.-à-d. que la fouille et la perquisition ont été effectuées sans mandat. Trois facteurs doivent être respectés pour qu'une perquisition sans mandat soit considérée non abusive : la perquisition doit être autorisée par la loi, la loi, en soi, ne doit pas être abusive et la perquisition doit avoir été effectuée d'une manière non abusive. L'interprétation large et libérale donnée au paragraphe 16 par l'ASFC était inacceptable lorsqu'il est question du droit à la vie privée. La saisie d'objets ne pouvant

prohibition indicated a search that far exceeded a verification of the compliance with the terms of the order. This verification was incidental to the primary purpose of the search. Insofar as the search exceeded the authorization set out in paragraph 16, it was unreasonable.

Even if the order authorized the search conducted on May 12, 2009, the evidence led to the conclusion that the manner in which the search was conducted was unreasonable. The participation of 16 law enforcement officers and three canine units, the close to six-hour duration of the search and the seizure of out-of-date agendas, video cassettes, CDs and any document with Arabic writing on it were excessive. The use of male officers to search through Mrs. Harkat's private drawers was unreasonable. Although these measures may have been taken by CBSA in good faith, the delicate balance between the harm caused by the exercise of an intrusive state power and the justifiable and reasonable goal was lost. No consideration was given to the impact of such an obvious law enforcement presence in front of the residence, and little consideration was given to the dignity of the Harkats who were required to witness this excessively intrusive search into the most intimate details of their private life.

An order requiring the return of all information, equipment and records seized from the residence as well as the destruction of any copies made thereof was the appropriate remedy for the infringement of Mr. Harkat's right to be secure from unreasonable search and seizure. The CBSA acted with disregard for the terms of the order and the requirements of section 8 of the Charter. Mr. Harkat may have had a diminished expectation of privacy, but that did not give the state carte blanche to unreasonably intrude on what privacy was left to him.

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], ss. 8, 24(1).

être que peu utiles, sinon inutiles, dans la vérification quant à savoir si les Harkat respectaient les conditions de la mise en liberté et l'utilisation d'un chien détecteur d'argent liquide alors qu'il n'y avait aucune interdiction visant la possession d'argent liquide révélait que la perquisition avait grandement outrepassé la simple vérification du respect des conditions de l'ordonnance. Cette vérification n'était que secondaire par rapport aux objectifs principaux de la perquisition. La perquisition était abusive dans la mesure où elle a outrepassé l'autorisation accordée au paragraphe 16.

Même si l'ordonnance autorisait la perquisition du 12 mai 2009, la preuve menait à la conclusion que la perquisition avait été effectuée de façon abusive. La participation de seize agents et de trois chiens détecteurs, la durée de la perquisition, près de six heures, et la saisie d'anciens agendas, de vidéocassettes, de CD et tout document comportant de l'écriture arabe étaient excessives. L'utilisation d'hommes pour perquisitionner dans les tiroirs privés de M^{me} Harkat était abusive. Bien que ces mesures aient pu être prises de bonne foi par l'ASFC, le fragile équilibre entre le préjudice causé par l'exercice d'un pouvoir envahissant de l'État et l'objectif valable et raisonnable de l'intrusion a été brisé. L'ASFC n'a nullement tenu compte des conséquences que pourraient subir les Harkat en raison de la présence d'une telle armada d'agents de la paix devant leur domicile et peu d'égard a été accordé à la dignité des Harkat, qui ont été obligés d'être témoins d'une perquisition très envahissante couvrant même les éléments les plus intimes de leur vie privée.

Une ordonnance exigeant la restitution de l'ensemble des documents, de l'équipement et des dossiers saisis chez les Harkat ainsi que la destruction de toute copie de ces objets constituait la réparation appropriée compte tenu de la violation du droit de M. Harkat d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'ASFC n'a pas tenu compte des conditions établies par l'ordonnance ni des exigences fixées par l'article 8 de la Charte. M. Harkat ait pu avoir une attente limitée en matière de vie privée, mais il ne s'ensuivait pas que l'État avait carte blanche et pouvait, de façon abusive, porter atteinte au peu de vie privée qui lui restait.

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. 8, 24(1).

CASES CITED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291, 11 D.L.R. (4th) 641; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508, [1987] 3 W.W.R. 699; *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, (1982), 49 N.S.R. (2d) 609, 132 D.L.R. (3d) 385; *Lagiorgia v. Canada*, [1987] 3 F.C. 28, (1987), 42 D.L.R. (4th) 764, 35 C.C.C. (3d) 445 (C.A.).

CONSIDERED:

Harkat (Re), 2009 FC 241, 339 F.T.R. 104; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, 245 N.B.R. (2d) 270, 208 D.L.R. (4th) 207; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, (1996), 26 O.R. (3d) 536, 132 D.L.R. (4th) 31; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, 244 D.L.R. (4th) 541, 189 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, 70 C.C.C. (3d) 529, 12 C.R. (4th) 58; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 2009 FC 33, 187 C.R.R. (2d) 103, 78 Imm. L.R. (3d) 125; *R. v. Smith* (1998), 219 A.R. 109, 161 D.L.R. (4th) 331, [1998] 8 W.W.R. 620 (Alta. C.A.).

AUTHORS CITED

Fontana, James A. and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007.

MOTION for an order requiring the Canada Border Services Agency to return all items and records seized at the Harkat residence on May 12, 2009, without delay. Motion granted.

APPEARANCES

David W. Tyndale and *André Séguin* for applicant.
Matthew C. Webber and *Norman D. Boxall* for respondents.
Paul D. Copeland as special advocate.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa, and *Bayne, Seller, Boxall*, Ottawa, for respondents.
Paul Copeland, Toronto, as special advocate.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autres c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Lagiorgia c. Canada*, [1987] 3 C.F. 28 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Harkat (Re), 2009 CF 241; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, 70 C.C.C. (3d) 529, 12 C.R. (4th) 58; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 2009 CF 33; *R. v. Smith* (1998), 219 A.R. 109, 161 D.L.R. (4th) 331, [1998] 8 W.W.R. 620 (C.A. Alb.).

DOCTRINE CITÉE

Fontana, James A. et David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 7^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2007.

REQUÊTE sollicitant une ordonnance obligeant l'Agence des services frontaliers du Canada à restituer, sans délai, l'ensemble des objets et des dossiers saisis dans la résidence de M. Harkat le 12 mai 2009. Requête accueillie.

ONT COMPARU

David W. Tyndale et *André Séguin* pour le demandeur.
Matthew C. Webber et *Norman D. Boxall* pour les défendeurs.
Paul D. Copeland en qualité d'avocat spécial.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa, et *Bayne, Seller, Boxall*, Ottawa, pour les défendeurs.
Paul Copeland, Toronto, en qualité d'avocat spécial.

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

[1] NOËL J.: On December 10, 2002, Mohamed Harkat was named in a security certificate as a person inadmissible to Canada on grounds of national security. He was detained in a correctional facility until his release by this Court, under strict conditions, in 2006.

[2] Paragraph 16 of the terms and conditions required Mr. Harkat to give employees of the Canada Border Services Agency (CBSA) access to his residence in so that they might verify his presence in the residence and ensure that he is complying with the conditions of release. For greater certainty, the order specified that upon being granted entry, employees of the CBSA were entitled to search the residence and remove any item. It is the exercise of this power that is the subject of this motion.

[3] On March 25, 2009, this Court modified the terms and conditions of release applicable to Mr. Harkat (the former order). The terms and conditions of release were amended again on May 14, 2009; the power to enter, search and seize may now be exercised only once CBSA has obtained prior judicial authorization (the amended order).

The May 12, 2009 search and seizure

[4] On May 12, 2009, the CBSA conducted a search of Mr. Harkat's residence, 19 days before the hearings into the reasonableness of the security certificate were scheduled to begin. The search began at 9 a.m. and concluded at 2:45 p.m.

[5] Sixteen law enforcement officers, including three canine units, participated in the search. Several law enforcement vehicles were parked outside the Harkat's residence during the search. A detailed memorandum prepared by the supervising officer, Ms. Jasmine Richard, was filed as Exhibit A to the affidavit of Alana Homeward.

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

[1] LE JUGE NOËL : Le 10 décembre 2002, M. Mohamed Harkat a été déclaré, dans un certificat de sécurité, interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Il a été détenu dans un établissement correctionnel jusqu'à ce qu'il soit mis en liberté, sous des conditions strictes, par la Cour en 2006.

[2] Le paragraphe 16 des conditions dispose que M. Harkat doit donner accès à son domicile aux employés de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) pour qu'ils puissent s'assurer qu'il se trouve chez lui et qu'il respecte les conditions de sa mise en liberté. L'ordonnance précise qu'après avoir eu accès au domicile, les employés de l'ASFC peuvent perquisitionner dans le domicile et en retirer tout objet. La présente requête porte sur l'exercice de ce pouvoir.

[3] Le 25 mars 2009, la Cour a modifié les conditions de mise en liberté applicable à M. Harkat (ci-après nommée l'ancienne ordonnance). Ces conditions ont de nouveau été modifiées le 14 mai 2009 : l'ASFC doit désormais obtenir une autorisation judiciaire avant d'exercer les pouvoirs d'entrer dans le domicile, de perquisitionner et de saisir des objets (ci-après, nommée l'ordonnance modifiée).

La perquisition et la saisie du 12 mai 2009

[4] L'ASFC a effectué une perquisition chez M. Harkat le 12 mai 2009, soit 19 jours avant le début de l'audience portant sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité. La perquisition a débuté à 9 h et s'est terminée à 14 h 45.

[5] Seize agents de la paix et trois chiens de la brigade canine ont participé à la perquisition. Plusieurs véhicules des agents de la paix étaient stationnés devant le domicile de M. Harkat pendant la perquisition. Un compte-rendu exhaustif rédigé par l'agente de supervision, M^{me} Jasmine Richard, a été déposé en tant que pièce A de l'affidavit de M^{me} Alana Homeward.

[6] Upon arrival at the Harkat residence, the supervising officer and an Ottawa Police Service constable entered the house and explained that CBSA was conducting a search of the residence to verify his compliance with the terms and conditions of his release. They relied on paragraph 16 of the former order as their authority to enter, search and seize.

[7] Mr. Harkat sought, and was given permission, to contact his counsel. He was unable to reach either Mr. Webber or Mr. Boxall but left a message informing them that CBSA was conducting a search of his residence. Counsel later contacted the supervising officer, and were told that the search was being conducted under the authority of paragraph 16 of the former order.

[8] Mrs. Harkat was in the shower when the search began. When Mr. Harkat told her that the employees of the CBSA were searching the residence, she got out of the shower. Mrs. Harkat was visibly upset when she met with Ms. Richard, but gave her the keys to unlock the basement computer room.

[9] At that point, Ms. Richard explained that the RCMP “explosives dog” would be entering the residence and asked Mr. Harkat if he wished to remain inside. According to her evidence, Mr. Harkat consented to the dog entering the residence if it did not approach him. The RCMP “explosives dog” was taken through the house but did not detect any explosive materials.

[10] At 9:31 a.m. the CBSA “weapons dog” entered the residence. After the two dogs completed their searches, Ms. Richard brought in the CBSA search teams and evidence control officer.

[11] At 12:43 p.m. the CBSA “currency dog” was brought into the residence.

[6] À leur arrivée au domicile de M. Harkat, l’agente de supervision et un policier du service de police d’Ottawa sont entrés chez M. Harkat et lui ont expliqué que l’ASFC venait effectuer une perquisition chez lui afin de vérifier s’il respectait les conditions de sa mise en liberté. Ils se sont fondés sur le paragraphe 16 de l’ancienne ordonnance pour établir qu’ils avaient le droit d’entrer dans le domicile, de perquisitionner et de saisir des objets.

[7] M. Harkat a demandé s’il pouvait téléphoner à ses avocats, ce qui lui a été accordé. Il a été incapable de joindre M. Webber et M. Boxall, mais il a laissé un message les informant que l’ASFC effectuait une perquisition chez lui. Plus tard, les avocats ont communiqué avec l’agente de supervision, qui leur a dit que la perquisition était effectuée suivant le pouvoir accordé par le paragraphe 16 de l’ancienne ordonnance.

[8] M^{me} Harkat était sous la douche lorsque la perquisition a débuté. Lorsque M. Harkat lui a dit que les employés de l’ASFC effectuaient une perquisition dans le domicile, M^{me} Harkat est sortie de la douche. Elle était de toute évidence fâchée lorsqu’elle a parlé avec M^{me} Richard, mais elle lui a donné les clés de la porte donnant accès à la salle d’ordinateur qui se trouve au sous-sol.

[9] À ce moment-là, M^{me} Richard a expliqué qu’un chien de la GRC détecteur d’explosifs serait amené dans le domicile, et elle a demandé à M. Harkat s’il souhaitait rester à l’intérieur. Selon le témoignage de M^{me} Richard, M. Harkat a consenti à ce que le chien entre chez lui s’il ne l’approchait pas. Le maître-chien de la GRC a fait faire le tour de la maison au chien détecteur, qui n’a détecté aucune substance explosive.

[10] À 9 h 31, un chien de l’ASFC détecteur d’armes est entré dans le domicile. Après que les deux chiens eurent terminé leur recherche, M^{me} Richard a fait entrer dans le domicile les équipes de recherches et l’agent de contrôle des éléments de preuve.

[11] À 12 h 43, un chien de l’ASFC détecteur d’argent liquide est entré dans le domicile.

[12] None of the three dogs used to search the residence detected anything that contravened the terms and conditions of the former order.

[13] Officers conducting the search seized a number of documents, records and items from the Harkat residence. All documents found with Arabic writing on them were seized, along with computers, several boxes of floppy disks, CDs, and videotapes. The items seized included documents and records which contained information protected by solicitor client and litigation privileges.

[14] Two male officers were tasked with searching the Harkat's bedroom. They searched through Mrs. Harkat's dresser, where they found a spare set of keys for the computer room in the basement in a drawer of the dresser containing personal items of Mrs. Harkat.

[15] CBSA officers also discovered that the door to the garage could be raised approximately one foot using the inside handle.

[16] The search was concluded at 2:45 p.m.

[17] A complete list of all the items seized from the Harkat residence was filed with the Court. Items identified as being privileged have, for the most part, been returned to the Harkats by orders of Prothonotary Tabib (May 14 and 20, 2009).

Events leading up to the search of May 12, 2009

[18] The possibility of conducting a search of the Harkat residence was discussed as early as September 2008. (Evidence of Bessy Agrianotis, June 3, 2009.) CBSA received legal advice that if they did not use the powers granted to it under the terms of release, the power would likely be removed by the Court. The possibility of conducting a search was also discussed when Ms. Richard replaced Mr. Peter Foley, the former CBSA supervisor, in December 2008.

[12] Les trois chiens utilisés pour fouiller le domicile n'ont détecté aucun élément qui aurait violé les conditions de la mise en liberté prévues dans l'ancienne ordonnance.

[13] Les agents qui ont effectué la perquisition ont saisi un certain nombre de documents, de dossiers et d'objets dans le domicile de M. Harkat. Tout document comportant de l'écriture arabe de même que les ordinateurs et plusieurs boîtes de disquettes, de disques compacts et de bandes vidéos ont été saisis. Parmi les objets saisis, il y avait des documents et des dossiers renfermant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige.

[14] Deux hommes ont été chargés de perquisitionner dans la chambre des Harkat. Ils ont fouillé dans la commode de M^{me} Harkat, où, dans un tiroir renfermant des effets personnels de M^{me} Harkat, ils ont trouvé un trousseau de clés supplémentaire permettant d'avoir accès à la salle d'ordinateur au sous-sol.

[15] Les agents de l'ASFC ont également constaté que la porte du garage pouvait s'ouvrir d'environ un pied au moyen d'une poignée qui se trouvait à l'intérieur.

[16] La perquisition a pris fin à 14 h 45.

[17] La liste complète des objets saisis au domicile des Harkat a été déposée auprès de la Cour. Les objets considérés comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige ont en grande partie été rendus aux Harkat suivant les ordonnances décernées les 14 et 20 mai 2009 par la protonotaire Tabib.

Les faits ayant mené à la perquisition du 12 mai 2009

[18] La possibilité d'effectuer une perquisition chez les Harkat a fait l'objet de discussions dès septembre 2008 (témoignage de M^{me} Bessy Agrianotis, le 3 juin 2009). L'ASFC a obtenu un avis juridique selon lequel, si elle n'utilisait pas les pouvoirs qui lui avaient été donnés dans les conditions de la mise en liberté, ces pouvoirs lui seraient vraisemblablement retirés par la Cour. La possibilité d'effectuer une perquisition a également fait l'objet de discussions lorsque M^{me} Richard a remplacé M. Peter Foley comme agent de supervision au sein de l'ASFC en décembre 2008.

[19] On March 6, 2009, this Court signed reasons for order in relation to the motion for the modification of Mr. Harkat's terms and conditions of release [2009 FC 241, 339 F.T.R. 104]. In paragraph 139, the Court required CBSA to write and file a risk assessment which would assist in determining how the discretion granted to the CBSA supervisor should be exercised.

[20] On April 16, 2009, Bessy Agrianotis (the acting senior program advisor responsible for the national coordination between the regions and litigation management section concerning security certificates) inquired by e-mail about whether the Harkat residence had been the subject of a prior search and, if not, whether it was possible to start planning such a search. After learning that the responsible regional officer (NORO) had never conducted a search, Ms. Agrianotis requested that NORO begin planning one on April 21, 2009. In her e-mail, Ms. Agrianotis wrote: "I need you guys to start planning one. We are preparing to write the risk assessments and we need all the info we can gather lol". As a result of that request, on her return from leave on April 29, 2009, the supervisor at the NORO, Ms. Richard, began designing a search.

[21] Ms. Richard diligently sought information and advice concerning her proposed operational plan which she designed to be as efficient as possible. When she raised questions concerning the permissible scope of the search, she was told that it was left to her discretion. (Bessy Agrianotis, June 3, 2009, 2 p.m., at pages 4–5.) Ms. Richard was also given advice by the Counter-Terrorism Branch about how to conduct the search and what items should be seized.

[22] Throughout Ms. Richard's consultation with her coordinator and her superiors, the question of the legality of the search and the proposed operational plan was never seriously questioned despite its intrusive nature. CBSA relied on the wording of paragraph 16 of the

[19] Le 6 mars 2009, la Cour a prononcé les motifs d'une ordonnance portant sur une requête en modification des conditions de la mise en liberté de M. Harkat [2009 CF 241]. Au paragraphe 139, la Cour exigeait que l'ASFC rédige et dépose une évaluation des risques afin de l'aider à déterminer de quelle façon l'agente de supervision de l'ASFC devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui avait été donné.

