



---

**Federal Courts      Recueil des  
Reports              décisions des Cours  
                                 fédérales**

**2006, Vol. 1, Part 1**

**2006, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2006] 1 F.C.R., 3-186**

**Renvoi [2006] 1 R.C.F., 3-186**

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2006.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

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

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

## CONTENTS (Continued)

*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 Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.*

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

---

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

## CONTENTS

Digests ..... D-1

Appeals Noted ..... I

Canada (Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission) v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) ..... 53

RCMP—Police informer privilege—Appeal, cross-appeal from F.C. decision upholding RCMP Commissioner's refusal to disclose information to RCMP Public Complaints Commission on basis subject to police informer privilege—Complaint following search of complainant's property by RCMP, Ontario Provincial Police—Commission Chairperson requesting from Commissioner all materials relevant to complaint under RCMP's control, pursuant to Royal Canadian Mounted Police Act, s. 45.41(2)(b)—Information received not containing all relevant materials—Appellant seeking *mandamus* compelling compliance with Act, s. 45.41(2)(b), declaration Commissioner not capable of refusing disclosure—Act not conferring upon Chairperson power to access, examine information protected by police informer privilege—Police informer privilege legal rule of public order promoting efficiency in enforcement, implementation of criminal law—Informer's identity only revealed if disclosure of that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.*

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

---

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

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-1

Appels notés ..... I

Canada (Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada) c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) ..... 53

GRC—Privilège relatif aux indicateurs de police—Appel, appel incident interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant le refus du commissaire de la GRC de communiquer des renseignements à la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada au motif qu'ils sont assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police—La plainte a été déposée à la suite d'une fouille menée par la GRC et la Police provinciale de l'Ontario dans un bâtiment appartenant au plaignant—La présidente de la Commission a demandé au commissaire de lui transmettre tous les documents pertinents sous la responsabilité de la GRC selon l'art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada—Le recueil de documents reçu ne contenait pas tous les documents pertinents—L'appelante a sollicité un bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de se conformer à l'art. 45.41(2)(b) de la Loi qui lui incombe de communiquer tout document pertinent et a demandé un jugement déclaratoire à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

information necessary to enforce criminal law—Extending concept of “Crown” to Commission Chairperson, staff truncating privilege, jeopardizing its usefulness, existence—Appeal dismissed.

Practice—Parties—Standing—Cross-appeal re: appellant’s jurisdiction, capacity to bring application for judicial review of Commissioner’s refusal to disclose relevant material pursuant to RCMP Act, s. 45.41(2)(b)—RCMP Public Complaints Commission directly affected by refusal, needing legal means of ensuring compliance with Act—Capacity to initiate legal proceedings much more necessary than for Privacy Commissioner—Act, s. 45.41(2)(b) concerned with particular duty imposed on Commissioner in context of complaints investigation, not powers of Commission at public hearing—Nothing inappropriate with Commission seeking to enforce duty owed in public interest—Commission thus having jurisdiction, capacity to compel performance of duties imposed by Act, s. 45.41(2)(b)—Cross-appeal dismissed.

Criminal Justice—Evidence—Appeal from Federal Court decision upholding RCMP Commissioner’s refusal to disclose information to RCMP Public Complaints Commission on basis subject to police informer privilege—During review of complaint concerning RCMP search of private property, Commission requesting all relevant materials under Force’s control pursuant to RCMP Act, s. 45.41(2)(b)—Certain material provided by confidential informant missing from information provided—Origins, nature and scope of police informer privilege reviewed—S. 45.41(2)(b) not derogating from law of evidence regarding privilege—Act not conferring on Commission Chairperson or Commission power to access, examine information protected by police informer privilege—In context of police informer privilege, “Crown” narrowly construed to include persons directly involved in law enforcement.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cette fin—La Loi ne confère pas à la présidente de la Commission le pouvoir d’avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d’examiner ces renseignements—Le privilège relatif aux indicateurs de police est une règle juridique d’ordre public qui a pour objet de promouvoir l’application et la mise en œuvre efficaces des lois criminelles—L’identité d’un indicateur n’est révélée que si la divulgation de ce renseignement est nécessaire à l’exécution des lois criminelles—Élargir le terme « Couronne » de manière à inclure la présidente de la Commission et certains membres de son personnel serait porter atteinte au privilège et mettrait en péril son utilité, voire son existence—Appel rejeté.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Appel incident concernant la compétence et la qualité de l’appelante pour déposer une demande de contrôle judiciaire à l’égard du refus du commissaire de lui transmettre des renseignements en vertu de l’art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la GRC—La Commission des plaintes du public contre la GRC est directement touchée par le refus de transmettre, elle doit avoir juridiquement le pouvoir de faire respecter la Loi—Il est donc beaucoup plus nécessaire que la Commission ait qualité pour intenter une action en justice que le commissaire à la protection de la vie privée—L’art. 45.41(2)(b) de la Loi vise l’obligation qui incombe au commissaire dans le cadre d’une enquête sur une plainte et non pas les pouvoirs de la Commission pendant une audience publique—Il n’y a rien d’inopportun à ce que la Commission tente d’obliger le commissaire à s’acquitter de l’obligation qu’il a envers la Commission, dans l’intérêt du public—La Commission a donc compétence pour exiger l’exécution des fonctions du commissaire en vertu de l’art. 45.41(2)(b) de la Loi—Appel incident rejeté.