[20] Le 16 avril 2009, M^{me} Bessy Agrianotis (conseillère principale par intérim en matière de programmes responsable de la coordination nationale entre les régions et de la section de la gestion des instances portant sur les certificats de sécurité) a demandé par courriel si le domicile des Harkat avait déjà fait l'objet d'une perquisition et, dans la négative, s'il était possible de commencer la planification d'une telle perquisition. Après avoir été mise au courant que le bureau régional responsable (le BRNO) n'avait jamais effectué de perquisition chez les Harkat, M^{me} Agrianotis a demandé que le BRNO commence, le 21 avril 2009, la planification d'une telle perquisition. Dans son courriel, M^{me} Agrianotis a écrit ce qui suit [TRADUCTION] : « Il faut que vous commenciez la planification de la perquisition. Nous sommes en train de préparer la rédaction de l'évaluation des risques et nous avons besoin de tous les renseignements que nous pouvons obtenir mdr ». Par suite de cette demande, l'agente de supervision au BRNO, M^{me} Richard, a commencé la planification de la perquisition.

[21] M^{me} Richard s'est appliquée à la tâche et a demandé de l'information et des conseils concernant le plan des opérations envisagé, qu'elle avait conçu de façon à ce qu'il soit aussi efficace que possible. Lorsqu'elle a posé des questions concernant les limites acceptables de la perquisition, on lui a répondu que ces limites relevaient de son pouvoir discrétionnaire (M^{me} Bessy Agrianotis, le 3 juin 2009, 14 h, aux pages 4 et 5). Le service antiterroriste a également fourni des conseils à M^{me} Richard sur la façon d'effectuer la perquisition et quant aux objets qui devraient être saisis.

[22] Lors des discussions de M^{me} Richard avec sa coordinatrice et ses supérieurs, la question de la légalité de la perquisition et du plan des opérations envisagé n'a jamais été sérieusement remise en question malgré son caractère envahissant. L'ASFC s'est fondée sur le libellé

former order as providing the necessary authority. The operational plan was approved by Ms. Richard's superiors prior to May 12, 2009.

[23] The evidence before this Court in both Exhibit MS-2 and the testimony of Bessy Agrianotis leads to the conclusion that the search was organized for two purposes: to exercise the power to search provided in the order setting out the conditions of Mr. Harkat's release so as to not lose it from lack of use; and, to gather information that would be relevant to the risk assessment being prepared by CBSA in response to paragraph 139 of the reasons for order of this Court dated March 6, 2009.

[24] Paragraph 16 contemplates two purposes: to verify Mr. Harkat's presence in the residence; and, to ensure that Mr. Harkat and any co-resident are complying with the terms of the conditions of release.

16. Mr. Harkat shall allow employees of the CBSA, any person designated by the CBSA and/or any peace officer access to the residence at any time (upon the production of identification) for the purposes of verifying Mr. Harkat's presence in the residence and/or to ensure that Mr. Harkat and/or any other persons are complying with the terms and conditions of this order. For greater certainty, Mr. Harkat shall permit such individual(s) to search the residence, remove any item, and/or install, service and/or maintain such equipment as may be required in connection with the electronic monitoring equipment. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration all other occupants of the residence shall sign a document, in a form acceptable to counsel for the Ministers, agreeing to abide by this term. Prior to occupying the residence, any new occupant shall similarly agree to abide by this term. [Emphasis added.]

[25] During her testimony, Ms. Richard noted that the search was conducted with the intent of verifying compliance with several specific conditions, in particular, she referred to paragraphs 7(x), 12, 13, 17, and 19 which prohibit Mr. Harkat from:

- Having access to the computer in the residence when he is home alone,

du paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance pour inférer qu'elle avait les pouvoirs requis. Le plan des opérations a été approuvé par les supérieurs de M^{me} Richard avant le 12 mai 2009.

[23] Des éléments de preuve présentés à la Cour, soit la pièce MS-2 et le témoignage de M^{me} Bessy Agrianotis, mènent à la conclusion que la perquisition a été organisée pour deux raisons : d'une part, l'ASFC voulait exercer le pouvoir de perquisition accordé par l'ordonnance établissant les conditions de la mise en liberté de M. Harkat afin que ce pouvoir ne lui soit pas retiré pour non-utilisation et, d'autre part, elle voulait obtenir des renseignements utiles à l'évaluation des risques qu'elle préparait par suite du paragraphe 139 des motifs de l'ordonnance rendue le 6 mars 2009 par la Cour.

[24] Le paragraphe 16 révèle deux objectifs : vérifier la présence de M. Harkat à son domicile et s'assurer que M. Harkat et tout autre occupant respectent les conditions de sa mise en liberté.

[TRADUCTION] 16. M. Harkat devra permettre aux employés de l'ASFC, à toute personne désignée par l'ASFC et à tout agent de la paix l'accès au domicile en tout temps (après identification) aux fins de vérifier la présence de M. Harkat au domicile et de s'assurer que M. Harkat ou toute autre personne se conforme aux conditions de la présente ordonnance. Il est entendu que M. Harkat devra permettre à cette ou à ces personnes de perquisitionner dans son domicile, d'en retirer tout objet ou d'y installer ou entretenir le matériel requis pour la télésurveillance. Avant la mise en liberté de M. Harkat, tous les autres occupants du domicile devront signer un document, d'une teneur jugée acceptable par les avocats des ministres, par lequel ils conviendront de se conformer à la présente condition. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également convenir de se conformer à la présente condition. [Non souligné dans l'original.]

[25] Lors de son témoignage, M^{me} Richard a fait remarquer que la perquisition avait été effectuée afin que l'ASFC s'assure du respect de certaines conditions précises; en particulier, elle a mentionné les paragraphes 7(x), 12, 13, 17 et 19, qui interdisent à M. Harkat :

[TRADUCTION]

- d'avoir accès à un ordinateur lorsqu'il est seul à la maison;

- Associating or communicating with persons who support violent jihad or terrorism or have a criminal record,
 - Possessing or having access to communication devices capable of connecting to the Internet, cellular telephones, public telephones etc.,
 - Possessing a passport or other travel document,
 - Buying or obtaining a train, plane or bus ticket, or
 - Possessing any weapon, imitation weapon, noxious substance or explosive or any component thereof.
- de s'associer ou de communiquer avec des personnes prônant le jihad armé ou le terrorisme, ou bien possédant un casier judiciaire;
 - de posséder un appareil de communication capable de se connecter à Internet ou un téléphone cellulaire, ou bien d'y avoir accès, ou encore d'utiliser un téléphone public, etc.;
 - de détenir un passeport ou d'autres titres de voyage;
 - d'acheter ou d'obtenir des billets de train, d'avion ou d'autobus;
 - d'être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme, de substances nocives ou d'explosifs ou de quelque composant de ceux-ci.

[26] Ms. Richard also interpreted the terms of paragraph 12 of the former order as extending to a right to search for currency. She based her interpretation on her background knowledge of the allegations made by the ministers that Mr. Harkat handled money for terrorist groups. It was this interpretation of the order that led her to request the assistance of a currency dog and handler.

[26] M^{me} Richard a également interprété le paragraphe 12 de l'ancienne ordonnance comme lui donnant aussi le droit d'effectuer une perquisition afin d'essayer de trouver de l'argent liquide. Elle a fondé son interprétation sur sa connaissance du contexte, à savoir sur les allégations faites par les ministres, selon lesquelles M. Harkat avait en sa possession de l'argent pour des groupes terroristes. En raison de cette interprétation, M^{me} Richard a demandé l'aide d'un chien détecteur d'argent liquide et de son maître-chien.

[27] In her evidence Ms. Richard acknowledged that there is no provision in the former order which specifically precludes Mr. Harkat from possessing currency. She testified in chief as follows:

[27] Dans son témoignage en interrogatoire principal, M^{me} Richard a reconnu qu'il n'y avait aucune disposition dans l'ancienne ordonnance qui interdisait expressément à M. Harkat de posséder de l'argent liquide. Elle s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION]

Q. Same questions with respect to the dog who is trained to look for currency. Why use that dog?

Q. Je vous pose la même question en ce qui concerne le chien détecteur d'argent liquide : Pourquoi avez-vous utilisé ce chien?

A. The currency, again it's from my knowledge of the background of the case, access to big amounts of money and the condition in the Court Order. What I was trying to monitor there was criminal activity and maybe a large amount of money, knowing the clients are on social assistance. It could have been reasonable to believe that it could be seen as proceed of crimes. That's why I welcomed the currency dog on the day of the search.

R. L'argent liquide — encore une fois je me suis fondée sur ma connaissance du contexte de l'affaire, sur l'accès à une grosse somme d'argent et sur la condition qui se trouve dans l'ordonnance de la Cour. J'ai essayé d'établir s'il y avait eu des activités criminelles et de trouver une grosse somme d'argent, étant donné que je savais que les personnes visées bénéficiaient de l'aide sociale. Il aurait été raisonnable de croire qu'une grosse somme d'argent aurait constitué des produits de la criminalité. C'est pourquoi j'ai utilisé le chien détecteur d'argent liquide le jour de la perquisition.

On cross-examination, Ms. Richard said:

Lors du contre-interrogatoire, M^{me} Richard a dit ce qui suit :

Q. The last one, currency. You have the same answer? You don't have to repeat it. That would be your answer, right?

A. Correct.

Q. Except we do agree, of course, that there is no condition in his bail that he is not allowed to possess currency or, for that matter, large amounts of currency. Agreed?

A. Yes, it is not written there.

Q. It is not written anywhere, is it?

A. No.

Q. Okay.

A. But the section that I referred to when I made that decision was the one we spoke about a little while ago, about directly or indirectly with criminal matters and—

Q. Right. So you somehow believe that despite your lack of grounds to search for currency, that you were justified in searching for currency because it was somehow potentially related to the condition that he not associate directly or indirectly with criminals or jihadists. Right?

A. That is correct.

[28] Ms. Richard was only entitled to verify compliance with the terms of the former order. The use of the currency dog indicates that the search was not conducted in a limited and specific manner, but was instead considered as an opportunity for CBSA to gather information that would not have otherwise been available.

[29] A review of the testimony of the witnesses from the CBSA leads to the conclusion that the supervising officer was left to perform her important function, namely supervising compliance with this Court's order, without sufficient support or coordination from either management or headquarters. This is a subject of great concern to this Court which has, to date, vested a significant amount of discretion in the front line officers of the CBSA.

[TRANSDUCTION]

Q. Une dernière question au sujet du chien détecteur d'argent liquide : vous gardez la même réponse? Vous n'avez pas à la répéter. Ce serait votre réponse, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Sauf que nous convenons, bien sûr, qu'il n'y a aucune condition dans sa mise en liberté qui lui interdisait de posséder de l'argent liquide, en fait une grande somme d'argent liquide, n'est-ce pas?

R. C'est vrai, ce n'était pas écrit dans les conditions.

Q. Ce n'était écrit nulle part, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. D'accord.

R. Mais la disposition sur laquelle je me suis fondée quand j'ai pris cette décision était celle dont nous avons parlé un peu plus tôt, celle sur l'association directe ou indirecte dans des affaires criminelles et —

Q. O.K., vous en êtes donc arrivée à croire que, malgré qu'il n'y ait aucun fondement à la perquisition visant à trouver de l'argent liquide, vous aviez le pouvoir d'en chercher parce que cet argent pourrait être lié d'une certaine façon à la condition selon laquelle il ne pouvait pas se lier directement ou indirectement avec des criminels ou des jihadistes, c'est bien ça?

R. C'est exact.

[28] M^{me} Richard avait seulement le droit de vérifier que les conditions de l'ancienne ordonnance étaient respectées. L'utilisation du chien détecteur d'argent liquide révèle que la perquisition n'a pas été effectuée d'une façon limitée et précise, mais a plutôt été considérée comme une occasion pour l'ASFC d'obtenir des renseignements qui n'auraient pas été accessibles autrement.

[29] L'examen des témoignages des témoins de l'ASFC mène à la conclusion que l'agente de supervision a dû s'acquitter d'une mission importante, à savoir s'assurer du respect de l'ordonnance de la Cour, et ce, sans appui ni coordination suffisante de la part de la gestion ou de la direction générale. Cela préoccupe grandement la Cour qui, à ce jour, a accordé passablement de pouvoir discrétionnaire au personnel de première ligne de l'ASFC.

The position of the parties

[30] At a hearing held on June 2–3, 2009, Mr. Harkat claimed that the search of his residence was conducted without warrant and amounted to an “egregious violation” of his constitutional right to be free from unreasonable search and seizure as guaranteed by section 8 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).

[31] Mr. Harkat relies on *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2. S.C.R. 145, for the proposition that the absence of a search warrant shifts the burden onto the state to justify the reasonableness of the search in accordance with the three criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

[32] Although Mr. Harkat concedes for the purposes of this motion that paragraph 16 of the former order, which gives CBSA the right to search his residence, is not unreasonable or unlawful, he asserts that the search conducted on May 12, 2009, exceeded the scope of the authority to search set out in paragraph 16. In particular, he submits that paragraph 16 requires the search be conducted to “ensure contemporaneous compliance with the release conditions”. Mr. Harkat submits that the scope of the May 12, 2009 search exceeded the authorization in the Court order insofar as it was used to gather intelligence information. Similarly, the authorization would not be reasonable if it was interpreted as permitting the seizure of items for which there was no reasonable grounds to conclude that they would afford evidence of a breach of the conditions.

[33] In summary, the May 12, 2009 search is characterized by Mr. Harkat as a “whole-scale fishing expedition” which had a significant impact on his reasonable expectation of privacy.

[34] Mr. Harkat also asserts that the manner in which the search was executed violated his right to be secure from unreasonable search and seizure. He is seeking the

La position des parties

[30] Lors de l’audience tenue les 2 et 3 juin 2009, M. Harkat a affirmé que la perquisition dans son domicile avait été effectuée sans mandat et équivalait à une [TRADUCTION] « violation flagrante » de son droit d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[31] Sur le fondement de l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2. R.C.S. 145, M. Harkat allègue que l’absence d’un tel mandat de perquisition inverse le fardeau de la preuve et qu’il incombe alors à l’État d’établir le caractère non abusif de la perquisition suivant les trois critères établis dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[32] Même si M. Harkat admet en l’espèce que le paragraphe 16 de l’ancienne ordonnance, qui donnait le droit à l’ASFC de perquisitionner chez lui, n’est pas déraisonnable ni illégal, il plaide que la perquisition effectuée le 12 mai 2009 a outrepassé le pouvoir conféré par le paragraphe 16. En particulier, M. Harkat soutient que le paragraphe 16 dispose que la perquisition doit être effectuée avec comme dessein que l’ASFC [TRADUCTION] « s’assure ponctuellement du respect des conditions de la mise en liberté ». Il soutient que la perquisition du 12 mai 2009, par son ampleur, a outrepassé l’autorisation de la Cour parce qu’elle a été utilisée pour l’obtention des renseignements de sécurité. De façon semblable, l’autorisation ne serait pas raisonnable si elle était interprétée comme permettant la saisie d’objets pour lesquels il n’y avait aucun motif raisonnable de croire qu’ils pourraient établir une violation des conditions.

[33] En résumé, M. Harkat qualifie la perquisition du 12 mai 2009 [TRADUCTION] « de recherche à l’aveuglette de grande envergure » qui a eu d’importantes conséquences sur son attente raisonnable en matière de vie privée.

[34] M. Harkat allègue également que la façon dont la perquisition a été effectuée a violé son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

return of all property seized by the CBSA without delay. (See paragraph 3 of Mr. Harkat's written submissions dated May 22, 2009.)

[35] The ministers rely on paragraph 16 of the former order and plead that a search done on consent does not violate section 8 of the Charter. Nothing in the former order, which in their opinion constitutes a valid prior judicial authorization, requires CBSA to show reasonable grounds to believe a breach of the conditions has been committed before conducting a search.

[36] The ministers note that the primary purpose of the search was to ensure compliance with the terms and conditions of release; they conceded that a secondary purpose of the search was to gather information for a Court ordered risk assessment. They also take the position that the search was conducted in a reasonable manner and was connected to the "lawful purpose of monitoring compliance with the terms and conditions of release" which, in their submission, includes the writing of a risk assessment.

[37] Thus, the ministers take the position that the search should not be declared unlawful. They note, however, that even if the search infringed Mr. Harkat's section 8 rights, the appropriate remedy would be to allow CBSA to conduct its investigation, make copies of relevant seized information, and return the seized material to the Harkats.

Issues before this Court

[38] There are two questions before this Court: did the actions of the CBSA on May 12, 2009, constitute an unreasonable search and seizure thereby infringing Mr. Harkat's rights pursuant to section 8 of the Charter and, if so, should this Court exercise its discretion to grant a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter?

Il demande que l'ASFC lui restitue sans délai l'ensemble des objets saisis (voir le paragraphe 3 des observations écrites de M. Harkat datées du 22 mai 2009).

[35] Les ministres se fondent sur le paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance et plaident qu'une telle perquisition, effectuée avec le consentement de la personne visée, ne viole pas l'article 8 de la Charte. Rien dans l'ancienne ordonnance — laquelle, selon l'ASFC, constitue une autorisation judiciaire valide — n'exige que l'ASFC établisse qu'elle avait des motifs raisonnables de croire qu'une des conditions avait été violée avant d'effectuer une perquisition.

[36] Les ministres font remarquer que l'objectif principal poursuivi par l'ASFC lors de la perquisition était de s'assurer du respect des conditions de la mise en liberté; ils ont admis qu'un objectif secondaire de la perquisition était d'obtenir des renseignements aux fins de la rédaction de l'évaluation des risques ordonnée par la Cour. Ils prétendent également que la perquisition n'a pas été effectuée de façon abusive et qu'elle était liée à un [TRADUCTION] « objectif licite, à savoir l'évaluation par l'ASFC du respect des conditions de la mise en liberté », évaluation qui, selon les observations des ministres, comprend la rédaction de l'évaluation des risques.

[37] Par conséquent, les ministres plaident que la saisie ne devrait pas être déclarée illégale. Cependant, ils font remarquer que, même si la perquisition avait violé les droits de M. Harkat garantis par l'article 8, la réparation appropriée serait de permettre à l'ASFC de mener son enquête, de faire des copies des renseignements pertinents saisis et de restituer les objets saisis aux Harkat.