Justice criminelle et pénale—Preuve—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale confirmant le refus du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada de communiquer des renseignements à la Commission des plaintes du public contre la GRC au motif qu’ils sont assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police—Durant l’examen de la plainte concernant la fouille effectuée par la GRC dans une propriété privée, la Commission demande la transmission de tous les documents pertinents placés sous la responsabilité de la Gendarmerie royale du Canada en vertu de l’art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la GRC—Certains documents fournis par l’indicateur ne figuraient pas dans le recueil de documents fourni—Examen de l’origine, la nature et la portée du privilège relatif aux indicateurs de police—L’art. 45.41(2)(b) de la Loi ne prévoit aucune dérogation au droit de la preuve en matière de privilège—La Loi ne confère pas à la présidente de la Commission ou à la Commission le pouvoir d’avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d’examiner ces renseignements—Dans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### Chopra v. Canada (Treasury Board) (F.C.) . . . . . 105

Public Service—Labour Relations—Grievance—Judicial review of adjudicator's decision under Public Service Staff Relations Act dismissing applicant's grievance of five-day work suspension—Applicant, Health Canada microbiologist, veterinarian, making comments reported in media in fall 2001—Comments highly critical of Health Canada's decision to stockpile drugs to deal with bioterrorism threat—Following meetings with applicant to discuss issue, supervisor informing applicant conduct contrary to duty of loyalty to employer, imposing five-day work suspension—Adjudicator upholding suspension—Public servant owing employer duty of loyalty precluding comments adverse to, in favour of, perceived motives, values of government policy initiatives unless comments falling within exceptions established by S.C.C. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*—Adjudicator overstating principle in *Haydon v. Canada* by stating public servants wishing to criticize government having to attempt internal resolution first—Adjudicator also erring in stating public servant's statements generally having to be supported by evidence—These errors not crucial to determination nature of applicant's comments raising questions of impartiality, effectiveness as public servant—Inferences of fact re: tension between applicant, supervisor impeding work, impairing usefulness as public servant, not patently unreasonable—Assessment duty of loyalty breached not unreasonable—Application dismissed—Each party bearing own costs as issue raised one of continuing concern.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Limit on freedom of expression (Charter, s. 2(b)) imposed by duty of loyalty to employer acceptable limitation under Charter, s. 1 when that duty properly applied.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Standard of review—Decision on issues of law reviewable on standard

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police, il faut donner une définition étroite au terme « Couronne » pour ne viser que les personnes qui participent directement à l'exécution de la loi.

### Chopra c. Canada (Conseil du Trésor) (C.F.) . . . . . 105

Fonction publique—Relations du travail—Grief—Contrôle judiciaire d'une décision arbitrale rendue sous le régime de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, rejetant le grief par lequel le demandeur contestait une suspension de cinq jours—Le demandeur, microbiologiste et vétérinaire à Santé Canada, avait formulé des remarques rapportées par les médias à l'automne 2001—Ces remarques critiquaient vivement la décision de Santé Canada de stocker des médicaments en raison d'une menace de bioterrorisme—À la suite de discussions avec le demandeur, sa supérieure l'avait avisé que sa conduite enfreignait son obligation de loyauté envers l'employeur et lui avait infligé une suspension de cinq jours—L'arbitre a confirmé la suspension—L'obligation de loyauté du fonctionnaire envers son employeur lui interdit de formuler des remarques favorables ou défavorables aux motifs ou aux valeurs qui sous-tendent selon lui les politiques gouvernementales, à moins que ces remarques ne relèvent manifestement des exceptions définies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*—L'arbitre a outrepassé le principe formulé dans *Haydon c. Canada* en posant que les fonctionnaires qui souhaitent critiquer le gouvernement doivent au préalable essayer de régler le problème à l'interne—L'arbitre a aussi commis une erreur en posant que les déclarations des fonctionnaires doivent en règle générale être étayées de preuves—Ces erreurs n'ont pas influé de manière déterminante sur la conclusion selon laquelle la nature des remarques du demandeur mettait en question son impartialité et son efficacité en tant que fonctionnaire—Les inférences de fait selon lesquelles les tensions entre le demandeur et sa supérieure nuisaient au travail de celui-là et à son utilité en tant que fonctionnaire ne sont pas manifestement déraisonnables—La conclusion selon laquelle il y a eu manquement à l'obligation de loyauté n'est pas déraisonnable—Demande rejetée—Il a été ordonné que chacune des parties supporterait ses propres dépens, étant donné que la question en litige était toujours d'actualité.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La limite à la liberté d'expression (art. 2b) de la Charte) imposée par l'obligation de loyauté à l'employeur est une restriction acceptable sous le régime de l'article premier de la Charte si cette obligation est régulièrement appliquée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Norme de contrôle—La norme de contrôle applicable aux décisions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of correctness—For matters within Public Service Staff Relations Act adjudicator’s traditional jurisdiction, standard patent unreasonableness—Reasonableness standard for mixed fact/law question relating to applicant’s behaviour and disciplinary measure imposed—Procedural fairness—Fact applicant not cross-examined re: adjudicator’s credibility concerns unfortunate but issue not one on which decision rested.