Les questions en litige dont est saisie la Cour

[38] La Cour est saisie de deux questions. Les mesures prises par l'ASFC le 12 mai 2009 constituent-elles une perquisition et une saisie abusives, ce qui représenterait une violation des droits de M. Harkat garantis par l'article 8 de la Charte? Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte?

Analysis

[39] Section 8 of the Charter protects an individual's right to be secure against unreasonable search and seizure.

[40] In *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, Justice Bastarache, writing for the Supreme Court of Canada, observed at paragraph 15:

It has long been held that the principal purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect an accused's privacy interests against unreasonable intrusion by the State. Accordingly, police conduct interfering with a reasonable expectation of privacy is said to constitute a "search" within the meaning of the provision... Such conduct may also be characterized as a "seizure", the essence of which is the "taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent".

[41] It has been held that any section 8 analysis must answer two questions: first, did the subject of the search have a reasonable expectation of privacy? If so, was the search an unreasonable intrusion on that right to privacy? (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at paragraph 33.)

Mr. Harkat's reasonable expectation of privacy

[42] At paragraph 45 of *Edwards*, Cory J. observed "a reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances."

[43] The May 12, 2009 search took place at Mr. Harkat's residence. Apart from one's physical integrity, it is in one's house that one has the greatest subjective and objective expectation of privacy (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paragraph 21). As noted by Binnie J., at paragraph 22 of *Tessling*:

The original notion of territorial privacy ("the house of everyone is to him as his castle and fortress": *Semayne's Case*

Analyse

[39] L'article 8 de la Charte garantit aux personnes le droit d'être protégées contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

[40] Au paragraphe 15 de l'arrêt *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227, le juge Bastarache, au nom de la Cour suprême, a fait l'observation suivante :

Il est établi depuis longtemps que l'art. 8 de la *Charte* a pour objet principal la protection du droit à la vie privée de l'accusé contre l'ingérence abusive de l'État. Par conséquent, la conduite policière portant atteinte à une « attente raisonnable en matière de vie privée » est considérée comme une « fouille » ou « perquisition » au sens de cette disposition [...] On peut également qualifier une telle conduite de « saisie », qui se produit essentiellement « lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement ».

[41] La Cour suprême du Canada a conclu que, dans le cadre de toute analyse effectuée au regard de l'article 8, il faut répondre à deux questions : la personne visée par la fouille ou la perquisition avait-elle une attente raisonnable en matière de vie privée? Dans l'affirmative, la fouille ou la perquisition portait-elle atteinte de façon abusive au droit à la vie privée (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au paragraphe 33)?

L'attente raisonnable de M. Harkat en matière de vie privée

[42] Au paragraphe 45 de l'arrêt *Edwards*, le juge Cory a fait remarquer que « [l]'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances ».

[43] Le 12 mai 2009, la perquisition a été effectuée chez M. Harkat. À l'exception de l'intégrité corporelle, l'attente subjective et objective d'une personne en matière de vie privée n'est jamais aussi grande que celle concernant sa maison (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, au paragraphe 21). Comme l'a fait remarquer le juge Binnie au paragraphe 22 de l'arrêt *Tessling* :

La notion initiale de la vie privée qui a trait aux lieux ([TRADUCTION] « la maison de chacun est pour lui son château et

... developed into a more nuanced hierarchy protecting privacy in the home, being the place where our most intimate and private activities are most likely to take place.... “[t]here is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their ‘dwelling-house’”.

[44] In *R. v. Tessling*, Binnie J. concluded [at paragraph 38]:

... in my view it may be presumed unless the contrary is shown in a particular case that information about what happens *inside* the home is regarded by the occupants as private. Such an expectation is rooted in the ancient law of trespass and finds its modern justification in the intimacies of personal and family life.

[45] The ministers note that the terms of paragraph 16 of the former order required Mr. Harkat and any co-resident(s) to grant the CBSA access to the Harkat’s residence for the purposes of ensuring that Mr. Harkat and any other person was complying with the terms and conditions of the order. Mr. Harkat consented to this term on his release from detention. Clearly, the existence of the consent impacts on the subjective expectation of privacy.

[46] Consent to a search may diminish or extinguish a person’s reasonable expectation of privacy. The conditions which must be met before a consent will constitute an effective waiver of section 8 Charter rights were set out by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337. Mactavish J. summarized those criteria as follows in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 2009 FC 33, 187 C.R.R. (2d) 103, at paragraph 76:

- (i) there was a consent, express or implied;
- (ii) the giver of the consent had the authority to give the consent in question;
- (iii) the consent was voluntary ... and was not the product of police oppression, coercion or other external conduct

sa forteresse » : *Semayne’s Case* [...] a évolué pour faire place à une hiérarchie plus nuancée visant d’abord la vie privée dans la résidence, le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler [...] « [i]l n’existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa “maison d’habitation” ».

[44] Dans l’arrêt *R. c. Tessling*, le juge Binnie a conclu ainsi [au paragraphe 38] :

[...] je suis d’avis qu’on peut présumer, jusqu’à preuve du contraire, que les occupants d’une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à *l’intérieur* de la résidence. Cette attente remonte aux anciennes règles de droit relatives à la violation de la propriété et trouve sa justification moderne dans le caractère intime que revêtent la vie personnelle et la vie de famille.

[45] Les ministres notent que les conditions prévues au paragraphe 16 de l’ancienne ordonnance disposent que M. Harkat et tout autre occupant devaient donner accès au domicile des Harkat à l’ASFC pour qu’elle s’assure qu’ils respectaient les conditions de l’ordonnance. M. Harkat a consenti à cette condition de sa mise en liberté. Ce consentement a clairement une incidence sur l’attente subjective en matière de vie privée.

[46] Le consentement à une perquisition peut limiter ou faire disparaître l’attente raisonnable d’une personne en matière de vie privée. Les éléments qui doivent être établis afin qu’un consentement constitue effectivement une renonciation aux droits garantis par l’article 8 de la Charte ont été énoncés dans l’arrêt *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, rendu par la Cour d’appel de l’Ontario. Le juge Mactavish a résumé ces conditions comme suit au paragraphe 76 de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Jaballah*, 2009 FC 33 :

[TRADUCTION]

- i) il y a eu consentement exprès ou implicite;
- ii) la personne qui a donné le consentement avait le pouvoir de le faire;
- iii) le consentement était volontaire [...] et ne découlait pas de mesures d’oppression ou de coercition ou de quelque

which negated the freedom to choose whether or not to allow the police to pursue the course of conduct requested;

(iv) the giver of the consent was aware of the nature of the police conduct to which he or she was being asked to consent;

(v) the giver of the consent was aware of his or her right to refuse to permit the police to engage in the conduct requested; and,

(vi) the giver of the consent was aware of the potential consequences of giving the consent. (*Wills* at para. 69)

[47] In *Jaballah*, Mactavish J. concluded that the use of information obtained by CBSA through mail intercepts would be unauthorized and violate Mr. Jaballah's section 8 rights if the information was being used for purposes "beyond the monitoring of the threat that [he] poses to national security, or [his] compliance with the terms and conditions of their release" (*Jaballah*, at paragraph 88).

[48] This conclusion is consistent with observations that the case law "attests to the strict construction to be placed on assertions of consent search" by public authorities. (See James A. Fontana and David Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 7th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007), at page 527.) Where a person's constitutionally guaranteed right to be free from arbitrary search and seizure is at issue, consent to such searches should be narrowly construed.

[49] It follows from the application of a rule of strict construction that a consent may be valid for one purpose but may not be valid for another. (See *R. v. Smith* (1998), 219 A.R. 109 (Alta. C.A.)). In *R. v. Smith*, an accused invited officers into his home to verify the well-being of a person who had made a 911 call. The Alberta Court of Appeal found that the consent did not extend to a search of the other areas of the house for investigative purposes. The Court stated, at paragraph 8:

autre conduite externe de la part des policiers, niant à l'individu visé la liberté de décider ou non de permettre aux policiers de donner suite à leur demande;

iv) la personne qui a donné le consentement était consciente de la nature de la conduite des policiers à laquelle on lui demandait de consentir;

v) la personne qui a donné le consentement était au fait de son droit de refuser de permettre aux policiers de faire ce qu'ils demandaient;

vi) la personne qui a donné le consentement connaissait les conséquences susceptibles de découler de sa décision de donner son consentement. (*Wills*, au paragraphe 69.)

[47] Dans l'arrêt *Jaballah*, la juge Mactavish a conclu que l'utilisation des renseignements obtenus par l'ASFC au moyen de la lecture du courrier de M. Jaballah ne serait pas autorisée et violerait les droits de M. Jaballah garantis par l'article 8 de la Charte s'ils étaient utilisés à des fins « autres que la surveillance de la menace qu'[il] représent[e] pour la sécurité nationale et la vérification qu'[il] se conform[e] aux conditions de [sa] mise en liberté » (*Jaballah*, au paragraphe 88).

[48] La conclusion de la juge Mactavish est conforme aux observations selon lesquelles la jurisprudence [TRADUCTION] « a établi que les allégations de consentement à une perquisition [faites par les autorités publiques] doivent recevoir une interprétation stricte » (voir James A. Fontana et David Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 7^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2007), à la page 527). Lorsque le droit d'une personne garanti par la Constitution d'être protégée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est en litige, le consentement à une telle fouille ou perquisition devrait être interprété de façon stricte.

[49] Il s'ensuit que l'application d'une interprétation stricte peut faire en sorte qu'un consentement puisse être valide pour un objectif et ne pas l'être pour un autre objectif (voir *R. v. Smith* (1998), 219 A.R. 109 (C.A. Alb.)). Dans l'arrêt *R. v. Smith*, l'accusé avait invité des agents à entrer dans sa maison pour s'assurer qu'une personne qui avait composé le 911 se portait bien. La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le consentement ne s'étendait pas à la perquisition dans les autres pièces

Even if the entry onto the premises was legal, consent to entry was for a limited purpose, namely, to ensure the safety of the telephone complainant. This does not imply that a search of those premises for other purposes is allowable. No consent to enter the basement where the marijuana was found was given, yet Constable Leggatt proceeded down to the basement. In doing so he was conducting a search, and his actions went beyond what was authorized by Mr. Smith's invitation to enter the house.

[50] In agreeing to the terms and conditions of his release, Mr. Harkat consented to searches of his residence for the purposes of ensuring his compliance with the terms and conditions of his release. He consented to the precise terms of the judicially authorized search and seizure. There is no claim before this Court that Mr. Harkat's consent to the terms and conditions of his release was involuntary or uninformed. That said, the terms of the order, and Mr. Harkat's consent thereto, must be narrowly construed. Mr. Harkat did not consent to intelligence-gathering searches of his residence that allowed an indiscriminate and unfocussed seizure of records, items, and documents.

[51] I conclude that Mr. Harkat retained a reasonable expectation of privacy, which was diminished by his consent to the intrusion authorized by paragraph 16 of the former order.

Was the search conducted by CBSA unreasonable?

[52] When an individual has established that he or she had a reasonable expectation of privacy, a search conducted without a warrant will be presumptively unreasonable. The Supreme Court has held that the burden of proving that a warrantless search was not unreasonable rests with the state (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, at page 146).

[53] The ministers do not concede that the search conducted on May 12, 2009 was warrantless or unreasonable.

de la maison à des fins d'enquête. La Cour d'appel a affirmé ce qui suit au paragraphe 8 :

[TRADUCTION] Même si l'entrée dans les lieux était légale, le consentement donné ne visait qu'une fin limitée, soit à s'assurer que la personne qui avait appelé était en sécurité. Il ne s'ensuit pas qu'il était permis de perquisitionner dans les lieux en question à d'autres fins. Personne n'a consenti à ce que les agents se rendent au sous-sol où la marijuana a été trouvée, mais l'agent Leggatt s'y est tout de même rendu. Ce faisant, il effectuait une perquisition, et ses actions ont outrepassé ce à quoi avait consenti M. Smith en invitant les agents à entrer chez lui.

[50] Lorsqu'il a accepté les conditions de sa mise en liberté, M. Harkat a consenti à ce que des perquisitions soient effectuées chez lui pour que l'ASFC s'assure qu'il respecte ces conditions. Il a consenti aux conditions précises de l'autorisation judiciaire visant la fouille, la perquisition et la saisie. Il n'est pas plaidé en l'espèce que le consentement de M. Harkat était non volontaire ou non éclairé. Cela étant dit, les conditions de l'ordonnance, et le consentement de M. Harkat à ces conditions, doivent être interprétées de façon stricte. M. Harkat n'a pas consenti à ce qu'il y ait, dans son domicile, des perquisitions visant l'obtention d'informations relatives au renseignement et permettant des saisies de dossiers, d'objets et de documents qui soient effectuées tous azimuts.

[51] Je conclus que M. Harkat gardait une attente raisonnable en matière de vie privée, laquelle avait été limitée par son consentement à l'intrusion autorisée par le paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance.

La perquisition effectuée par l'ASFC était-elle abusive?

[52] Si une personne établit qu'elle avait une attente raisonnable en matière de vie privée, la perquisition sans mandat sera alors présumée abusive. La Cour suprême a conclu que le fardeau d'établir qu'une perquisition sans mandat n'est pas abusive incombe à l'État (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, à la page 146).

[53] Les ministres n'admettent pas que la perquisition du 12 mai 2009 a été effectuée sans mandat ou était abusive.

[54] In *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, the Supreme Court defined a search warrant as follows [at page 179]:

... an order issued by a Justice under statutory powers, authorizing a named person to enter a specified place to search for and seize specified property which will afford evidence of the actual or intended commission of a crime.

[55] In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, Dickson J. enumerated several criteria that must be met before a warrant will be found to comply with section 8, above: there must be prior authorization by a neutral and impartial decision maker capable of acting judicially who has satisfied himself on the basis of sworn evidence that there are “reasonable and probable grounds ... to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search” (at pages 161–162, 168).

[56] Paragraph 16 of the former order does not meet the definition of a warrant in either *MacIntyre* or *Hunter*. It is not specific in time, nor does it specify an offence and the evidence to be sought, nor does it require a reasonable suspicion to be demonstrated before the search is conducted. Although it provides judicial authorization to enter the Harkat residence for the purposes of verifying compliance with the conditions and terms of release set out in the former order, it does not otherwise comply with the criteria set out in *Hunter*, above. I therefore conclude that the search and seizure conducted by the CBSA was warrantless. As a result, the burden of demonstrating that the search was reasonable rests on the ministers.

[57] In *R. v. Collins*, at page 278 the Supreme Court of Canada set out three conditions which must be met before a warrantless search will be considered reasonable:

- the search must be authorized by law;
- the law itself must be reasonable;

[54] Dans l’arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autres c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, la Cour suprême a défini le mandat de perquisition de la façon suivante [à la page 179] :

[...] un ordre délivré par un juge de paix, en vertu de pouvoirs accordés par la loi, autorisant une personne désignée à pénétrer dans un lieu déterminé, pour y chercher et saisir des objets déterminés qui fournissent la preuve de la perpétration réelle d’une infraction ou de l’intention d’en perpétrer une.

[55] Dans l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, le juge Dickson a énuméré plusieurs conditions devant être remplies pour que l’on puisse conclure que le mandat respecte l’article 8 : il doit y avoir eu préalablement une autorisation accordée par un décideur neutre et impartial capable d’agir de façon judiciaire et qui a été convaincu, sur le fondement de témoignages faits sous serment, qu’il y a des « motifs raisonnables et probables, [...] de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition » (aux pages 161, 162 et 168).

[56] Le paragraphe 16 de l’ancienne ordonnance ne respecte pas la définition de mandat donnée dans l’arrêt *MacIntyre* ni les conditions établies dans l’arrêt *Hunter*. Ce paragraphe ne mentionne aucun moment particulier, il ne précise ni l’infraction, ni la preuve recherchée et il n’exige pas que des « motifs raisonnables de croire » aient été établis avant que la perquisition soit effectuée. Bien qu’il fournisse une autorisation judiciaire d’entrer chez les Harkat et de vérifier le respect des conditions de la mise en liberté établies dans l’ancienne ordonnance, ce paragraphe ne respecte pas les conditions fixées par l’arrêt *Hunter*, précité. Je conclus donc que la perquisition et la saisie de l’ASFC ont été effectuées sans mandat. Par conséquent, il incombe aux ministres d’établir que la perquisition n’était pas abusive.

[57] À la page 278 de l’arrêt *R. c. Collins*, la Cour suprême du Canada a établi trois facteurs devant être respectés pour qu’une perquisition sans mandat soit considérée non abusive :

- la perquisition doit être autorisée par la loi;
- la loi, en soi, ne doit pas être abusive;

- the search must be carried out in a reasonable manner.

[58] For the purposes of this motion, counsel for Mr. Harkat have conceded that paragraph 16 of the former order, which gives the CBSA the right to enter and search Mr. Harkat's residence, is not unreasonable if it is interpreted in a manner that is consistent with the requirements of section 8 of the Charter. It is their position, despite this concession, that the search and seizure conducted on May 12, 2009, was neither authorized by paragraph 16 nor done in a reasonable manner. Had Mr. Harkat attacked the reasonableness of the power granted to the CBSA in paragraph 16 it would have been necessary to examine whether the context in which it was drafted required that it meet all of the criteria set out in *Hunter*, above. Given Mr. Harkat's concession that the order itself is not unreasonable, I need not deal with this issue for the purposes of this motion.

[59] On reviewing the evidence before the Court, I conclude that paragraph 16 of the former order did not authorize the intrusive and overbroad nature of the search and seizure undertaken by CBSA on May 12, 2009. A judicial authorization to search must be interpreted reasonably, using common sense, in light of the obligations of all state actors to comply with the Charter. The broad and liberal interpretation given to paragraph 16 by the CBSA, as evidenced in the testimony of the witnesses, is unacceptable when dealing with the privacy rights of persons living in Canada.

[60] The evidence reveals that the primary purpose of the search conducted on May 12, 2009 was twofold: to use the search power so as to demonstrate to the Court that it had not been abandoned by the CBSA; and, to gather intelligence and information to be used in the preparation of the risk assessment ordered by the Court on March 6, 2009. Neither of these purposes is found in paragraph 16 of the former order which is limited to entry to verify that the Harkats "are complying" with the terms and conditions of release.

- la perquisition doit avoir été effectuée d'une manière non abusive.

[58] En l'espèce, les avocats de M. Harkat ont admis que le paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance, qui donne le droit à l'ASFC d'entrer et de perquisitionner chez M. Harkat, n'est pas déraisonnable s'il est interprété de façon à ce qu'il respecte les exigences de l'article 8 de la Charte. Malgré cette admission, ils sont d'avis que la perquisition et la saisie du 12 mai 2009 n'étaient pas autorisées par le paragraphe 16 et ont été effectuées de façon abusive. Si M. Harkat avait contesté le caractère raisonnable du pouvoir donné à l'ASFC au paragraphe 16, il aurait été nécessaire de déterminer si le contexte entourant la rédaction de ce paragraphe respecte l'ensemble des conditions établies dans l'arrêt *Hunter*, précité. Vu que M. Harkat a admis que l'ordonnance en soi n'était pas déraisonnable, je n'ai pas à trancher la présente question en l'espèce.

[59] Après examen de la preuve dont dispose la Cour, je conclus que le paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance n'autorisait pas une perquisition et une saisie de nature aussi envahissante et de portée aussi large que celle effectuée par l'ASFC le 12 mai 2009. L'autorisation judiciaire d'effectuer une perquisition doit être interprétée de façon raisonnable, suivant le bon sens et à la lumière de l'obligation qui incombe à tous les représentants de l'État de respecter la Charte. L'interprétation large et libérale donnée au paragraphe 16 par l'ASFC, comme en font foi les témoignages, est inacceptable lorsqu'il est question du droit à la vie privée des personnes vivant au Canada.

[60] La preuve révèle que l'objectif principal de la perquisition du 12 mai 2009 comportait deux volets : d'une part, l'utilisation du pouvoir de perquisitionner pour prouver à la Cour que l'ASFC n'avait pas renoncé à s'en prévaloir et, d'autre part, l'obtention d'informations relatives au renseignement devant être utilisées dans l'ébauche de l'évaluation des risques ordonnée par la Cour le 6 mars 2009. Ni l'un ni l'autre de ces objectifs n'est prévu au paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance, qui se limite à accorder à l'ASFC le pouvoir d'entrer chez les Harkat pour vérifier s'ils [TRADUCTION] « se conforment » aux conditions de la mise en liberté.

[61] Consequently, I conclude that the actions of the CBSA on May 12, 2009, exceeded the authorization granted to it by paragraph 16 of the former order. The evidence indicates that the seizure of information was conducted in accordance with the list of relevant items provided by the Counter-Terrorism Branch to Ms. Richard. Items which could have little if any use in verifying Mr. and Mrs. Harkat's compliance with the terms and conditions of release were seized, for example CDs, diskettes, and aged agendas, a currency dog was used where there was no prohibition relating to the possession of currency. All of this indicates a search that far exceeded a verification of the compliance with the terms of the order. I therefore conclude that the verification of the Harkats' compliance with the former order was incidental to the primary purposes of the search.

[62] Insofar as the search exceeded the authorization set out in paragraph 16 it was unreasonable.

[63] Even if the former order authorized the search conducted on May 12, 2009, this Court must examine whether the manner in which the search was conducted was reasonable. This is the third factor set out at page 278 of *Collins*, above.

[64] Evidence adduced concerning the manner in which the search was conducted leads inevitably to the conclusion that it was not done in a reasonable manner. The participation of 16 peace officers and three dogs was excessive. The close to six-hour duration of the search was excessive. The seizure of out-of-date agendas, video cassettes, CDs and any document with Arabic writing on it was excessive. The use of male officers to search through Mrs. Harkat's private drawers was unreasonable and surely not minimally intrusive.

[65] Although these measures may have been taken by CBSA in good faith, the delicate balance between the harm caused by the exercise of an intrusive state power and the justifiable and reasonable goal of the intrusion was lost. No consideration was given to the impact on the Harkats of such an obvious law enforcement presence in front of their residence for almost six hours. Indeed,

[61] Par conséquent, je conclus que les mesures prises par l'ASFC le 12 mai 2009 ont outrepassé l'autorisation qui lui avait été accordée au paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance. La preuve révèle que la saisie de documents a été effectuée suivant la liste des objets pertinents que la section antiterroriste avait fournie à M^{me} Richard. L'ASFC a saisi des objets ne pouvant être que peu utiles, sinon inutiles, dans la vérification quant à savoir si les Harkat respectaient les conditions de la mise en liberté (par exemple, des CD, des disquettes et de vieux agendas ont été saisis), et l'ASFC a utilisé le chien détecteur d'argent liquide alors qu'il n'y avait aucune interdiction visant la possession d'argent liquide. Tous ces éléments révèlent que la perquisition a grandement outrepassé la simple vérification du respect des conditions de l'ordonnance. Je conclus donc que la vérification du respect par les Harkat des conditions de l'ancienne ordonnance n'était que secondaire par rapport aux objectifs principaux de la perquisition.

[62] La perquisition était abusive dans la mesure où elle a outrepassé l'autorisation accordée au paragraphe 16.

[63] Même si l'ancienne ordonnance autorisait la perquisition du 12 mai 2009, la Cour doit déterminer si la perquisition a été effectuée de manière abusive. Il s'agit du troisième facteur établi à la page 278 de l'arrêt *Collins*, précité.

[64] La preuve déposée portant sur la manière dont la perquisition a été faite mène inévitablement à la conclusion que la perquisition a été effectuée de façon abusive. La participation de 16 agents de la paix et de trois chiens détecteurs était excessive. La durée de la perquisition, près de six heures, était excessive. La saisie d'anciens agendas, de vidéocassettes, de CD et tout document comportant de l'écriture arabe était excessive. L'utilisation d'hommes pour perquisitionner dans les tiroirs privés de M^{me} Harkat était abusive et certainement pas peu envahissante.

[65] Bien que ces mesures aient pu être prises de bonne foi par l'ASFC, le fragile équilibre entre le préjudice causé par l'exercice d'un pouvoir envahissant de l'État et l'objectif valable et raisonnable de l'intrusion a été brisé. L'ASFC n'a nullement tenu compte des conséquences que pourraient subir les Harkat en raison de la présence d'une telle armada d'agents de la paix devant

the CBSA search resulted in a letter from the legal representative of the condominium board threatening legal action if the residents were found to have engaged in any illegal activities (affidavit of Clare McKennirey, May 22, 2009, Exhibit B). Little consideration was given to the dignity of the Harkats who were required to witness this excessively intrusive search into the most intimate details of their private life.

[66] Having found that Mr. Harkat was subjected to an unreasonable search, the Court must consider what, if any, remedy is appropriate in the circumstances.

Remedy

[67] Where a person's rights have been infringed or denied, subsection 24(1) of the Charter gives a court of competent jurisdiction the discretion to fashion an appropriate remedy and exclude evidence obtained as a result of the breach if the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[68] This Court must determine what, if any, remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter is owed to Mr. Harkat.

Amendment of paragraph 16 of the consolidated order setting the terms and conditions of Mr. Harkat's release

[69] In view of the nature of the search noted earlier, this Court concluded on May 14, 2009, that an immediate amendment to paragraph 16 of the consolidated order was required. Thus, as an initial response to the events of May 12, 2009, paragraph 16 was replaced and a new paragraph 16.1 was added. The amended conditions now provide:

leur domicile pendant presque six heures. De fait, par suite de la perquisition de l'ASFC, les résidents de l'immeuble en question ont reçu une lettre de l'avocat du conseil d'administration de l'immeuble en copropriété qui les menaçait de poursuite judiciaire s'il s'avérait qu'ils étaient impliqués dans des activités illégales (voir l'affidavit de M^{me} Clare McKennirey, le 22 mai 2009, pièce B). Peu d'égard a été accordé à la dignité des Harkat, qui ont été obligés d'être témoins d'une perquisition très envahissante couvrant même les éléments les plus intimes de leur vie privée.

[66] Ayant conclu que le domicile de M. Harkat a fait l'objet d'une perquisition abusive, la Cour doit déterminer la réparation appropriée dans les circonstances, le cas échéant.

La réparation

[67] Lorsque les droits d'une personne ont été violés ou niés, le paragraphe 24(1) de la Charte donne au tribunal compétent le pouvoir discrétionnaire d'établir la réparation appropriée et d'écarter des éléments de preuve obtenus par suite de la violation si l'utilisation de ces éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[68] La Cour doit déterminer la réparation à laquelle M. Harkat a droit, le cas échéant, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte.

La modification du paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance établissant les conditions de la mise en liberté de M. Harkat

[69] Vu la nature de la perquisition dont il est question ci-dessus, la Cour a conclu, le 14 mai 2009, que le paragraphe 16 de l'ancienne ordonnance devait être modifié sur-le-champ. La première mesure prise par suite des faits du 12 mai 2009 a donc été de modifier le paragraphe 16 et d'ajouter le paragraphe 16.1. Les conditions modifiées se lisent maintenant comme suit :

[TRADUCTION]

16. Mr. Harkat shall allow employees of the CBSA, any person designated by the CBSA and/or any peace officer access to the residence (upon the production of identification) for the purposes of:

- a. verifying Mr. Harkat's presence in the residence;
- b. installing, service and/or maintain such equipment as may be required in connection with the electronic monitoring equipment; or
- c. ensuring that Mr. Harkat or any other person is complying with the terms and conditions of this order.

Prior to Mr. Harkat's release from incarceration all other occupants of the residence shall sign a document, in a form acceptable to counsel for the Ministers, agreeing to abide by this term. Prior to occupying the residence, any new occupant shall similarly agree to abide by this term.

16.1 The CBSA shall notify the Court and obtain judicial authorization for any entry made pursuant to paragraph 16. c) of this Order.

[70] Paragraph 16.1, in force as of May 14, 2009, requires the CBSA to apply to this Court before conducting any search of Mr. Harkat's residence. All future searches will be authorized, circumscribed, and supervised by a designated judge of the Federal Court after hearing the submissions of both the CBSA and any special advocates appointed to protect Mr. Harkat's interests in closed hearings.

Return of items seized by the CBSA

[71] Mr. Harkat is seeking an order of this Court requiring CBSA to return all items and records seized on May 12, 2009, without delay.

[72] At the hearing of the motion on June 3, 2009, counsel for the ministers sought an order permitting the CBSA to carry out investigations in relation to the material seized on May 12, 2009, before returning the material, or in the alternative, to make copies of the material (subject to privilege) and return the originals as soon as possible.

16. Harkat devra permettre aux employés de l'ASFC, à toute personne désignée par l'ASFC et à tout agent de la paix l'accès au domicile en tout temps (après identification) aux fins de :

- a. vérifier la présence de M. Harkat au domicile;
- b. installer ou entretenir le matériel requis pour la télésurveillance;
- c. s'assurer que M. Harkat ou toute autre personne se conforme aux conditions de la présente ordonnance.

Avant la mise en liberté de M. Harkat, tous les autres occupants du domicile devront signer un document, d'une teneur jugée acceptable par les avocats des ministres, par lequel ils conviendront de se conformer à la présente condition. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également convenir de se conformer à la présente condition.

16.1 Avant d'entrer dans le domicile afin d'exercer le pouvoir accordé par le paragraphe 16c) de la présente ordonnance, l'ASFC doit aviser la Cour et obtenir une autorisation judiciaire.

[70] Le paragraphe 16.1, entré en vigueur le 14 mai 2009, exige que l'ASFC présente une demande à la Cour avant de procéder à toute perquisition chez les Harkat. À l'avenir, toute perquisition sera autorisée, limitée et supervisée par un juge désigné de la Cour fédérale après audition à huis clos des observations de l'ASFC et des avocats spéciaux nommés pour protéger les intérêts de M. Harkat.

La restitution des objets saisis par l'ASFC

[71] M. Harkat sollicite une ordonnance de la Cour obligeant l'ASFC à restituer, sans délai, l'ensemble des objets et des dossiers saisis le 12 mai 2009.

[72] Lors de l'audition de la requête le 3 juin 2009, les avocats des ministres ont sollicité une ordonnance permettant à l'ASFC de procéder aux enquêtes liées aux documents saisis le 12 mai 2009 avant de les restituer ou, subsidiairement, de pouvoir faire des copies des documents non visés par le secret professionnel ou le privilège relatif au litige pour ensuite restituer les originaux dès que possible.

[73] In *Lagiorgia v. Canada*, [1987] 3 F.C. 28 (C.A.), a case in which documents had been seized in breach of section 8 of the Charter, Hugessen J.A., as he then was, writing for the Court stated (at pages 32 and 33):

In our view, it would be difficult to think of any more appropriate remedy for the unreasonable and therefore illegal seizure of property than to order its immediate return to its rightful owner and lawful possessor. Anything less negates the right and denies the remedy. The only circumstances which suggest themselves to us as justifying a court in refusing such an order would be where the initial possession by the person from whom the things were seized was itself illicit, e.g. in the case of prohibited drugs or weapons. While there may be other cases, there can be no doubt in our minds that when the Crown seeks, as in effect it does here, to profit from a Charter-barred seizure it bears a very heavy burden indeed (see *Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65; 9 D.L.R. (4th) 244; [1984] 12 C.C.C. (3d) 1 (C.A.); *Lefebvre v. Morin*, No. 200-10-000-174-83, Que. C.A., 4 February 1985, digested at J.E. 85-366). With due respect to those who appear to hold the opposite view (*Re Dobney Foundry Ltd. v. A.G. Can.*, [1985] 3 W.W.R. 626; [1985] 19 C.C.C. (3rd) 465 (B.C.C.A.); *Re Mandel et al. and The Queen*, [1986] 25 C.C.C. (3rd) 461 (Ont. H.C.)), we do not think that burden can be satisfied today by a simple assertion that the things seized are needed for a prosecution.

It is common ground here that the Charter, the supreme law of the land, has been breached. We cannot read subsection 24(1) as giving a discretion to hold that such breach may be overlooked in order to facilitate a simple prosecution for tax evasion or price maintenance.

We emphasize once again that our decision today deals only with the appropriate civil remedy for the acknowledged invasion of Charter-guaranteed rights. Nothing we say should be read as bearing in any way on whether the Crown can or should be allowed to re-seize the subject documents or to use them or the information they contain as evidence.

[74] I agree. An order requiring the return of all information, equipment and records seized from the Harkat residence as well as the destruction of any copies made thereof is the appropriate remedy for the infringement of

[73] Dans l'arrêt *Lagiorgia c. Canada*, [1987] 3 C.F. 28 (C.A.), une affaire lors de laquelle des documents avaient été saisis en violation de l'article 8 de la Charte, le juge Hugessen, alors juge à la Cour d'appel fédérale, a énoncé ce qui suit au nom de la Cour d'appel (aux pages 32 et 33) :

À notre sens, il serait difficile d'imaginer réparation plus appropriée de la saisie abusive et donc illégale de biens que d'ordonner la remise immédiate de ceux-ci à leur propriétaire légitime et à leur possesseur légal. Moins que cela serait nier le droit de la personne dépossédée et lui refuser la réparation prévue. La seule circonstance à laquelle nous songeons qui justifierait un tribunal de refuser une telle ordonnance serait l'illégalité de la possession initiale des biens saisis par la personne qui en a été dépossédée, comme par exemple dans le cas de drogues ou d'armes prohibées. Bien que cette éventualité puisse ne pas être la seule, il ne fait aucun doute pour nous que lorsque la Couronne tente, comme c'est le cas en l'espèce, de tirer profit d'une saisie interdite par la Charte, elle assume un fardeau très lourd (voir les arrêts *Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65; 9 D.L.R. (4th) 244; [1984] 12 C.C.C. (3d) 1 (C.A.); *Lefebvre c. Morin*, n° 200-10-000-174-83, C.A. de la province de Québec, en date du 4 février 1985, résumé à J.E. 85-366). En toute déférence pour les arrêts qui semblent exposer le point de vue opposé (*Re Dobney Foundry Ltd. v. A.G. Can.*, [1985] 3 W.W.R. 626; [1985] 19 C.C.C. (3d) 465 (C.A.B.-C.); *Re Mandel et al. and The Queen*, [1986] 25 C.C.C. (3d) 461 (H.C. Ont.)), nous ne croyons pas qu'il puisse être actuellement satisfait à ce fardeau par la simple assertion que les biens saisis sont nécessaires à une poursuite.

Il n'est pas contesté en l'espèce que la Charte, loi suprême du pays, a été violée. Nous ne pouvons interpréter le paragraphe 24(1) comme s'il accordait le pouvoir discrétionnaire de statuer qu'il peut être passé outre à une telle violation pour faciliter une simple poursuite pour fraude fiscale ou pour fixation du prix de revente.

Nous soulignons de nouveau que la décision que nous rendons aujourd'hui ne vise que le redressement civil approprié à la violation reconnue de droits garantis par la Charte. Rien de ce que nous disons ne doit s'interpréter comme ayant trait de quelque manière à la question de savoir si la Couronne peut ou devrait pouvoir saisir de nouveau les documents en cause ou les utiliser, ou les renseignements qu'ils contiennent, à titre d'éléments de preuve.

[74] Je suis d'accord. Une ordonnance exigeant la restitution de l'ensemble des documents, de l'équipement et des dossiers saisis chez les Harkat ainsi que la destruction de toute copie de ces objets constitue la

Mr. Harkat's right to be secure from unreasonable search and seizure.

[75] The breach of Mr. Harkat's Charter rights was significant. While the CBSA may not have acted in bad faith, they acted with disregard for the terms of the former order and the requirements of section 8 of the Charter.

[76] This Court cannot condone the type of intrusive search undertaken by the CBSA. Mr. Harkat may have a diminished expectation of privacy, but that does not give the state a carte blanche to unreasonably intrude on what privacy is left to him.

[77] If the CBSA has a valid concern about Mr. Harkat's compliance with the terms and conditions of his release (for example, the report which indicates that Mrs. Harkat failed to arm the alarm system while Mr. Harkat was alone in the residence) it should seek authorization of this Court to execute an authorized and minimally intrusive search.

[78] Some of the evidence adduced concerning the Harkats' compliance with the terms and conditions of Mr. Harkat's release gives rise to a concern, on the part of this Court that the conditions are not being fully complied with. The Court wishes to remind Mr. and Mrs. Harkat of the seriousness of their situation. The conditions of release must be respected at all times. We are all human, but when one has undertaken to abide by the terms of a Court order, one must remain ever vigilant that inattention does not lead to a breach.