### **Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 3**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of immigration officer’s Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 44(1) report applicant inadmissible for serious criminality, Minister’s delegate’s referral of applicant under IRPA, s. 44(2) for admissibility hearing, Immigration Division’s deportation order—Applicant permanent resident convicted, sentenced to 30 months’ imprisonment—Inadmissible pursuant to IRPA, s. 36(1)(a)—Immigration officer deciding to prepare IRPA, s. 44(1) report for Minister’s delegate setting out relevant facts re: inadmissibility—Minister’s delegate deciding, pursuant to IRPA, s. 44(2), report well founded, referring it to Immigration Division for admissibility hearing—Removal only outcome of such hearing for inadmissible person—Issue whether immigration officer, Minister’s delegate, having ability to consider factors other than applicant’s conviction when deciding whether to prepare report, refer it for hearing—Scope of discretion of immigration officer, Minister’s delegate broad enough for them to consider factors outlined in relevant sections of Department of Citizenship and Immigration Manual—Applications allowed—Question of general importance certified re: scope of discretion of immigration officer, Minister’s delegate under IRPA, s. 44.

Construction of Statutes—Applicant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 36(1)(a) on ground of serious criminality—IRPA, s. 44(1) allowing residual discretion in that officer may prepare report setting out relevant facts—Use of “may” confirming Parliament’s intent that even in cases of serious criminality, officer allowed some discretion—As to meaning of “relevant facts”, parliamentary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur des questions de droit est celle de la décision correcte—Pour les questions relevant de la compétence traditionnelle de l’arbitre sous le régime de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable —La norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit touchant la conduite du demandeur et la mesure disciplinaire dont il a fait l’objet est celle du caractère raisonnable—Équité procédurale—Il est regrettable que le demandeur n’ait pas été contre-interrogé au sujet de ses déclarations dont l’arbitre mettait en question la crédibilité, mais ce n’est pas là un point fondamental sur lequel reposait la décision de ce dernier.

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

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire du rapport prévu à l’art. 44(1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) suivant lequel le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité, du renvoi pour enquête signé par le représentant du ministre sous le régime de l’art. 44(2) de la LIPR et de la mesure d’expulsion prise par la Section de l’immigration—Le demandeur est un résident permanent qui a été condamné à 30 mois d’emprisonnement—Il est visé par l’interdiction de territoire prévue à l’art. 36(1)a) de la LIPR—L’agent d’immigration a décidé d’établir à l’intention du représentant du ministre le rapport circonstancié prévu à l’art. 44(1) relativement à l’interdiction de territoire—Le représentant du ministre a conclu au bien-fondé du rapport, sous le régime de l’art. 44(2) de la LIPR, et l’a déféré pour enquête à la Section de l’immigration—La seule issue possible d’une telle enquête pour les personnes interdites de territoire est l’expulsion—Se pose la question de savoir si l’agent d’immigration et le représentant du ministre sont autorisés à prendre en considération d’autres facteurs que la déclaration de culpabilité lorsqu’ils déterminent s’il y a lieu d’établir un rapport et de le déférer pour enquête—Leur pouvoir discrétionnaire est assez large pour leur permettre d’examiner les facteurs énumérés dans les passages pertinents du Guide du Ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration—Demande accueillie—Des questions de portée générale sont certifiées concernant la portée des pouvoirs discrétionnaires de l’agent d’immigration et du représentant du ministre sous le régime de l’art. 44 de la LIPR.

Interprétation des lois—Interdiction de territoire pour grande criminalité sous le régime de l’art. 36(1)a) de la LIPR—L’art. 44(1) de la LIPR confère un pouvoir discrétionnaire résiduel à l’agent d’immigration en prévoyant qu’il peut établir un rapport circonstancié—L’emploi du mot « peut » confirme l’intention du législateur que même en matière de grande criminalité l’agent exerce un certain pouvoir discrétionnaire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Committee proceedings, Department of Citizenship and Immigration (CIC) Manual indicative of CIC's view ss. 44(1) and (2) granting officer, Minister's delegate, broad discretion—Manuals, guidelines playing limited role in interpretation of legislation, but should be given some weight—Factors listed in Manual having some relevance to criminal conviction, connected to IRPA's purpose, related to assessment of whether person going to help enrich, strengthen social, cultural fabric of Canadian society—Balancing to be done against other objectives, but these objectives not automatically denying access to Canada to person with criminal conviction.

Administrative Law—Duty of fairness—Factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (S.C.C.) applied to determine duty of fairness owed under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 44(1) and (2)—Duty of fairness in case at bar requiring applicant be afforded right to make submissions orally or in writing and to obtain copy of report—Duty also requiring applicant be informed of purpose of interview—These things not done in case at bar—Question of general importance certified re: duty of fairness owed by immigration officer, Minister's delegate.

### **Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.)** ..... 141

Patents—Practice—Appeal from F.C.'s dismissal of application for order requiring Minister of Health to add two patents to patent register—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4 requiring patent list to be submitted at same time as notice of compliance (and consequently at same time as new drug submission)—Appellant submitting patent list when supplemental new drug submission filed to reflect new manufacturing site—Minister refusing to list patents—Appellant, relying on *Apotex v. Canada (Minister of Health)*, arguing "submission" in NOC Regulations, s. 4 meaning either new drug submission or supplemental new drug submission—Since *Apotex*, supplemental new drug submissions excluded from scope of NOC Regulations, s. 4 when made only because of name change—Same exclusion applying to change in manufacturing site—Principle for exclusion must be related to purpose of NOC Regulations, i.e. prevention of patent infringement—Change in name, manufacturing site, not relevant to potential infringement claim, thus outside scope of NOC Regulations, s. 4—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

—Quant à l'expression « rapport circonstancié », il appert des transcriptions des travaux du Comité parlementaire et du Guide du Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC) que selon CIC, les art. 44(1) et (2) confèrent un large pouvoir discrétionnaire à l'agent d'immigration et au représentant du ministre—Les guides et lignes directrices jouent un rôle restreint dans l'interprétation des lois, mais il faut leur donner un certain poids—Les facteurs énumérés dans le Guide ont un lien avec la déclaration de culpabilité et avec l'objet de la LIPR ainsi qu'avec l'évaluation de la question de savoir si l'intéressé est une personne susceptible d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel de la société canadienne—Il y a lieu de concilier ces objectifs avec les autres objectifs de la Loi, mais ces derniers n'ont pas pour effet d'interdire automatiquement l'accès au Canada à toute personne qui a fait l'objet d'une déclaration de culpabilité.

Droit administratif—Obligation d'agir équitablement—Les facteurs énoncés dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (C.S.C.) pouvaient servir à déterminer le contenu de l'obligation d'équité exigée par les art. 44(1) et (2) de la LIPR—L'obligation d'équité exigeait en l'espèce que le demandeur ait le droit de présenter des observations écrites ou orales et d'obtenir copie du rapport—Elle exigeait également qu'il soit informé de l'objet de la rencontre—Cela n'a pas été fait—Une question de portée générale est certifiée concernant l'obligation d'agir équitablement qu'assumaient l'agent d'immigration et le représentant du ministre.

### **Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.)** ..... 141

Brevets—Pratique—Appel d'une décision de la C.F. rejetant la demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé d'ajouter deux brevets au registre des brevets—L'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) exige que la liste de brevets soit soumise au moment du dépôt de l'avis de conformité (donc en même temps que la présentation de drogue nouvelle)—L'appelante a soumis sa liste de brevets lorsqu'elle a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle afin d'indiquer de nouvelles installations de fabrication—Le ministre a refusé d'inscrire les brevets au registre—S'appuyant sur *Apotex c. Canada (Ministre de la Santé)*, l'appelante a fait valoir que le terme « demande » à l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés peut désigner soit une présentation de drogue nouvelle, soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle—Depuis *Apotex*, les suppléments à la présentation de drogue nouvelle échappent à l'application de l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés lorsqu'ils sont déposés uniquement à cause d'un changement de la marque nominative—La même exclusion s'applique au changement

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Karia v. M.N.R. (F.C.)** ..... 172

Income Tax—Penalties—Judicial review of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) decision applicants not qualifying for Voluntary Disclosures Program (VDP)—VDP encouraging clients having deliberately omitted reporting, paying taxes to make voluntary disclosure—If CCRA finding disclosure satisfactory, Minister of National Revenue authorized, pursuant to Income Tax Act, s. 220(3.1), Excise Tax Act, s. 281.1, to waive, cancel penalties, interest—Applicants' residence, business searched by police in connection with fraud investigation, police mentioning might notify CCRA of failure to report income tax—Applicants' counsel advising CCRA of unnamed clients run-in with police, wish to make VDP disclosure—CCRA replying based on circumstances described, disclosure valid as presented, subject to new details coming to light—Also requesting names of clients for validity of voluntary disclosure to be confirmed—Subsequently advising applicants' counsel clients not qualifying for VDP because disclosure initiated based on knowledge of current enforcement activities, thus not voluntary as required by Income Tax Information Circular IC00-1R—Requirements of promissory estoppel met in case at bar—Information Circular, s. 6(a) creating promise, i.e. disclosure considered voluntary unless client having knowledge of audit, investigation—When read together, Information Circular, CCRA's reply to applicants's counsel invitation for applicants to make disclosure—Applicants entitled to assume further disclosures to be considered voluntary—By revealing identity, applicants acting to their detriment, respondent estopped from deciding matter on basis other than Information Circular, s. 6(a)—Respondent never addressing whether applicants making disclosure with knowledge of audit, investigation by authority with which CCRA having information exchange agreement—Fact CCRA believed information exchange agreement existing between it, police not determinative of matter—Applicants not expected to know, find out about agreement as Information Circular, s. 6(a) not including constructive knowledge—Obiter: Agreement in fact "information relationship" not meeting requirement of "information exchange agreement" in Information Circular, nor basic requirement of transparency—Applications allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des installations de fabrication—Le principe sur lequel est fondé l'exclusion doit être lié à l'objet du Règlement sur les médicaments brevetés, soit empêcher la contrefaçon de brevets —Le changement de la marque nominative ou des installations de fabrication ne peut avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet, et ne tombe donc pas sous le coup de l'application de l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés—Appel rejeté.