[79] Finally, this Court recommends that the CBSA carefully review the discretion granted to them by this Court with a view to ensuring that any interpretation they may be using is based in common sense and a respect for the privacy rights, diminished though they may be, of Mr. Harkat.

réparation appropriée compte tenu de la violation du droit de M. Harkat d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

[75] Il s'agit d'une importante violation des droits de M. Harkat garantis par la Charte. Bien que l'ASFC n'ait sans doute pas agi de mauvaise foi, les mesures prises n'ont pas tenu compte des conditions établies par l'ancienne ordonnance ni des exigences fixées par l'article 8 de la Charte.

[76] La Cour ne peut tolérer le type de perquisition envahissante effectuée par l'ASFC. Bien que M. Harkat puisse avoir une attente limitée en matière de vie privée, il ne s'ensuit pas que l'État a carte blanche et peut, de façon abusive, porter atteinte au peu de vie privée qui lui reste.

[77] Si l'ASFC a des doutes légitimes quant au respect par M. Harkat des conditions de sa mise en liberté (vu, par exemple, le rapport qui révèle que M. Harkat a omis d'armer le système d'alarme alors qu'il était seul chez lui), elle doit s'adresser à la Cour pour pouvoir effectuer une perquisition autorisée et aussi peu envahissante que possible.

[78] Vu certains éléments de preuve déposés au sujet du respect par les Harkat des conditions de la mise en liberté de M. Harkat, la Cour doute que l'ensemble de ces conditions soit respecté. La Cour souhaite rappeler à M. et M^{me} Harkat la gravité de leur situation. Les conditions de la mise en liberté doivent être respectées en tout temps. Nous sommes tous humains, mais lorsqu'une personne s'est engagée à respecter les conditions d'une ordonnance de la Cour, elle doit toujours rester vigilante afin d'éviter qu'une erreur d'inattention ne mène à une violation de ces conditions.

[79] Enfin, la Cour recommande que l'ASFC examine attentivement le pouvoir discrétionnaire qui lui a été accordé par la Cour et qu'elle veille à ce que toute interprétation qu'elle en fait soit fondée sur le bon sens ainsi que sur le droit à la vie privée, aussi limité qu'il puisse être, de M. Harkat.

THEREFORE, THIS COURT ORDERS:

- That all information, items and records seized by the Canada Border Services Agency be returned to Mr. Harkat without delay.
- Any copies of such information, items and records are to be destroyed by the CBSA forthwith.

POUR CES MOTIFS, LA COUR ORDONNE que :

- Tout document, objet et dossier saisi par l'Agence des services frontaliers du Canada soit restitué à M. Harkat sans délai.
- Toute copie de tels documents, objets ou dossiers soit détruite par l'ASFC sur-le-champ.

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.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Security Certificate

Motion seeking cancellation of conditions of release because their continuation violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12, 15—Moving party detained under security certificate, subsequently released on strict conditions—Alternatively seeking variation of conditions pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 82(4)—Moving party asserting because he cannot be removed from Canada, indefinite conditions of release unhinged from certificate’s original purpose of determining inadmissibility, removal—Although Court previously finding no exceptional circumstances justifying deportation to face torture, not conclusive whether or not moving party may be removed at future date—No evidence conditions indefinite—Therefore no evidence that conditions becoming unhinged—Removing onerous conditions possible if continuation constituting cruel, unusual treatment, inconsistent with principles of fundamental justice—However, because conditions not indefinite, no basis for such finding—Regarding relief sought pursuant to IRPA, s. 82(4), identifying conditions proportionate to moving party’s current threat at issue—Moving party’s current conduct, beliefs, compliance with conditions helpful evidence—Also given credit for restoring good relationship with Canada Border Services Agency—Breaches of conditions must be seen in context of overall compliance—Length of detention, uncertain duration of conditions favouring moving party—Minister not showing that threat not attenuated since last review—Court satisfied conditions of release may be modified in some respects—Motion granted in part.

JABALLAH (RE) (DES-6-08, 2010 FC 507, Dawson J., judgment dated May 11, 2010, 91 pp.)

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Refugees

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Panel) determining applicant not Convention refugee, person in need of protection on ground state protection available to applicant—Panel not analysing applicant’s credibility or questioning plausibility of applicant’s account—Panel basing decision strictly on issue of availability of state protection—Issue whether reasonable for panel to analyse availability of state protection without first making finding as to applicant’s credibility, plausibility of applicant’s account, thus establishing precise factual context in which analysis could be done—Analysis of objective fear of persecution ordinarily to be done after analysis of subjective fear as particular context unique to each case often conclusive in objective analysis—No context unique to applicant established to guide analysis of availability of state protection—Such analysis not to become method of avoiding making determination concerning subjective fear—Each case *sui generis*, analysis of individual case to be carried out before concluding presumption of state protection not rebutted—Pragmatic reasons why Panel to follow this approach—If, after initial rejection by panel, new application under pre-removal risk assessment (PRRA) made, PRRA officer may have to grant status to applicant whose credibility, plausibility of applicant’s account,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

have never been analysed—Officer wishing to assess credibility where panel failed to do so must hold new hearing pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 167, leading to duplication of proceedings—Application allowed.

COBIAN FLORES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4831-09, 2010 FC 503, Mainville J., judgment dated May 10, 2010, 21 pp.)

Removal of Visitors

Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision applicant not subject to more than mere possibility of risk of persecution if returned to country of origin—Applicant, citizen of Guyana, arriving in Canada as visitor—Applying for permanent residence on humanitarian, compassionate considerations, requesting PRRA—PRRA officer ascribing low probative value, placing little weight on applicant's statement—Reviewing country conditions documentation—Simply quoting long extracts from country conditions without more may lead to conclusion that PRRA officer not carrying out proper risk analysis, ignoring pertinent information—PRRA officers minimally expected to analyse documentation with view of ascertaining if particular circumstances placing applicants at risk—However, applicants having obligation to provide PRRA officers with sufficient information for such analysis to have meaning—Simply setting out generalities about criminality, other conditions leaving PRRA officers with little material for carrying out personalized, contextualized risk analysis—Analysis of country conditions herein general, but largely attributable to applicant's failure to provide PRRA officer with material facts—Application dismissed.

RAM V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4784-09, 2010 FC 548, Mainville J., judgment dated May 18, 2010, 14 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board's (RPD) conclusion applicant excluded from claiming refugee status pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 98, *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b)—RPD having reasons to consider applicant committed serious non-political crime outside Canada prior to refugee status claim—However, charges upon which Minister seeking exclusion dismissed after victim recanted allegations—In proper context, RPD can rely upon indictment, arrest warrant for finding reasonable grounds of commission of serious crime outside Canada—Where rule of law prevailing, RPD can reasonably infer existence of reasonable, probable grounds for police, judicial investigative system in issuing warrant, laying charges—RPD must first be satisfied that issuing authority in foreign country respecting rule of law, not known for filing false charges for harassment, intimidation—Value of charges in such country greatly diminished after dismissal—Dismissal of charges herein *prima facie* evidence that crimes not committed—Minister must bring credible evidence of crime's commission or show that in circumstances, dismissal not affecting charge's foundation—RPD not careful in treating charges, dealing thoroughly with retraction—Charges not constituting credible, trustworthy evidence upon which RPD could base decision unless satisfied that victim's recantation not credible—Application allowed.

AREVALO PINEDA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5000-09, 2010 FC 454, Gauthier J., judgment dated April 26, 2010, 14 pp.)

Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board rejecting applicant's claim for protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 96—Applicant, citizen of St. Vincent and the Grenadines, sent to Canada by mother as result of continued sexual abuse by stepfather—RPD finding unavailability of state protection not demonstrated because applicant, as a minor, did not seek protection from authorities in St. Vincent and the Grenadines—Imposing obligation on sexually molested child to seek protection from authorities where her mother does not disturbing—RPD not explaining why favourable elements in country documentation outweighing negative parts—RPD failing to take into account unique circumstances of applicant with no family other than mother living with abusive stepfather—Application allowed.

JAMES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5039-09, 2010 FC 546, Mainville J., judgment dated May 18, 2010, 14 pp.)

COPYRIGHT

INFRINGEMENT

Judicial review of decision in which Copyright Board (Board) applied exception in *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 29, to offer made to consumers to preview excerpts of musical works—Debate concerning meaning of “research”, whether preview offer fair dealing for purpose of research within meaning of s. 29—Legislator choosing not to add restrictive qualifiers to “research” so that term could be applied to context in which used, maintaining proper balance between rights of copyright owners, users’ interests—Even if legal research as referred to in *CCH v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 formal in nature, not necessarily true for consumers of musical work—In that context, not unreasonable to give “research” its primary, ordinary meaning—Consumer searching for desired object, attempting to locate that object, wishing to ensure its authenticity, quality before obtaining it—Listening to previews of assistance in this investigation—Purpose being to assist consumer in seeking, finding desired musical work—Contextual interpretation applied by Board not unreasonable or in error—Application dismissed.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. BELL CANADA (A-514-07, 2010 FCA 123, Létourneau J.A., judgment dated May 14, 2010, 13 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeal from Tax Court of Canada decision (2009 TCC 272) construction of transit system separate supply to Province of Alberta for which City of Calgary (respondent) could claim input tax credits—Respondent entering into funding agreements with Province for construction of transit system, paying GST with respect to purchases made for construction—As provision of municipal transit system exempt supply under *Excise Tax Act*, R.C.S., 1985, c. E-15, respondent not entitled to input tax credits—Respondent taking position that construction of transit system separate, non-exempt supply—Tax Court finding that goods, services acquired by respondent in course of developing transit system acquired in course of respondent’s commercial activities, that supply of transit system to Province in exchange for funding was separate business which was not an exempt supply, consequently, that respondent entitled to claim input tax credit with respect to GST paid in connection with those goods, services—Proper interpretation of agreements not supporting view that respondent required to provide Province with transportation system—Error to construe agreements in such a way as to make respondent the Province’s general contractor for construction of municipal transit system—Agreements made in context of provincial legislation requiring respondent elaborate transportation plan—Province authorized to provide financial assistance—Agreements mechanism by which financial assistance administered, accountability for public funds maintained—While Tax Court Judge correct to find respondent’s activities under agreements constituting business, that business did not consist of making supply of transit facilities to Province—As such, argument Province recipient of supply because paying consideration for supply of municipal transit system based upon mistaken interpretation of respondent’s obligations under agreements—Appeal allowed.

CALGARY (CITY) v. CANADA (A-250-09, 2010 FCA 127, Pelletier J.A., judgment dated May 21, 2010, 24 pp.)

FEDERAL COURT OF APPEAL JURISDICTION

Appeal from Federal Court decision refusing to grant application for reconsideration of Deputy Judge decision pursuant to *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5) setting aside citizenship judge decision denying respondent’s citizenship application—Subsequent decision from same Deputy Judge one month later in same matter coming to opposite conclusion, thus prompting Minister’s motion for reconsideration—Respondent arguing that if, pursuant to Act, s. 14(6), Court precluded from hearing appeals from Federal Court decisions made under s. 14(5), it cannot have jurisdiction to hear appeals from Federal Court decisions reconsidering, refusing to reconsider these very decisions—As determined in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saji*, 2010 FCA 100, Court having jurisdiction if Federal Court decision sought to be appealed not disposing of, not related to ultimate question in citizenship appeal—Decision made to more efficiently determine ultimate question one which relates to ultimate question—Hence, by considering whether appeal would be productive, Federal Court decision clearly coming within this description—Court thus without jurisdiction to hear appeal—Appeal dismissed—*Per* Létourneau J.A. (concurring): Federal Court Judge committing three errors—Erring in determining that rendering of second decision by Federal Court not new “matter” within meaning of *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 399(2)—Also erring in concluding that r. 399(2)(a) not exception to *functus officio* principle—Finally, Judge making overly strict application of that principle.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. ARIF (A-432-09, 2010 FCA 157, Noël and Létourneau JJ.A., judgment dated June 10, 2010, 11 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial review of Minister of Health, Director General Therapeutics Products Directorate (Health Canada) decision refusing to grant applicant permission to market drug in Canada containing disulfiram—Disulfiram used in treating alcoholism, sold in Canada between 1949–2001—Respondent rejecting applicant’s new drug submission (NDS), drug identification number (DIN) applications because NDS requiring clinical trial, product containing disulfiram considered to be new drug pursuant as defined in *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.001(a)—Applicant asserting that disulfiram’s track record in Canada, millions of doses constituting “sufficient” time, quantity to make safety, efficacy self-evident—“Sufficient” in s. C.08.001 not meaning that passage of time, administration of many doses can dictate Minister’s satisfaction as to safety, efficacy—Implying standard that may be variable, depending on circumstances—Appropriate for respondents to make assessment whether time, quantity sufficient for determining safety, efficacy—DIN decision reasonable—*Hospira Healthcare Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 213 considered as to NDS decision—Court disagreeing with *Hospira* if determining s. C.08.002 requiring all NDS applications be accompanied by clinical test data—However, in agreement with *Hospira* if stating respondents acting reasonably, within scope of regulations, if asking clinical test data to satisfy themselves as to safety, efficacy of candidate drug—Respondents not making any analysis herein of applicant’s applications—NDS decision therefore unreasonable—Application in T-706-10 dismissed; application in T-1537-07 allowed.

WELLESLEY THERAPEUTICS INC. V. CANADA (HEALTH) (T-1537-07, T-706-10, 2010 FC 573, Hughes J., judgment dated May 28, 2010, 36 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding Government’s refusal to recognize professional nature of work by medical adjudicators in manner proportionate to recognition accorded to medical advisors discriminatory within meaning of *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act), ss. 7, 10—Medical adjudicators, advisors both assessing Canada Pension Plan disability claims—Both positions requiring medical knowledge—However, positions classified differently—Whether Tribunal erring in finding that *prima facie* case established under Act, ss. 7, 10; that Act, ss. 7, 10, 53 demanding employer offer proportionate pay for proportionate work—Clear Tribunal not relying solely on statistical evidence of professional occupational segregation—Thus not erring in concluding that evidence adduced sufficient in establishing *prima facie* case—Tribunal’s finding that essential nature, character of work performed by both groups same not inconsistent with differences in responsibilities, duties reasonable—Those differences not extensive enough to explain disparity in treatment between medical adjudicators, advisors—Government not providing reasonable, non-discriminatory explanation for different application of classification between both groups—Tribunal not purporting to impose obligation on employers to pay proportionate compensation for proportionate work—Rather, Tribunal concerned with Government failure to recognize professional nature of work by medical adjudicators in way that work of medical advisors recognized—Decision reasonable, falling within range of acceptable outcomes—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WALDEN (T-55-08, 2010 FC 490, Mactavish J., judgment dated May 4, 2010, 62 pp.)

Judicial review of Canadian Human Rights Commission decision dismissing applicant’s complaint—Investigation report recommending complaint be dismissed—Commission accepting recommendation on March 4, 2009, but applicant receiving letter dated March 12, 2009 informing him that complaint being referred to Canadian Human Rights Tribunal—Subsequent letter dated April 16, 2009 informing parties of error, advising that complaint would be resubmitted to Commission with recommendation that Commission reconsider decision, dismiss complaint—Whether Commission *functus officio*, without jurisdiction when purporting to correct mistake—If not, whether Commission erring in dismissing complaint—Administrative tribunal making final decision *functus officio* except where slip in drawing up decision, or error in expressing manifest intention of tribunal—Here, Commission making final decision on March 4, 2009—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 not permitting reconsideration of final decision—Reconsideration described in April 16, 2009 letter inappropriate, without jurisdiction, nullity—Commission ought to have informed parties of error in writing, corrected that error by notifying them of decision to dismiss complaint—Regarding dismissal, no requirement human rights investigator interview every witness proposed, identified by parties—Interview required where reasonable person would expect evidence useful to investigator in making determination would be gained as result of interview, or where witness may have information that could address significant fact which no one else could resolve—None of the witnesses, purported evidence meeting test herein—Investigator’s conclusions reasonable—Application dismissed.

TINNEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1521-09, 2010 FC 605, Zinn J., judgment dated June 3, 2010, 13 pp.)

INCOME TAX

Convention between Canada and the United States of America With Respect to Taxes on Income and on Capital—Appeal from Tax Court of Canada decision (2009 TCC 435) finding appellant not having “habitual abode” in United States for purposes of Convention, therefore required to pay income tax in Canada—Convention, Art. IV(2) setting out five tie-breaker rules for determining jurisdiction in which income tax is to be paid—Concept of “habitual abode”, set out at Convention, Art. IV(2)(c), involving notions of frequency, duration, regularity of stays that are more than transient, i.e. referring to stay of some substance in jurisdiction as matter of habit leading to conclusion that this jurisdiction where taxpayer usually living—Such interpretation consistent with French definition of “*habituelle*” as well as with commentary on Art. IV(2) found in Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) *Model Tax Convention on Income and on Capital*—Tax Court Judge finding that appellant regularly, normally, customarily living in Canada, not United States—Court in substantial agreement with those findings—Appeal dismissed.

LINGLE V. CANADA (A-418-09, 2010 FCA 152, Létourneau J.A., judgment dated June 10, 2010, 7 pp.)

CORPORATIONS

Appeal from Tax Court of Canada judgment (2009 TCC 118) dismissing appeal from reassessment—Issue whether *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 87(4) or 69(4) deeming appellant’s corporate predecessor to have realized taxable capital gain—Act containing number of provisions (referred to as “rollovers”) permitting taxpayer to defer recognition of capital gain on disposition of capital property if disposition occurring in certain circumstances—Act, s. 87(4) rollover provision applying to amalgamation of two or more taxable Canadian corporations—However, no rollover available to shareholder of predecessor corporation where certain conditions met (Act, s. 87(4)(b) exception)—As to Act, s. 64(4), denying corporation reduction in tax liability by deeming corporation’s proceeds of disposition to be fair market value of the property where corporation selling property for less than fair market value to or for benefit of shareholder—Appellant arguing these anti-avoidance provisions having no application herein—Tax Court Judge wrong to say that s. 87(4) exception designed to compel shareholder of predecessor corporation to act in its own interest and not for the benefit of related party such as controlling shareholder—S. 87(4) exception intended to deter taxpayer from using corporate amalgamation to shift part or all of value of predecessor corporation to amalgamated corporation if person related to taxpayer having direct, indirect interest in amalgamated corporation that will be enhanced by shift in value—Record not supporting Judge’s impression appellant’s predecessor’s (Old Husky) business objective not achievable without amalgamation—Even if amalgamation critical step in completion of contractual agreement that was particularly advantageous to Old Husky, not following that s. 87(4) exception could apply—Benefit contemplated by s. 87(4) exception must be all or part of shift in value represented by “gift portion”—That benefit cannot be tax savings resulting from amalgamation—Application of s. 87(4) exception in this case based on interpretation that its words cannot bear, inconsistent with its purpose—Reassessment at issue not justified by s. 87(4) exception—S. 87(4) trumping more general rule in s. 69(4)—Appeal allowed.