### **Karia c. M.R.N. (C.F.)** ..... 172

Impôt sur le revenu—Pénalités—Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) portant que les demandeurs n'étaient pas admissibles au Programme des divulgations volontaires (le PDV)—Le PDV encourage les clients qui ont délibérément omis de faire une déclaration et un paiement de taxes à procéder à une divulgation volontaire—Si l'ADRC juge la divulgation satisfaisante, le ministre du Revenu national est autorisé, en vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu et de l'art. 281.1 de la Loi sur la taxe d'accise, à renoncer aux pénalités et intérêts, ou à les annuler—Dans le cadre d'une enquête sur une fraude, la résidence et les locaux commerciaux des demandeurs ont fait l'objet d'une perquisition par la police, qui a mentionné qu'elle pourrait bien informer l'ADRC de leur omission de déclarer un revenu—L'avocat des demandeurs a fait savoir à l'ADRC que ses clients, qu'il n'identifiait pas, s'étaient heurtés à la police et souhaitaient faire une divulgation dans le cadre du PDV—L'ADRC a répondu que, compte tenu des circonstances dont il lui avait fait part, la divulgation était valide telle qu'elle était présentée, sous réserve de la découverte de nouveaux renseignements—Elle a également demandé que les noms des clients soient donnés pour que la validité de la divulgation volontaire puisse être confirmée—Elle a par la suite informé l'avocat des demandeurs que ses clients n'étaient pas admissibles au PDV parce que la divulgation avait été faite compte tenu de la connaissance de mesures d'exécution en cours, et n'était donc pas volontaire comme l'exige la circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu IC00-1R—Les conditions qui s'appliquent à la préclusion promissoire existent ici—L'art. 6a) de la circulaire d'information donne naissance à une promesse, c.-à-d. que la divulgation est considérée comme volontaire, sauf si le client est au courant d'une vérification ou d'une enquête—La lettre par laquelle l'ADRC a répondu à l'avocat des demandeurs, si elle est lue avec la circulaire d'information, constituait une invitation à procéder à la divulgation—Les demandeurs pouvaient à bon droit supposer que toute divulgation additionnelle serait considérée comme volontaire—En révélant leur identité, les demandeurs agissaient à leur détriment, et le défendeur ne pouvait trancher l'affaire sur une base autre que celle mentionnée à l'art. 6a) de la circulaire d'information—Le défendeur ne s'est jamais

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Laurentian Pilotage Authority v. Voyageur (The) (F.C.A.)** ..... 37

Maritime Law—Pilotage—Appeal from Federal Court’s dismissal of action claiming \$1,860,265.34 in unpaid pilotage charges on ship *Voyageur* between 1987 and 2002—Federal Court determining charges owing re: three years immediately before commencement of action not prescribed under three-year prescriptive period but dismissing action in entirety due to insufficiency of evidence—Pilotage Act, s. 44 providing pilotage charges payable by ship subject to compulsory pilotage except where Authority waiving compulsory pilotage—Agent of ship jointly and severally liable to pay charges under s. 42—Action against Gestion C.T.M.A. Inc., management company and sole shareholder of Navigation Madeleine Inc., dismissed—Not “agent of ship” within meaning of s. 42—Appellant having power under s. 20(1)(c) to make regulations regarding waiver of compulsory pilotage charges—“Waiver” within meaning of Act, s. 44 significant exception and only existing in circumstances prescribed in regulations made under s. 20(1)(c)—Defence of waiver of compulsory pilotage charges based on exchange of letters suggesting *Voyageur* not subject to compulsory pilotage except in emergency, distress situations—Appellant must know ship subject to compulsory pilotage to grant waiver—No reason for appellant to exempt *Voyageur* from charges since thinking ship not subject to compulsory pilotage—Federal Court finding exchange of correspondence between appellant, pilots and pilots’ associations regarding use of pilotage services perpetuating misunderstanding over ship’s actual net tonnage—Parties convinced *Voyageur* not subject to compulsory pilotage regardless of context of exchange of correspondence.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demandé si, en faisant leur divulgation, les demandeurs étaient au courant d’une vérification ou d’une enquête effectuée par des autorités pour lesquelles des ententes d’échanges d’informations avec l’ADRC existaient—Le fait que l’ADRC ait cru qu’il existait une entente d’échanges d’informations entre elle et la police n’était pas déterminant—Les demandeurs ne devaient pas être au courant de l’existence d’une entente ou avoir découvert qu’une entente existait puisque la connaissance dont il est question à l’art. 6a) de la circulaire d’information ne comprend pas la connaissance par interprétation—Remarque incidente : L’entente consistait en fait en une « relation informelle » qui ne satisfait pas à l’exigence voulant qu’il y ait « une entente d’échanges d’informations » énoncée dans la circulaire d’information, ni aux exigences fondamentales de transparence—Demandes accueillies.

### **Administration de pilotage des Laurentides c. Voyageur (Le) (C.A.F.)** ..... 37

Droit maritime—Pilotage—Appel d’une décision de la Cour fédérale qui a rejeté l’action réclamant 1 860 265,34 \$ en droits de pilotage pour le navire *Voyageur* entre 1987 et 2002—La Cour fédérale a décidé que les droits dus relativement aux trois dernières années précédant immédiatement l’introduction de l’action n’étaient pas prescrits selon la période de prescription de trois ans mais elle a rejeté l’action dans sa totalité en raison d’une insuffisance de preuve—L’art. 44 de la Loi sur le pilotage prévoit que des droits de pilotages sont payables par le navire assujéti au pilotage obligatoire, sauf si une administration le dispense du pilotage obligatoire—L’agent du navire est solidairement responsable du paiement des droits en vertu de l’art. 42—L’action contre Gestion C.T.M.A. Inc., société de gestion qui est l’unique actionnaire de Navigation Madeleine Inc., est rejetée—Elle n’est pas « l’agent d’un navire » au sens de l’art. 42—L’appelante a le pouvoir, en vertu de l’art. 20(1)(c), de prendre des règlements généraux concernant la dispense des droits relatifs au pilotage obligatoire—Le terme « dispense » au sens de l’art. 44 constitue une exception importante et elle n’existe que dans les cas prévus dans les règlements adoptés en vertu de l’art. 20(1)(c)—La défense de dispense de droits relatifs au pilotage obligatoire est fondée sur un échange de lettres donnant à penser que le *Voyageur* n’est pas assujéti au pilotage obligatoire, sauf s’il y a urgence ou détresse—L’appelante doit savoir qu’un navire est assujéti au pilotage obligatoire pour accorder une dispense—L’appelante n’avait pas de raison de dispenser le *Voyageur* des droits puisqu’elle pensait qu’il n’était pas assujéti au pilotage obligatoire—La Cour fédérale a conclu que l’échange de lettres entre l’appelante, les pilotes et les associations de pilotes concernant l’emploi des services de pilotage a perpétué un malentendu au sujet de la jauge nette du navire—Les parties étaient convaincues que le *Voyageur*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Civil Code—Civil Code of Québec, Art. 2904 suspending prescription if impossible for person to act—Federal Court concluding appellant not demonstrating impossible for it to determine true net tonnage of ship *Voyageur* owing to respondents' negligence—Exchange of correspondence between appellant and respondents regarding ship's use of pilotage services indicating appellant satisfied *Voyageur* not subject to compulsory pilotage decisive factor in Court's conclusion—No evidence respondents engaging in deceitful manoeuvres to conceal ship's actual net tonnage—Respondents' "fault" in failing to pay charges not to be confused with "fault" leading to suspension of prescription under Art. 2904—Art. 2925 providing for prescription of action to enforce "personal right"—"Personal right" consisting of person's ability to require from another person advantage that is subject-matter of obligation—Personal right customarily referred to as "claim" and obligation as "debt"—Nature of "personal right" not altered by source (i.e. statutory, regulatory, contractual, customary)—Pilotage Act, s. 44 regarding payment of penalty not falling outside scope of Art. 2925 C.C.Q.—Applicable prescriptive period of action three years—Pilotage charges owing beyond three years before commencement of action prescribed.

### **Shafi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 129

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of dismissal of applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) application—Refugee Protection Division (RPD) dismissing applicant's refugee claim on basis not credible re: claimed nationality—RPD so concluding despite granting applicant's sister refugee status a few years before—PRRA officer finding evidence presented by applicant not new evidence pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 113(a), not establishing applicant's nationality—Act, s. 113(a) providing only new evidence PRRA applicant not reasonably expected to have presented at time of rejection by RPD may be presented—Here, affidavits, letter submitted by applicant re: nationality, clan/tribe membership not necessary before RPD in view of RPD's previous findings re: sister—PRRA officer's conclusion evidence not new evidence in accordance with Act, s. 113(a) unreasonable—As to applicant's national identity, PRRA officer finding applicant, witnesses not credible—Act, s. 113(b), Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 167 creating presumption

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

n'était pas assujéti au pilotage obligatoire, sans égard au contexte de l'échange de lettres.

Code civil—L'art. 2904 du Code civil du Québec suspend la prescription si la personne est dans l'impossibilité d'agir—La Cour fédérale a conclu que l'appelante n'avait pas démontré qu'il lui avait été impossible de découvrir la vraie jauge nette du navire *Voyageur* en raison de la faute des intimés—L'échange de correspondance entre l'appelante et les intimés concernant l'emploi des services de pilotage qui indique que l'appelante était convaincue que le *Voyageur* n'était pas assujéti au pilotage obligatoire était un facteur déterminant dans la conclusion de la Cour—Il n'y avait aucune preuve que les intimés se sont livrés à des manœuvres dolosives pour camoufler la jauge nette réelle du navire—La « faute » des intimés de ne pas payer les droits ne doit pas être confondue avec la « faute » menant à la suspension de la prescription en vertu de l'art. 2904—L'art. 2925 prévoit une prescription pour l'action qui tend à faire valoir un « droit personnel »—Le « droit personnel » est la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une autre personne lui procure un avantage qui fait l'objet de l'obligation—Il est habituel d'appeler le droit personnel une « créance » et l'obligation une « dette »—La nature du « droit personnel » n'est pas modifiée par sa source (c.-à-d. législative, réglementaire, contractuelle ou coutumière)—L'art. 44 de la Loi sur le pilotage concernant le paiement d'une pénalité n'échappe pas à l'emprise de l'art. 2925 C.c.Q.—La prescription applicable est celle de trois ans—Les droits de pilotages dus au-delà de trois ans avant l'introduction de l'action sont prescrits.

### **Shafi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)** ..... 129

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire du rejet de la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) présentée par la demanderesse—La Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté la demande d'asile de la demanderesse après avoir conclu que son assertion quant à sa nationalité n'était pas digne de foi—La SPR est parvenue à cette conclusion bien qu'elle eût reconnu à la sœur de la demanderesse le statut de réfugiée quelques années plus tôt—L'agente d'ERAR a conclu que la preuve produite par la demanderesse ne constituait pas une « preuve nouvelle » conformément à l'art. 113(a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, et n'établissait pas la nationalité de la demanderesse—Selon l'art. 113(a), le demandeur ne peut présenter que des éléments de preuve à l'égard desquels il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet—En l'espèce, les affidavits et la lettre présentés par la demanderesse afin d'établir sa nationalité et son appartenance au clan ou à la tribu n'étaient pas nécessaires devant la SPR vu les conclusions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

in favour of oral hearing when enumerated factors arising—Here, officer embarking on independent research, reaching conclusions without allowing applicant to address results—Failure to conduct oral hearing breach of principle of natural justice, fairness—Negative inference re: filing of letter instead of affidavit, failure to consider other sources of national identity, conclusions based on independent research all patently unreasonable—Application allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Principles of natural justice and fairness—Immigration and Refugee Protection Act, s. 113(b), Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 167 creating presumption in favour of oral hearing when enumerated factors arising—That presumption becoming obligation where decision maker embarking on independent research, rejecting applicant's submissions based on research results without giving applicant opportunity to address those results—Failure to conduct oral hearing breach of principle of natural justice, fairness.