HUSKY OIL LIMITED V. CANADA (A-147-09, 2010 FCA 125, Sharlow J.A., judgment dated May 21, 2010, 26 pp.)

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision appellant unable to deduct support payments to former common law spouse because payments not receivable under written agreement pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 56.1(4)—Couple signing written separation agreement, then briefly reconciling before permanent separation—Whether reconciliation terminating earlier agreement so that payments after reconciliation not receivable under written agreement—Tax Court erring by relying on general common law rule that reconciliation terminating prior agreement—General common law rule not absolute—S. 54.1’s purpose of avoiding fraudulent arrangements, coupled with Parliament’s public policy of encouraging reconciliation, suggesting that taxpayer in appellant’s circumstances need not show clear, specific intent of continuing, binding agreement—Such burden too high—Taxpayer need only show that parties continuously acting under earlier written agreement, without material variation, such that agreement still describing their relationship—If shown, subsequent payments receivable under earlier written agreement—Facts in this case supporting finding parties continuing to act under earlier written agreement still describing relationship—Appeal allowed.

BROAD V. CANADA (A-624-08, 2010 FCA 146, Stratas J.A., judgment dated June 2, 2010, 8 pp.)

INCOME TAX—Concluded*Dividends*

Consolidated appeal from four Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions (2009 TCC 6, [2009] 4 C.T.C. 2127) ruling that disposition of shares by respondents not caught by *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 84(2)—Respondents reorganizing business affairs by incorporating 9000-8855 Québec Inc. (8855)—Engaging in share-for-share exchange with Le groupe Vidéotron Ltée (Vidéotron), pursuant to Act, s. 85.1(1)—Vidéotron becoming owner of 8855—Minister of National Revenue reassessing respondents, ruling that disposition of 8855 shares giving rise to deemed dividend under s. 84(2)—T.C.C. concluding that subordinated shares received by respondents newly issued, therefore those shares could never have been property of 8855—Whether T.C.C. erring in requiring that respondents receiving identical property in return for 8855 shares—In income tax law, legal nature of transaction paramount—Appellant not alleging sham or proceeding under Act, s. 245—Plain, ordinary meaning of s. 84 dispositive—S. 84(2) requiring appropriation or distribution of corporate assets—However, 8855 retaining entirety of assets until winding up by Vidéotron—No distribution or appropriation of 8855 property, therefore transaction not giving rise to deemed dividend—Appeal dismissed, Blais C.J., dissenting.

TREMBLAY V. CANADA (A-61-09, A-62-09, A-64-09, A-65-09, 2010 FCA 119, Trudel J.A. and Blais C.J., judgment dated May 12, 2010, 25 pp.)

PAROLE

Judicial review of National Parole Board Appeal Division decision upholding National Parole Board (Board) decision revoking applicant's day parole—Applicant, citizen of United Kingdom, to be deported upon being granted full parole—Board concluding *inter alia* that applicant's release plan insufficient to manage risk—Use of "society" in *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), "Canadian society" in *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, suggesting Parliament not limiting "society" as used in CCRA to "Canadian society"—Ignoring interests of foreign society in determining when to deport serious risk offender incompatible with nations' interests in promoting harmonious relations—Consideration of international interests influencing Parliament in establishing eligibility for full parole as earliest point in time at which offender removed from Canada—Those international interests, considered together with Parliament refraining from qualifying "society" in CCRA, both providing jurisdiction for Board in considering whether foreign offender's release plan sufficiently mitigating risk to foreign society—"Society" in CCRA including "any society"—Such interpretation consistent with Board obligation to consider all information relevant to case—Application dismissed.

SCOTT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-929-09, 2010 FC 496, Crampton J., judgment dated May 5, 2010, 28 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 494) dismissing appellant's action for damages under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations), s. 8—Judge finding 1993 (rather than 1998) version of Regulations applying to action, but that Regulations, s. 8 applicable at the time not triggered—Respondents successfully seeking in 1996 order prohibiting issuance of notice of compliance (NOC) to appellant with respect to naproxen slow release tablets until expiry of 1204671 patent ('671 patent)—That patent found to be invalid in 1999—However, Minister refusing to issue NOC to appellant on basis prohibition order continuing in effect—Appellant successfully seeking order setting aside prohibition order—This order foundation for appellant's claim for damages—NOC subsequently issued to appellant for naproxen slow release tablets—1998 version effecting number of changes to Regulations, including amendments to s. 8—1998 version of Regulations applying to proceedings which were pending at time it came into force—Judge determining that prohibition proceedings at issue herein not pending at relevant time within meaning of transitional provisions, 1993 version of Regulations thus applicable—Judge correctly interpreting transitional provisions—Court's inherent jurisdiction to set aside orders on basis of changed circumstances not intended to make prohibition proceedings permanently pending—Judge correctly interpreting 1993 version of Regulations—Under 1993 version, innovator commencing proceeding for prohibition order obtaining interlocutory injunction prohibiting issuance of NOC for up to 30 months—S. 8 intended to provide redress to generic where innovator failing to establish that generic's allegation of invalidity or non-infringement unjustified—Not intended to provide redress where innovator prevailing

PATENTS—Concluded

in prohibition proceeding, even if generic later successful in patent litigation—Not possible for appellant to reach back, apply finding of invalidity in action so as to argue '671 had expired with meaning of 1993 version of Regulations, s. 8—Appeal dismissed.

APOTEX INC V. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL INC. (A-238-09, 2010 FCA 155, Dawson J.A., judgment dated June 10, 2010, 15 pp.)

Judicial review seeking relief from Patent Office decision refusing request to reinstate abandoned patent application—Patent examiner issuing requisitions pursuant to *Patent Rules*, SOR/96-423, rr. 29, 30(2)—As applicants not replying, notices of abandonment issued by Patent Office—Issues whether r. 29 *ultra vires Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 73(1)(a), application deemed abandoned by operation of law or discretionary decision by Commissioner—R. 30(3), s. 73(1)(a) spelling out “good faith” notion, contrary to r. 29—However, r. 29 focussing on examiner’s requisition for further information, no room at this stage for good faith—Good faith coming into play only when assessing applicant’s reply, if reply sent—Hence, r. 29 consistent with s. 73(1)(a)—Consequences of not replying mandatory in nature—Neither Commissioner, Federal Court having jurisdiction to modify, set aside, ignore consequences—No discretion, judgment on part of Commissioner required—Application dismissed.

M-SYSTEMS FLASH DISK PIONERERS LTD. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-738-07, 2010 FC 441, de Montigny J., judgment dated April 23, 2010, 30 pp.)

PRACTICE**CLASS PROCEEDINGS**

Motion for directions seeking order setting agenda to hear, decide upon motion for certification as class proceeding pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 54—Plaintiffs requesting that defendants’ motion to dismiss action for lack of jurisdiction be heard, decided at same time as motion for certification as class proceeding—Unnecessary to choose between competing schools of thought on proper management of class action proceedings where court’s jurisdiction questioned—Order in which motions heard, decided within class action determined on case-by-case basis by taking into account circumstances, issues raised—Similarity between *Federal Court Rules*, SOR/98-106, rr. 221(1)(a), 334.16(1)(a) leading to conclusion lack of jurisdiction arguments may be determined either within hearing for certification or as separate matter on distinct motion prior to certification—In these circumstances, such issue falling under Federal Court’s discretionary authority to manage its proceedings—In this case, motion challenging jurisdiction should be heard prior to hearing of motion for certification.

RHODES V. COMPAGNIE AMWAY CANADA (T-1754-09, 2010 FC 498, Mainville J., judgment dated May 5, 2010, 13 pp.)

COSTS

Judicial review of alleged failure of respondents to allow applicant to commence claim for protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 99—Applicant, citizen of Nigeria, submitting affidavit in English without help from interpreter in support of application for leave, judicial review, but requesting interpreter for cross-examination at last minute—Whether respondents having to assume costs of interpreter in cross-examining applicant on affidavit if interpreter requested by applicant out of preference rather than necessity—Respondents could have submitted motion for deciding matter prior to cross-examination—However, proceeding instead to cross-examine with interpreter at own expense—In such circumstances, Court not inclined to grant costs for expenses that could have been avoided had motion been submitted—Application dismissed.

UWADIA V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-5439-08, 2010 FC 576, Mainville J., judgment dated May 26, 2010, 25 pp.)

PRIVACY

PERSONAL INFORMATION PROTECTION AND ELECTRONIC DOCUMENTS ACT

Damages—Application pursuant to *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 14, 16 in respect of report issued by Office of the Privacy Commissioner of Canada (Commission) flowing from complaint made to Commission by applicant—Dispute between parties relating to eviction proceedings leading to civil action, complaint over distribution of applicant’s medical information—Parties subsequently entering into settlement agreement, signing full, final release—Commission satisfied with actions taken by respondent following recommendations in report—However, applicant demanding compensation in relation to report—Relief under ss. 14, 16 pointless, vexatious—Court satisfied respondent taking Commission recommendation seriously, moving quickly to amend policies—Release enforceable, barring applicant from claiming damages under s. 16(c), granting respondent contractual immunity—Application entirely contravening words, intent of release, regardless of continuation of privacy complaint—Application dismissed.

ARCAND V. ABIWYN CO-OPERATIVE INC. (T-788-09, 2010 FC 529, O’Keefe J., judgment dated May 13, 2010, 22 pp.)

PUBLIC SERVICE

LABOUR RELATIONS

Judicial review of decision by arbitration board (arbitrator) incorporating Article pertaining to reimbursement of professional registration fees in collective agreement—Before arbitrator, applicant objecting to this clause on basis contravening *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2 (ERA), s. 393—Arbitrator refusing to address issue on basis mandate limited to terms of reference, which said nothing of the ERA’s application—Arbitrator wrongfully declining to exercise jurisdiction—Not open to arbitrator to decide not to apply mandatory legislative provisions—Proper recourse for Court to reach own decision rather than remitting matter back to adjudicator—ERA not prohibiting reimbursement of professional fees—Definition of “additional remuneration” in ERA not closed, extending not only to specific categories of payments, but also to payments “similar to” these categories—To constitute “additional remuneration” within meaning of ERA, s. 2, payment must be of same general nature, character as those enumerated in that provision—Payment stipulated in registration fees Article not of same general nature, character as allowance, bonus, differential, premium—It is a reimbursement, which is different from classes of payment discussed above representing additions to an employee’s basic pay—Reimbursement well-known, distinct type of payment—Had Parliament intended to cover such payment, it could easily have said so, but did not—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA (T-1191-09, 2010 FC 578, Tremblay-Lamer J., judgment dated May 27, 2010, 12 pp.)

PENSIONS

Judicial review of decision by Superannuation Pension Transition and Client Services of Public Works and Government Services Canada, requesting recovery of overpayment made to applicant—Applicant receiving pension benefits after termination of employment in 1999—Reinstated retroactively in 2002, receiving pensionable salary between 1999–2002—Assertion that pension benefits made during period in question not made in error narrow interpretation of *Public Service Superannuation Regulations*, SOR/93-450, s. 6—*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 29 clearly prohibiting receiving both pension benefit, pensionable salary for same period—Narrow reading of s. 6 as suggested by applicant frustrating that purpose—Benefits should have been terminated after applicant re-employed, thus payments made in error—No matter if no mistake made at that time—“In error” having broader meaning than “by mistake”—Application dismissed.

SCHENKMAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1650-07, 2010 FC 527, O’Keefe J., judgment dated May 13, 2010, 20 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded

PRACTICE

Judicial review of decision by Canadian Transportation Agency (CTA) denying grievance regarding policy used during dismissal—Issues proper standard of review, whether rescinded executive employment transition policy correctly applied to applicant—Court disagreeing with finding in *Peck v. Parks Canada*, 2009 FC 686 that case law concerning final level grievance decisions under *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22 (PSLRA) setting reasonableness as appropriate standard of review—Final level grievance tribunals determining too broad a range of grievances to be afforded same degree of deference—Reviewing court should compare nature of question raised with case law before reaching conclusion—Parliament not intending that subject to judicial review for unreasonableness, employer determining which set of terms, conditions governing employees—Lack of independent arbitrator strong indicator that final level grievance process to be afforded less deference—Weak privative clause in PSLRA for final level grievance consistent with legislator’s cautiousness—When guideline, policy, directive part of employment contract, grievance alleging employer breach under PSLRA entitled to correct final level grievance decision—Treasury Board not bound by Web site version of its policies—Treasury Board entitled to deviate from written policy—Lack of evidence regarding deviation in applicant’s case not substantive error—No evidence CTA using incorrect policy—Application dismissed.

APPLEBY-OSTROFF V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1913-08, 2010 FC 479, O’Keefe J., judgment dated May 3, 2010, 32 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.

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Santé et le directeur général de la Direction des produits thérapeutiques (Santé Canada) ont refusé de donner à la demanderesse la permission de commercialiser un médicament contenant du disulfirame au Canada—Le disulfirame est utilisé dans le traitement de l'alcoolisme, et a été vendu au Canada entre 1949 et 2001—Le défendeur a rejeté les demandes de présentation de drogue nouvelle (PDN) et de numéro d'identification du médicament (DIN) parce que la PDN nécessitait un essai clinique et que le produit contenant disulfirame était réputé être une drogue nouvelle au sens de l'art. C.08.001a) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 (le Règlement)—La demanderesse affirmait que les antécédents du disulfirame au Canada et les millions de doses signifiaient que le produit était utilisé depuis « assez longtemps » et en quantité « suffisante » pour que l'innocuité et l'efficacité soient évidentes—Les termes « assez longtemps » et « suffisante » à l'art. C.08.001 ne signifient pas que le passage du temps et l'administration de nombreuses doses peuvent dicter que le ministre est satisfait de l'innocuité et de l'efficacité—Ils veulent dire que la norme est variable, selon les circonstances—Il était indiqué pour le défendeur d'évaluer si le temps et la quantité suffisaient pour établir l'innocuité et l'efficacité—La décision relative au DIN était raisonnable—Examen de l'affaire *Hospira Healthcare Corporation c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 213 quant à la décision relative à la PDN—La Cour ne souscrivait pas à la décision rendue dans *Hospira* si celle-ci établissait que l'art. C.08.002 exige que toutes les demandes de PDN soient accompagnées de données d'essais cliniques—Cependant, elle souscrivait à la décision rendue dans *Hospira* si celle-ci précise que les défendeurs agissaient raisonnablement dans les limites des règlements s'ils demandent les données d'essais cliniques pour être convaincus de l'innocuité et de l'efficacité d'un médicament candidat—En l'espèce, les défendeurs ne se sont pas livrés à une analyse des demandes de la demanderesse—La décision relative à la PDN était donc déraisonnable—Demande dans le dossier T-706-10 rejetée; demande dans le dossier T-1537-07 accueillie.

WELLESLEY THERAPEUTICS INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-1537-07, T-706-10, 2010 CF 573, juge Hughes, jugement en date du 28 mai 2010, 36 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Appel de la décision de la Cour fédérale (2009 CF 494) rejetant l'action en dommages-intérêts de l'appelante en vertu de l'art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement)—Le juge a conclu que la version du Règlement de 1993 (plutôt que celle de 1998) s'appliquait à l'action, mais les faits ne donnaient pas lieu à l'application de l'art. 8 du Règlement qui avait alors cours—En 1996, les intimées ont demandé, et ont obtenu, une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité (AC) à l'appelante relativement à des comprimés de naproxène à libération lente jusqu'à l'expiration du brevet 1204671 (le brevet '671)—Ce brevet a été déclaré invalide en 1999—Cependant, le ministre a refusé de délivrer un AC à l'appelante au motif que l'ordonnance d'interdiction continuait à produire ses effets—L'appelante a sollicité et a obtenu une ordonnance annulant l'ordonnance d'interdiction—Cette ordonnance constitue le fondement de la demande en dommages-intérêts de l'appelante—Un AC a par la suite été délivré à l'appelante à l'égard de comprimés de naproxène à libération lente—La version de 1998 a apporté plusieurs modifications au Règlement, y compris des modifications à l'art. 8—La version du Règlement de 1998 s'applique aux instances qui étaient pendantes à sa date d'entrée en vigueur—Le juge a statué que la

BREVETS—Fin

procédure de prohibition en cause en l'espèce n'était pas pendante au moment pertinent au sens des dispositions transitoires; la version du Règlement de 1993 s'appliquait donc—Le juge a interprété les dispositions transitoires correctement—La compétence inhérente de la Cour pour annuler des ordonnances en raison de nouvelles circonstances n'a pas pour effet de faire en sorte que la procédure de prohibition soit pendante en permanence—La juge a interprété correctement la version du Règlement de 1993— Sous le régime de la version de 1993, l'innovateur qui intente une procédure en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction obtenait une injonction interlocutoire interdisant la délivrance d'un AC pendant un maximum de 30 mois—L'art. 8 a pour objet d'offrir réparation à un fabricant de médicaments génériques lorsque l'innovateur ne réussit pas à établir que l'allégation d'invalidité ou de non-contrefaçon n'était pas justifiée—Il n'a pas pour objet d'offrir réparation lorsque l'innovateur a gain de cause dans le cadre de la procédure de prohibition, même si le fabricant de médicaments génériques a ensuite gain de cause dans le cadre du litige en matière de brevets—L'appelante ne pouvait pas retourner en arrière et appliquer la conclusion d'invalidité à l'action pour soutenir que le brevet '671 avait expiré au sens de l'art. 8 de la version du Règlement de 1993—Appel rejeté.

APOTEX INC C. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL INC. (A-238-09, 2010 CAF 155, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2010, 15 p.)

Contrôle judiciaire sollicitant une mesure de redressement à l'égard de la décision par laquelle le Bureau des brevets a rejeté une requête en rétablissement d'une demande de brevet abandonnée—L'examineur de brevets d'invention a demandé des renseignements conformément aux règles 29 et 30(2) des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423—Comme la demanderesse ne répondait pas, le Bureau des brevets a délivré un avis de désistement—Il s'agissait de savoir si la règle 29 outrepassait l'art. 73(1)a) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 et si la demande était réputée avoir fait l'objet d'un désistement par opération de la loi ou par suite de la décision discrétionnaire du commissaire—La règle 30(3) et l'art. 73(1)a) exposent en détail la notion de « bonne foi », contrairement à la règle 29—Toutefois, la règle 29 s'attache à la demande de l'examineur pour obtenir d'autres renseignements, il n'y a pas de place à ce stade pour la notion de bonne foi—La bonne foi n'entre en jeu que dans le cadre de l'évaluation de la réponse, le cas échéant, du demandeur—La règle 29 est donc conforme à l'art. 73(1)a)—Les conséquences de la non-communication d'une réponse sont de nature obligatoire—Ni le commissaire ni la Cour fédérale n'a compétence pour modifier ou annuler les conséquences ou en faire abstraction—Aucun pouvoir discrétionnaire ni aucun jugement de la part du commissaire ne s'imposait—Demande rejetée.

M-SYSTEMS FLASH DISK PIONERERS LTD. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-738-07, 2010 CF 441, juge de Montigny, jugement en date du 23 avril 2010, 30 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Certificat de sécurité

Requête sollicitant l'annulation de conditions de la libération parce que leur maintien contrevenait aux art. 7, 9, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)— Le requérant avait été détenu conformément à un certificat de sécurité et avait par la suite été libéré selon des conditions strictes—Il a aussi demandé la modification des conditions en vertu de l'art. 82(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)—Le requérant affirmait que parce qu'il ne peut pas être renvoyé du Canada, les conditions indéfinies de la libération n'ont plus de lien avec l'objet initial du certificat, soit établir l'interdiction de territoire et le renvoi—Bien que la Cour ait statué auparavant qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie un renvoi qui exposerait une personne à un risque de torture, il ne peut être établi de façon définitive si le requérant sera renvoyé ou non à l'avenir—Aucun élément de preuve ne démontre que les conditions s'appliqueront indéfiniment—Par conséquent, aucun élément de preuve ne fait état d'une absence de lien—Il est possible de supprimer des conditions sévères si leur maintien constitue un traitement cruel ou inusité et est contraire aux principes de justice fondamentale—Cependant, parce que les conditions n'étaient pas indéfinies, cette conclusion n'était pas fondée—S'agissant du redressement sollicité en vertu de l'art. 82(4) de la LIPR, le point litigieux consistait à identifier les conditions qui étaient proportionnelles à la menace que pose actuellement le requérant—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

comportement et les croyances du requérant et son observation des conditions constituaient des éléments de preuve utiles—Il fallait reconnaître les efforts qu'il a déployés pour rétablir une bonne relation avec l'Agence des services frontaliers du Canada—Les manquements aux conditions doivent être examinés dans le contexte de l'observation générale—La durée de la détention et la durée incertaine des conditions favorisaient le requérant—Le ministre n'a pas établi que la menace n'a pas été atténuée depuis le dernier contrôle—La Cour était convaincue que les conditions de la libération pouvaient être modifiées à certains égards—Requête accueillie en partie.

JABALLAH (RE) (DES-6-08, 2010 CF 507, juge Dawson, jugement en date du 11 mai 2010, 91 p.)

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (le tribunal) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé la qualité de réfugié ou de personne à protéger au demandeur au motif que la protection de l'État d'origine s'offrait à lui—Le tribunal n'a pas analysé la crédibilité du demandeur ou mis en question la vraisemblance de son récit—Le tribunal a appuyé sa décision strictement sur la question de la disponibilité de la protection de l'État—Il s'agissait de savoir s'il était raisonnable pour le tribunal d'analyser la disponibilité de la protection de l'État avant de se prononcer sur la crédibilité du demandeur et la vraisemblance de son récit et ainsi établir un contexte factuel précis dans lequel l'analyse puisse s'effectuer—L'analyse de la crainte objective de persécution doit normalement se faire après l'analyse de la crainte subjective puisque le contexte particulier à chaque cas est souvent déterminant dans l'analyse objective—Aucun cadre propre au demandeur n'a été établi pour diriger l'analyse de la disponibilité de la protection de l'État—Cette dernière ne devrait pas devenir un moyen pour éviter de se prononcer sur la crainte subjective—Chaque cas est *sui generis* et une analyse du dossier particulier doit être effectuée avant de conclure que la présomption de la disponibilité de l'État n'a pas été réfutée—Il existe des motifs pragmatiques pour lesquels le tribunal devrait suivre une telle approche—Si, après le rejet initial du tribunal, il y a une nouvelle demande en vertu du processus d'examen des risques avant renvoi (ERAR), l'agent d'ERAR pourrait devoir accorder refuge à un demandeur dont la crédibilité et le caractère vraisemblable de son récit n'ont jamais été analysés—Si l'agent souhaite évaluer la crédibilité lorsque le tribunal a omis de le faire, il doit tenir une nouvelle audience en application de l'art. 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, ce qui conduirait à un dédoublement des enquêtes—Demande accueillie.

COBIAN FLORES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4831-09, 2010 CF 503, juge Mainville, jugement en date du 10 mai 2010, 21 p.)

Renvoi de visiteurs

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) portant que le demandeur ne serait pas exposé à plus qu'une simple possibilité d'être persécuté s'il était renvoyé vers son pays d'origine—Le demandeur, un citoyen du Guyana, est arrivé au Canada comme visiteur—Il a déposé une demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire, puis il a demandé un ERAR—L'agent d'ERAR a accordé une faible valeur probante et peu de poids à la déclaration du demandeur—Examen des documents portant sur la situation dans le pays en cause—La simple citation de longs passages de documents portant sur la situation d'un pays, sans plus, pourrait mener à la conclusion que l'agent d'ERAR n'a pas effectué une analyse des risques en bonne et due forme ou n'a pas tenu compte de renseignements pertinents—On s'attend à tout le moins à ce que les agents d'ERAR analysent de tels documents pour déterminer si la situation particulière des demandeurs les expose à des risques—Toutefois, il incombe aux demandeurs de fournir aux agents d'ERAR suffisamment de renseignements pour que l'analyse ait un certain sens—Un demandeur qui s'en tient à des généralités sur la criminalité ou d'autres conditions fournit à l'agent d'ERAR bien peu de matière pour réaliser une analyse des risques personnalisée et contextualisée—L'analyse de la situation du pays réalisée en l'espèce était très générale, mais cette situation était en grande partie attribuable à l'omission du demandeur de présenter à l'agent d'ERAR des faits substantiels—Demande rejetée.

RAM C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4784-09, 2010 CF 548, juge Mainville, jugement en date du 18 mai 2010, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la conclusion de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur ne pouvait demander l'asile en vertu de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 et de l'art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6—La SPR avait des motifs de croire que le demandeur avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada avant de demander l'asile—Cependant, les accusations que le ministre invoquait pour demander l'exclusion avaient été rejetées, la victime s'étant rétractée—Lorsque le contexte s'y prête, la SPR peut se fonder sur un acte d'accusation et un mandat d'arrestation pour conclure à l'existence de motifs raisonnables de penser que le demandeur a commis un crime grave à l'étranger—Lorsque la primauté du droit s'applique, la SPR peut raisonnablement déduire qu'il existe des motifs raisonnables et probables permettant à la police et au système d'enquête judiciaire de délivrer un mandat et de porter accusation—La SPR doit d'abord être convaincue que l'autorité compétente du pays étranger respecte la primauté du droit, qu'il ne s'agit pas d'un pays connu pour porter des accusations mensongères pour harceler ou intimider—La valeur des accusations dans un tel pays baisse considérablement après le rejet—Le rejet des accusations en l'espèce constitue une preuve suffisante à première vue démontrant que les crimes n'ont pas été commis—Le ministre doit produire des éléments de preuve crédibles faisant état de la perpétration du crime ou démontrer que, dans les circonstances, le rejet n'influe pas sur le fondement de l'accusation—La SPR n'a pas traité les accusations avec minutie et n'a pas examiné la rétractation sous tous ses angles—Les accusations ne constituaient pas des éléments de preuve crédibles et dignes de foi sur lesquels la SPR pouvait fonder sa décision, à moins d'être convaincue que la rétractation n'était pas crédible—Demande accueillie.

AREVALO PINEDA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5000-09, 2010 CF 454, juge Gauthier, jugement en date du 26 avril 2010, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse suivant l'art. 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La demanderesse, une citoyenne de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, a été envoyée au Canada par sa mère pour échapper aux agressions sexuelles répétées dont elle était victime aux mains de son beau-père—La SPR a conclu que l'absence de disponibilité de protection de l'État n'avait pas été établie parce que la demanderesse, en tant que mineure, n'avait pas demandé la protection des autorités de Saint-Vincent-et-les-Grenadines—Il est dérangeant d'imposer à une enfant qui est molestée sexuellement l'obligation de demander la protection aux autorités de l'État alors que sa mère elle-même ne le fait pas—La SPR n'a pas expliqué pourquoi les éléments favorables contenus dans les documents sur le pays l'emportaient sur les éléments défavorables—La SPR a omis de tenir compte de la situation unique de la demanderesse qui n'a d'autre famille que sa mère qui vit avec son beau-père violent—Demande accueillie.

JAMES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5039-09, 2010 CF 546, juge Mainville, jugement en date du 18 mai 2010, 14 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Appel de la décision de la Cour fédérale refusant d'accueillir la demande de réexamen de la décision du juge suppléant en vertu de l'art. 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, annulant la décision du juge de la citoyenneté, qui a rejeté la demande de citoyenneté—Une décision rendue un mois plus tard par le même juge suppléant dans la même affaire prévoyait une conclusion contraire, donnant ainsi lieu à la demande de réexamen du ministre—L'intimé affirmait que si l'art. 14(6) de la Loi empêche la Cour d'instruire des appels à l'encontre de décisions de la Cour fédérale rendues conformément à l'art. 14(5), la Cour ne peut pas avoir compétence pour connaître des appels à l'encontre de décisions de la Cour fédérale réexaminant ou refusant de réexaminer ces mêmes décisions—Comme il appert de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saji*, 2010 CAF 100, la Cour a compétence si la décision de la Cour fédérale qui est portée en appel ne tranche pas la question ultime visée par l'appel en matière de citoyenneté ou n'y est pas liée—La décision prononcée afin de trancher plus efficacement la question ultime en est une qui est liée à la question ultime—Donc, en se penchant sur la question de savoir si l'appel serait productif, la décision de la Cour fédérale est manifestement visée par cette description—La Cour n'a donc pas compétence pour

COMPÉTENCE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE—Fin

instruire l'appel—Appel rejeté—Le juge Létourneau, J.C.A. (motifs concourants) : Le juge de la Cour fédérale a commis trois erreurs—Il a commis une erreur en établissant que le prononcé de la deuxième décision par la Cour fédérale n'était pas des « faits » nouveaux au sens de la règle 399(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Il a aussi commis une erreur en statuant que la règle 399(2)a ne constitue pas une exception au principe de dessaisissement—Enfin, le juge a appliqué ce principe trop rigoureusement.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. ARIF (A-432-09, 2010 CAF 157, juges Noël et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2010, 11 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 272) portant que la construction d'un réseau de transport constituait une fourniture distincte à l'intention de la province d'Alberta à l'égard de laquelle la Ville de Calgary (l'intimée) pouvait réclamer des crédits de taxe sur les intrants—L'intimée a conclu des ententes de financement avec la province pour la construction du réseau de transport, versant la TPS à l'égard d'achats effectués en vue de la construction—Comme la fourniture d'un réseau de transport municipal constitue une fourniture exonérée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, l'intimée n'avait pas droit aux crédits de taxe sur les intrants—L'intimée a adopté la position selon laquelle la construction d'un réseau de transport est une fourniture distincte soumise à la taxe—La Cour de l'impôt a conclu que les biens et les services acquis par l'intimée dans le cadre de la mise au point du réseau de transport ont été acquis dans le cadre de ses activités commerciales, que la fourniture du réseau de transport à la province en échange du financement constituait une entreprise distincte qui n'était pas une fourniture exonérée et, en conséquence, que l'intimée avait le droit de réclamer des crédits de taxe sur les intrants relativement à la TPS versée à l'égard de ces biens et services—L'interprétation juste des ententes n'était pas la position selon laquelle l'intimée était tenue de fournir un réseau de transport à la province—Il était erroné d'interpréter les ententes de façon à ce que l'intimée soit l'entrepreneur général de la province pour la construction du réseau de transport municipal—Les ententes ont été conclues dans le contexte de lois provinciales obligeant l'intimée à concevoir un plan de transport—La province était autorisée à fournir une aide financière—Les ententes constituaient le mécanisme aux termes duquel l'aide financière a été gérée et grâce auquel l'obligation de rendre compte des deniers publics a été maintenue—Bien que le juge de la Cour de l'impôt ait conclu à juste titre que les activités de l'intimée aux termes des ententes constituaient des activités commerciales, ces activités ne consistaient pas à fournir des installations de transport à la province—Ainsi, l'argument selon lequel la province était le bénéficiaire de la fourniture parce qu'elle a versé une contrepartie pour la fourniture du réseau de transport municipal reposait sur une interprétation erronée des obligations de l'intimée issues des ententes—Appel accueilli.

CALGARY (VILLE) C. CANADA (A-250-09, 2010 CAF 127, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 21 mai 2010, 24 p.)

DROIT D'AUTEUR

VIOLATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur (Commission) a appliqué l'exception de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, en rapport avec l'offre d'écoutes préalables d'extraits d'œuvres musicales faite aux consommateurs—Le débat portait sur la signification du mot « recherche » et sur la question de savoir si l'offre d'écoutes préalables constitue une utilisation équitable à des fins de recherche au sens de l'art. 29—Le législateur a choisi de ne pas apposer de qualificatif restrictif sur le mot « recherche » afin d'adapter ce terme au contexte dans lequel il est utilisé et de maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs—Si la recherche juridique, comme dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, revêt un caractère formel et rigoureux, il n'en va pas de même pour les consommateurs d'une œuvre musicale—Dans un tel contexte, il n'est pas déraisonnable de donner au mot « recherche » son sens premier et usuel—Le consommateur est à la recherche d'un objet qu'il désire et s'efforce de trouver et dont il veut s'assurer de son authenticité et de sa qualité avant de se le procurer—L'écoute préalable contribue à cet effort—Elle permet au consommateur de mieux rechercher et trouver l'œuvre musicale qu'il désire—L'interprétation contextuelle faite par la Commission n'était pas erronée ou déraisonnable—Demande rejetée.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. BELL CANADA (A-514-07, 2010 CAF 123, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 14 mai 2010, 13 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que le refus du gouvernement de reconnaître la nature professionnelle du travail effectué par les évaluateurs médicaux proportionnellement à la reconnaissance professionnelle accordée au travail des conseillers médicaux constitue un acte discriminatoire au sens des art. 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi)—Les évaluateurs et les conseillers médicaux évaluent tous deux des demandes de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada—Les deux postes nécessitent des connaissances médicales—Cependant, les postes sont classés différemment—Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en statuant qu'une preuve *prima facie* avait été établie au sens des art. 7 et 10 de la Loi et que les art. 7 et 10 de la Loi exigent que l'employeur verse un salaire proportionnel pour un travail proportionnel—Il est clair que le Tribunal ne s'est pas appuyé uniquement sur des données statistiques relatives à la ségrégation professionnelle—Il n'avait donc pas commis d'erreur en concluant que la preuve produite suffisait à établir une preuve *prima facie*—La conclusion du Tribunal portant que la nature essentielle et le caractère du travail effectué par les deux groupes sont les mêmes n'était pas incompatible avec les écarts sur le plan des tâches et responsabilités et était raisonnable—Ces différences n'étaient pas assez marquées pour justifier l'écart de traitement entre les évaluateurs et les conseillers médicaux—Le gouvernement n'a pas fourni d'explication raisonnable et non discriminatoire quant à l'application divergente de la classification entre les deux groupes—Le Tribunal ne prétendait pas imposer aux employeurs l'obligation de verser une rémunération proportionnelle pour un travail proportionnel—Le Tribunal se préoccupait plutôt de l'omission du gouvernement de reconnaître la nature professionnelle du travail effectué par les évaluateurs médicaux de la même façon dont il reconnaissait le travail des conseillers médicaux—La décision était raisonnable et faisait partie des issues acceptables—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. WALDEN (T-55-08, 2010 CF 490, juge Mactavish, jugement en date du 4 mai 2010, 62 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne rejetant la plainte du demandeur— Dans son rapport, l'enquêteur recommandait le rejet de la plainte—La Commission a accepté la recommandation le 4 mars 2009, mais le demandeur a reçu une lettre datée du 12 mars 2009 l'informant que sa plainte avait été renvoyée au Tribunal canadien des droits de la personne—Une lettre ultérieure datée du 16 avril 2009 indiquait aux parties qu'il y avait eu une erreur et les avisait que la plainte serait déposée de nouveau auprès de la Commission, accompagnée d'une recommandation selon laquelle la Commission devrait revoir sa décision et selon laquelle la plainte devrait être rejetée—Il s'agissait de savoir si la Commission était dessaisie du dossier et dépourvue de compétence quand elle a voulu corriger son erreur—Si elle ne l'était pas, il s'agissait de savoir si la Commission avait commis une erreur en rejetant la plainte—Lorsqu'un tribunal administratif s'est prononcé de façon définitive, il est alors *functus officio*, sauf si un lapsus a été commis en rédigeant la décision ou il y a eu une erreur en exprimant l'intention manifeste du tribunal—En l'espèce, la Commission a rendu une décision définitive le 4 mars 2009—La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 ne permet pas à la Commission de revenir sur une décision définitive—Le nouvel examen décrit dans la lettre du 16 avril 2009 était inacceptable, la décision avait été rendue lorsque la Commission n'était plus compétente et la décision de réexamen était donc entachée de nullité—La Commission aurait dû informer les parties par écrit de l'erreur, puis la corriger en énonçant la décision de rejeter la plainte—S'agissant du rejet, l'enquêteur qui examine une plainte en matière de droits de la personne n'a pas l'obligation d'interroger tous les témoins proposés ou identifiés par les parties—Une entrevue s'avère nécessaire lorsqu'une personne raisonnable s'attendrait à ce que des éléments de preuve utilisés par l'enquêteur puissent être obtenus à l'occasion de cette entrevue ou lorsqu'un témoin possède des renseignements qui pourraient traiter d'un fait important et lorsque aucune autre personne pourrait résoudre ce fait—Aucun des témoins ni la preuve qu'ils auraient prétendument fournie ne satisfaisait au critère en l'espèce—Les conclusions de l'enquêteur étaient raisonnables—Demande rejetée.