### **Trans-Pacific Shipping Co. v. Atlantic & Orient Shipping Corp. (BVI) (F.C.) . . . . . 154**

Judges and Courts—Prothonotaries—Motion for order declaring Prothonotary's order null and void, of no force and effect—Foreign judgment granted in England by arbitral tribunal appointed under charter party agreement—Prothonotary granting application under former Federal Court Rules, 1998, s. 327 for order registering foreign judgment on *ex parte* basis, authorizing issuance of writ of execution—Bunkers on board respondent's ship seized—Writ of execution stayed upon posting of security held in trust—Subsequently Federal Court of Appeal concluding in *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine* prothonotary not having jurisdiction under Rules to determine applications to register foreign judgments—Federal Court of Appeal judgment binding—Motion allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

antérieures de la SPR sur la scur—La conclusion tirée par l'agente d'ERAR que les preuves nouvelles ne remplissaient pas les conditions de l'art. 113a) de la Loi était déraisonnable—Quant à la nationalité de la demanderesse, l'agente d'ERAR a conclu que la demanderesse et ses témoins n'étaient pas crédibles—L'art. 113b) de la Loi et l'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs qui y sont énumérés sont présents—En l'espèce, l'agente a entrepris des recherches indépendantes et tiré des conclusions mais n'a pas permis à la demanderesse de se faire entendre à ce sujet—Le défaut de tenir une audience constitue une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité—Étaient manifestement déraisonnables l'inférence défavorable tirée du fait qu'un témoin avait déposé par lettre et non par affidavit, la décision de l'agente de ne pas chercher à savoir s'il existait une autre preuve de nationalité et ses conclusions tirées de recherches indépendantes—Demande accueillie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Principes de justice naturelle et d'équité—L'art. 113b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs qui y sont énumérés sont présents—Cette présomption a valeur d'obligation lorsque l'autorité administrative engage des recherches indépendantes et, se fondant sur ces recherches, tire des conclusions défavorables à l'égard des prétentions de la demanderesse sans lui avoir permis de se faire entendre au sujet de ces recherches—Le défaut de tenir une audience était une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité.

### **Trans-Pacific Shipping Co. c. Atlantic & Orient Shipping Corp. (BVI) (C.F.) . . . . . 154**

Juges et tribunaux—Protonotaires—Requête en vue d'obtenir une ordonnance déclarant l'ordonnance du protonotaire nulle et non avenue—Jugement étranger rendu en Angleterre par un tribunal d'arbitrage désigné conformément à un contrat de charte-partie—Conformément à l'art. 327 des anciennes Règles de la Cour fédérale (1998), un protonotaire a accueilli sur une base *ex parte* la demande d'ordonnance portant enregistrement d'un jugement étranger et autorisant la délivrance d'un bref de saisie-exécution—Les soutes qui se trouvaient à bord du navire de la défenderesse ont été saisies—L'exécution du bref a été suspendue pourvu qu'un cautionnement soit déposé et détenu en fidéicommis—La Cour d'appel fédérale a subséquentement conclu, dans l'arrêt *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, qu'un protonotaire n'a pas compétence en vertu des Règles pour trancher les demandes d'enregistrement de jugements étrangers—Le jugement de la Cour d'appel fédérale lie la Cour fédérale—Requête accueillie.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Practice—Judgment and Orders—Prothonotary making *ex parte* order for registration, recognition of foreign judgment—Under s. 329(1), affidavit supporting registration request must be accompanied by exemplified or certified copy of foreign judgment—In present case, final award simply document signed by two men before witnesses—Affiant, applicant’s legal representative, attesting to accuracy of copy of arbitral award—Affidavit also containing statement deponent having no knowledge of impediment to registration, recognition or enforcement of arbitration award—Evidence based on information and belief accepted since respondents not challenging accuracy of hearsay information, not requesting cross-examination—Purpose of s. 329(1) to ensure Court only recognizing and enforcing valid, enforceable foreign judgments—Arbitral award complying with requirements of s. 329(1) and order issued for registration, recognition—S. 392(2) providing for issuance of orders *nunc pro tunc*—Order generally effective from time order endorsed, signed or made—Court having discretion to make order registering foreign judgment on *nunc pro tunc* basis—Case law establishing principle no one ought to be prejudiced by act of Court—If registration of arbitral award not antedated, applicant suffering prejudice from Court’s failure to communicate relevant information before assigning application to prothonotary.