TINNEY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1521-09, 2010 CF 605, juge Zinn, jugement en date du 3 juin 2010, 13 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision prise par le Secteur des pensions de retraite, du regroupement des pensions et des services à la clientèle de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada demandant le remboursement d'un trop-payé versé au demandeur—Le demandeur a commencé à recevoir des prestations de retraite après son congédiement en 1999—Il a été réintégré rétroactivement en 2002; il a reçu un salaire ouvrant droit à pension entre 1999 et 2002—Prétention selon laquelle les paiements

FONCTION PUBLIQUE—Fin

de prestations de retraite pendant la période en cause n'ont pas été versés par erreur; interprétation étroite de l'art. 6 du *Règlement sur la pension de la fonction publique*, DORS/93-450—L'art. 29 de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, prévoit clairement l'interdiction de recevoir une prestation de retraite et un salaire ouvrant droit à pension pendant la même période—Une interprétation aussi étroite de l'art. 6 que celle proposée par le demandeur en déjouerait l'objet—Les prestations auraient dû prendre fin lorsque le demandeur a été employé de nouveau; les paiements ont donc été versés par erreur—Il importe peu qu'aucune erreur n'ait été commise à l'époque—L'expression anglaise « *in error* » (par erreur) a un sens beaucoup plus vaste que l'expression « *by mistake* » (par méprise)—Demande rejetée.

SCHENKMAN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1650-07, 2010 CF 527, juge O'Keefe, jugement en date du 13 mai 2010, 20 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (OTC) a rejeté un grief concernant la politique invoquée dans le cadre du licenciement—Il s'agissait de savoir quelle était la bonne norme de contrôle et si la politique de transition dans la carrière pour les cadres de direction, qui a été abrogée, a été appliquée à juste titre à la demanderesse—La Cour ne souscrivait pas à la conclusion énoncée dans *Peck c. Parcs Canada*, 2009 CF 686 selon laquelle la jurisprudence relative aux décisions rendues au dernier palier de la procédure de grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (LRFP) fixe la raisonnable comme la norme de contrôle applicable—La gamme de griefs tranchés par le dernier palier des arbitres de grief est trop vaste pour bénéficier du même degré de retenue—L'instance révisionnelle devrait comparer la nature de la question soulevée à la jurisprudence avant de tirer une conclusion—L'intention du législateur n'était pas de permettre à l'employeur de fixer les conditions qui régissent les employés, sous réserve d'un contrôle de la raisonnable—L'absence d'un arbitre indépendant constitue un indice solide selon lequel le dernier palier de la procédure de grief doit faire l'objet d'une retenue moindre—La clause privative de faible portée de la LRFP quant au dernier palier est conforme à la prudence dont le législateur a fait preuve—Lorsque la ligne directrice, la politique ou la directive fait partie du contrat d'emploi, le grief selon lequel l'employeur manque à la LRFP devrait faire l'objet d'une décision correcte au dernier palier de la procédure de grief—Le Conseil du Trésor n'est pas lié par la version des ses politiques affichées sur son site Web—Le Conseil du Trésor a le droit de s'écarter de sa politique écrite—L'absence de preuve quant à l'écart dans l'affaire de la demanderesse ne constitue pas une erreur grave—Aucun élément de preuve ne démontrait que l'OTC avait appliqué la mauvaise politique—Demande rejetée.

APPLEBY-OSTROFF C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1913-08, 2010 CF 479, juge O'Keefe, jugement en date du 3 mai 2010, 32 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un conseil d'arbitrage (l'arbitre) a intégré à la convention collective un article sur le remboursement de frais d'inscription à un ordre professionnel—Devant l'arbitre, le demandeur s'est opposé à cette clause parce qu'elle contrevenait à l'article 393 de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, ch. 2 (la LCD)—L'arbitre a refusé de se pencher sur la question au motif que son mandat était limité au mandat présenté par le président, qui ne mentionnait rien à propos de l'application de la LCD—L'arbitre a refusé à tort d'exercer sa compétence—Il ne lui était pas loisible de décider de ne pas appliquer des dispositions législatives obligatoires—Le recours pertinent de la Cour consistait à rendre sa propre décision plutôt qu'à renvoyer l'affaire à l'arbitre—La LCD n'interdit pas le remboursement de la cotisation professionnelle—La définition de l'expression « rémunération additionnelle » dans la LCD n'est pas exhaustive et s'étend non seulement à des catégories précises de paiements, mais également à des paiements « semblables à » ces catégories—Pour constituer une « rémunération additionnelle » au sens de l'art. 2 de la LCD, un paiement doit posséder la même nature générale ou le même caractère général que ceux décrits dans cette disposition—Le paiement visé à l'article concernant les droits d'inscription ne possède pas la même nature générale ou le même caractère général qu'une allocation, un boni ou une prime—Il s'agit d'un remboursement, qui diffère des catégories de paiement susmentionnées, représentant toutes des ajouts au salaire de base d'un employé—Le remboursement est un type de paiement bien connu et distinct—Si le législateur avait voulu qu'il soit visé, il aurait pu facilement le dire, mais il ne l'a pas fait—Demande rejetée.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (T-1191-09, 2010 CF 578, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 27 mai 2010, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et la fortune—Appel à l'encontre de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 435) portant que l'appelant ne « séjourn[ait] pas de façon habituelle » aux États-Unis pour l'application de la Convention et qu'il était donc tenu de payer de l'impôt sur le revenu au Canada—L'art. IV(2) de la Convention énonce cinq règles de départage pour établir le territoire dans lequel l'impôt sur le revenu doit être versé—La notion de « séjourn[e] de façon habituelle » énoncée à l'art. IV(2)c) de la Convention met en jeu les notions de fréquence, de durée et de régularité de séjours qui sont plus que transitoires, faisant référence au fait de séjourner de façon habituelle pendant un certain temps dans un territoire et menant à la conclusion qu'il s'agit du territoire dans lequel le contribuable demeure habituellement—Cette interprétation est conforme à la définition française du terme « habituelle » ainsi qu'au commentaire relatif à l'art. IV(2) que l'on trouve dans le *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)—Le juge de la Cour de l'impôt a statué que l'appelant vivait régulièrement, normalement et habituellement au Canada, pas aux États-Unis—La Cour souscrivait pour l'essentiel à cette conclusion—Appel rejeté.

LINGLE C. CANADA (A-418-09, 2010 CAF 152, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2010, 7 p.)

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que l'appelant ne pouvait pas déduire les paiements de pension alimentaire versés à son ancienne conjointe de fait parce que les paiements n'étaient pas à recevoir aux termes de l'accord écrit selon l'art. 56.1(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Les conjoints ont signé un accord de séparation écrit, puis se sont réconciliés pendant quelque temps avant de se séparer définitivement—Il s'agissait de savoir si la réconciliation mettait fin à l'accord antérieur, de sorte que les paiements effectués après la réconciliation n'étaient pas à recevoir aux termes de l'accord écrit—La Cour de l'impôt a commis une erreur en invoquant la règle générale de common law selon laquelle la réconciliation met fin à l'accord antérieur—La règle générale de common law n'est pas absolue—L'objet énoncé à l'art. 54.1, soit de prévenir des ententes frauduleuses, de concert avec la politique gouvernementale du législateur qui consiste à encourager la réconciliation, donnent à penser qu'un contribuable dans la situation de l'appelant n'a pas à faire état d'une intention claire et expresse d'un accord continu et exécutoire—Ce fardeau est trop lourd—Le contribuable n'a qu'à démontrer que les parties agissaient continuellement selon l'accord écrit antérieur, sans modification d'importance, de sorte que l'accord reflétait encore leur relation—Si cela était établi, les paiements ultérieurs étaient à recevoir conformément à l'accord écrit antérieur—Les faits en l'espèce démontraient que les parties avaient continué à agir en conformité avec l'accord écrit antérieur, et que celui-ci reflétait toujours leur relation—Appel accueilli.

BROAD C. CANADA (A-624-08, 2010 CAF 146, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 2 juin 2010, 8 p.)

Dividendes

Appel consolidé à l'encontre de quatre décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2009 CCI 6) portant que la disposition d'actions par les intimés n'était pas visée par l'art. 84(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi)—Les intimés ont réorganisé des activités commerciales en constituant 9000-8855 Québec Inc. (8855)—Ils se sont livrés à un échange d'actions avec Le groupe Vidéotron Ltée (Vidéotron) en vertu de l'art. 85.1(1) de la Loi—Vidéotron est devenue propriétaire de 8855—Le Ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard des intimés, statuant que la disposition des actions de 8855 entraînait un dividende réputé suivant l'art. 84(2)—La C.C.I. a conclu que les actions subalternes reçues par les intimés étaient nouvellement émises et qu'elles ne pouvaient donc jamais avoir appartenu à 8855—Il s'agissait de savoir si la C.C.I. avait commis une erreur en exigeant que les intimés reçoivent des biens identiques en échange des actions de 8855—Dans le domaine du droit de l'impôt sur le revenu, la nature juridique de la transaction est primordiale—L'appelante n'affirmait pas qu'il s'agissait d'une opération trompe-l'œil ou d'une instance en vertu de l'art. 245 de la Loi—Le sens clair et ordinaire de l'art. 84 tranche la question—L'art. 84(2) exige qu'il y ait attribution ou distribution de l'actif de l'entreprise—Cependant, 8855 a conservé l'ensemble de l'actif jusqu'à ce qu'elle soit liquidée par Vidéotron—Comme il n'y a pas eu de distribution ou d'attribution des biens de 8855, la transaction n'entraînait donc pas de dividende réputé—Appel rejeté, le juge en chef Blais, dissident.

TREMBLAY C. CANADA (A-61-09, A-62-09, A-64-09, A-65-09, 2010 CAF 119, juge Trudel, J.C.A., et le juge en chef Blais, jugement en date du 12 mai 2010, 25 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

SOCIÉTÉS

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 118) a rejeté l'appel interjeté à l'encontre d'une nouvelle cotisation—Il s'agissait de savoir si l'art. 87(4) ou 69(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, s'appliquait de façon à ce que la société qui a remplacé l'appelante soit réputée avoir réalisé un gain en capital imposable—La Loi contient plusieurs dispositions (les dispositions sur le transfert libre d'impôt) permettant au contribuable de reporter la reconnaissance d'un gain en capital par suite de la disposition de biens en immobilisation si la disposition survient dans certaines circonstances—La disposition sur le transfert libre d'impôt prévue à l'art. 87(4) s'applique à la fusion d'au moins deux sociétés canadiennes imposables—Cependant, l'actionnaire d'une société remplacée ne peut se prévaloir d'un transfert libre d'impôt lorsque certaines conditions sont remplies (l'exception prévue à l'art. 87(4)*b*) de la Loi—S'agissant de l'art. 64(4) de la Loi, cette disposition empêche une société de réclamer une déduction au titre de la dette fiscale en considérant que le produit de disposition de la société correspondait à la juste valeur marchande du bien lorsque la société le vend à un prix inférieur à la juste valeur marchande à un actionnaire ou au profit d'un actionnaire—L'appelante soutenait que ces dispositions anti-évitement ne s'appliquaient pas en l'espèce—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu à tort que l'exception prévue à l'art. 87(4) était conçue pour contraindre l'actionnaire d'une société remplacée à agir dans son propre intérêt plutôt qu'au profit d'une personne liée, comme un actionnaire majoritaire—L'exception prévue à l'art. 87(4) a pour objet d'empêcher un contribuable d'utiliser une fusion de sociétés pour transférer tout ou partie de la valeur d'une société remplacée à la société issue de la fusion si la personne liée au contribuable a un intérêt direct ou indirect dans la société issue de la fusion qui bénéficiera de ce transfert—Le dossier n'était pas l'impression qu'avait le juge selon laquelle l'objectif commercial de la société remplacée par l'appelante (l'ancienne Husky) ne pouvait être atteint sans la fusion—Même si la fusion constituait une étape cruciale de la réalisation de l'entente contractuelle qui favorisait particulièrement l'ancienne Husky, il ne s'ensuivait pas que l'exception prévue à l'art. 87(4) pouvait s'appliquer—L'avantage envisagé par l'exception prévue à l'art. 87(4) doit correspondre à la totalité ou une partie du transfert de valeur représenté par la « partie donnée »—Cet avantage ne peut pas être l'épargne fiscale découlant de la fusion—L'application de l'exception prévue à l'art. 87(4) en l'espèce reposait sur une interprétation qui ne peut reposer sur son libellé et qui est contraire à son objet—L'exception prévue à l'art. 87(4) ne justifiait pas la nouvelle cotisation en cause—L'art. 87(4) l'emporte sur la règle plus générale énoncée à l'art. 69(4)—Appel accueilli.

HUSKY OIL LIMITED C. CANADA (A-147-09, 2010 CAF 125, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21 mai 2010, 26 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles confirmant la révocation par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) de la semi-liberté du demandeur—Le demandeur, un citoyen du Royaume-Uni, devait être expulsé au moment où il serait mis en liberté conditionnelle totale—La Commission a notamment conclu que le plan de libération du demandeur était insuffisant au chapitre de la gestion du risque—L'emploi du terme « société » dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC) et du terme « société canadienne » dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, donne à penser que le législateur n'a pas eu l'intention de limiter la portée du mot « société », tel qu'il est utilisé dans la LSCMLC, à la « société canadienne »—Ne pas tenir compte de l'intérêt d'un pays étranger pour décider s'il y a lieu d'expulser un délinquant qui pose un risque grave de récidive serait incompatible avec l'intérêt des nations à promouvoir des relations harmonieuses—La prise en compte des intérêts internationaux ont influencé le législateur et l'ont amené à faire de l'admissibilité à la libération conditionnelle totale le moment à partir duquel le délinquant peut être renvoyé du Canada—Ces intérêts internationaux, conjugués au fait que le législateur s'est abstenu de qualifier le mot « société » utilisé dans la LSCMLC, donnent à la Commission le pouvoir de se demander si le plan de libération du délinquant à l'étranger a pour effet d'atténuer suffisamment le risque qu'il représente pour la société étrangère—Le terme « société » dans la LSCMLC comprend « n'importe quelle société »—Cette interprétation est conforme à l'obligation de la Commission de tenir compte de toute l'information pertinente disponible—Demande rejetée.

SCOTT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-929-09, 2010 CF 496, juge Crampton, jugement en date du 5 mai 2010, 28 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Contrôle judiciaire de l'omission présumée des défendeurs de permettre à la demanderesse de présenter une demande d'asile en application de l'art. 99 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La demanderesse, une citoyenne du Nigeria, a produit un affidavit rédigé en anglais sans l'aide d'un interprète à l'appui de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, mais elle a demandé un interprète à la dernière minute pour son contre-interrogatoire—Il s'agissait de savoir si les défendeurs devaient assumer les coûts associés à l'interprète dans le cadre du contre-interrogatoire de la demanderesse relativement à son affidavit si la demanderesse a demandé l'aide d'un interprète par préférence plutôt que par nécessité—Les défendeurs auraient pu soumettre une requête pour trancher cette question avant le contre-interrogatoire—Cependant, ils ont procédé au contre-interrogatoire avec l'interprète qu'ils ont retenu à leurs frais—Dans ces circonstances, la Cour est peu disposée à accorder des dépens relativement à des frais qui auraient pu être évités si la requête avait été soumise—Demande rejetée.

UWADIA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-5439-08, 2010 CF 576, juge Mainville, jugement en date du 26 mai 2010, 25 p.)

RECOURS COLLECTIFS

Requête en vue d'obtenir des directives et une ordonnance établissant un calendrier pour que la Cour entende et tranche la requête pour faire autoriser une instance comme recours collectif conformément à la règle 54 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Les demanderesse réclamaient que la requête en radiation pour absence de compétence des défenderesses soit entendue et tranchée en même temps que leur requête en autorisation d'un recours collectif—Il n'était pas nécessaire de choisir entre des écoles de pensée concurrentes quant à la bonne manière de gérer une procédure de recours collectif lorsque la compétence de la cour de connaître de l'instance est remise en question—Il faut décider au cas par cas l'ordre dans lequel les requêtes seront entendues et tranchées dans le cadre d'un recours collectif eu égard aux circonstances en cause et aux questions soulevées—La similitude entre les règles 221(1)a) et 334.16(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 mène à la conclusion qu'il est possible de statuer sur les arguments quant à l'absence de compétence soit dans le contexte de l'audience concernant l'autorisation, soit à titre de question distincte devant faire l'objet d'une requête avant l'autorisation—Dans les circonstances, cette question relevait du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale de gérer ses propres procédures—En l'espèce, la requête dans laquelle la compétence était contestée devait être entendue avant la requête en autorisation du recours collectif.

RHODES C. COMPAGNIE AMWAY CANADA (T-1754-09, 2010 CF 498, juge Mainville, jugement en date du 5 mai 2010, 13 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

Dommages-intérêts—Demande présentée en application des art. 14 et 16 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, relativement à des rapports du Commissariat à la protection de la vie privée (le Commissariat) découlant d'une plainte dont la demanderesse a saisi le Commissariat—Le litige entre les parties découle des procédures d'éviction menant à une poursuite civile et à une plainte concernant la communication de renseignements médicaux de la demanderesse—Par la suite, les parties ont conclu une entente de règlement et ont signé une renonciation complète et définitive—Le Commissariat était satisfait des mesures prises par la défenderesse en réponse aux recommandations formulées dans le rapport—Toutefois, la demanderesse a exigé une indemnisation relativement au rapport—La réparation en vertu des art. 14 et 16 serait sans objet et vexatoire—La Cour était convaincue que la défenderesse a pris la recommandation du Commissariat au sérieux et a agi rapidement pour modifier ses politiques—La renonciation était exécutoire et fermait la porte à sa réclamation en dommages-intérêts en application de l'art. 16c) et conférait à la défenderesse une immunité contractuelle—La réclamation allait parfaitement à l'encontre du libellé et de l'intention de la renonciation malgré la continuation de la plainte en matière de vie privée—Demande rejetée.

ARCAND C. COOPÉRATIVE ABIWYN INC. (T-788-09, 2010 CF 529, juge O'Keefe, jugement en date du 13 mai 2010, 22 p.)