## SOMMAIRE (Fin)

Pratique—Jugement et ordonnances—Un protonotaire a rendu une ordonnance *ex parte* portant enregistrement et reconnaissance d’un jugement étranger—Selon l’art. 329(1), l’affidavit à l’appui de la demande d’enregistrement doit être accompagné d’une copie certifiée conforme ou authentifiée du jugement étranger—Dans la présente affaire, la sentence finale est simplement un document signé par deux messieurs devant témoins—Dans son affidavit, le déposant, qui était le représentant personnel de la demanderesse, a attesté l’exactitude d’une copie de la sentence arbitrale et déclaré qu’il ne connaissait aucun obstacle à l’enregistrement, à la reconnaissance et à l’exécution de la sentence arbitrale—La preuve fondée sur des renseignements tenus pour avérés était acceptée, parce que les défenderesses n’ont pas contesté l’exactitude de la preuve par oui-dire ni demandé de contre-interrogatoire—L’objet de l’art. 329(1) est de veiller à ce que la Cour reconnaisse et exécute uniquement les jugements étrangers valides et opposables—La sentence arbitrale respecte les exigences de l’art. 329(1) et une ordonnance portant enregistrement et reconnaissance de ladite sentence a été rendue—L’art. 392(2) permet de délivrer des ordonnances avec effet rétroactif—Une ordonnance prend généralement effet au moment où elle est consignée, signée ou rendue—La Cour fédérale possède le pouvoir discrétionnaire voulu pour rendre une ordonnance portant enregistrement d’un jugement étranger avec effet rétroactif—Selon un principe établi dans la jurisprudence, nul ne devrait être lésé par la conduite de la Cour—Si l’enregistrement de la sentence arbitrale n’est pas antedaté, la demanderesse subira un préjudice découlant de l’omission par la Cour de communiquer des renseignements pertinents avant de renvoyer la demande au protonotaire.



## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, [2004] 3 F.C.R. 663 (C.A.), was affirmed by a decision dated 26/1/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, A-583-04, 2005 FCA 250, Létourneau J.A., judgment dated 29/6/05, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

*Brescia v. Canada (Treasury Board)*, A-160-04, 2005 FCA 236, Desjardins J.A., judgment dated 17/6/05, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

*Dutchak v. United Transportation Union*, A-505-03, 2005 FCA 328, Nadon J.A., judgment dated 14/10/05, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

*Harkat (Re)*, A-144-05, 2005 FCA 285, Richard C.J., judgment dated 6/9/05, leave to appeal to S.C.C. granted 19/1/06.

*Haydon v. Canada*, A-333-04, 2005 FCA 249, Desjardins J.A., judgment dated 30/6/05, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

*Hammill v. Canada*, A-507-04, 2005 FCA 252, Noël J.A., judgment dated 7/7/05, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

*Scheuneman v. Canada (Human Resources Development)*, A-485-04, 2005 FCA 254, Sharlow J.A., judgment dated 7/7/05, leave to appeal to S.C.C. refused 19/1/06.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, [2004] 3 R.C.F. 663 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 26-1-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, A-583-04, 2005 CAF 250, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 29-6-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.

*Brescia c. Canada (Conseil du Trésor)*, A-160-04, 2005 CAF 236, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 17-6-05, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.

*Dutchak c. United Transportation Union*, A-505-03, 2005 CAF 328, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 14-10-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.

*Harkat (Re)*, A-144-05, 2005 CAF 285, le juge en chef Richard, jugement en date du 6-9-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 19-1-06.

*Haydon c. Canada*, A-333-04, 2005 CAF 249, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 30-6-05, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.

*Hammill c. Canada*, A-507-04, 2005 CAF 252, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 7-7-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.

*Scheuneman c. Canada (Développement des ressources humaines)*, A-485-04, 2005 CAF 254, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 7-7-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-1-06.





ISSN 1714-3713 (print/imprimé)  
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 1, Part 1**

**2006, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



2005 FC 429  
 IMM-6352-04  
 IMM-6353-04  
 IMM-7038-04

2005 CF 429  
 IMM-6352-04  
 IMM-6353-04  
 IMM-7038-04

**Eric Hernandez (Applicant)**

**Eric Hernandez (demandeur)**

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: HERNANDEZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)**

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

Federal Court, Snider J.—Winnipeg, March 8; Ottawa, March 31, 2005.

Cour fédérale, juge Snider—Winnipeg, 8 mars; Ottawa, 31 mars 2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of immigration officer's Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 44(1) report applicant inadmissible for serious criminality, Minister's delegate's referral of applicant under IRPA, s. 44(2) for admissibility hearing, Immigration Division's deportation order — Applicant permanent resident convicted, sentenced to 30 months' imprisonment — Inadmissible pursuant to IRPA, s. 36(1)(a) — Immigration officer deciding to prepare IRPA, s. 44(1) report for Minister's delegate setting out relevant facts re: inadmissibility — Minister's delegate deciding, pursuant to IRPA, s. 44(2), report well founded, referring it to Immigration Division for admissibility hearing — Removal only outcome of such hearing for inadmissible person — Issue whether immigration officer, Minister's delegate, having ability to consider factors other than applicant's conviction when deciding whether to prepare report, refer it for hearing — Scope of discretion of immigration officer, Minister's delegate broad enough for them to consider factors outlined in relevant sections of Department of Citizenship and Immigration Manual — Applications allowed — Question of general importance certified re: scope of discretion of immigration officer, Minister's delegate under IRPA, s. 44.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et Renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire du rapport prévu à l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) suivant lequel le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité, du renvoi pour enquête signé par le représentant du ministre sous le régime de l'art. 44(2) de la LIPR et de la mesure d'expulsion prise par la Section de l'immigration — Le demandeur est un résident permanent qui a été condamné à 30 mois d'emprisonnement — Il est visé par l'interdiction de territoire prévue à l'art. 36(1)(a) de la LIPR — L'agent d'immigration a décidé d'établir à l'intention du représentant du ministre le rapport circonstancié prévu à l'art. 44(1) relativement à l'interdiction de territoire — Le représentant du ministre a conclu au bien-fondé du rapport, sous le régime de l'art. 44(2) de la LIPR, et l'a déféré pour enquête à la Section de l'immigration — La seule issue possible d'une telle enquête pour les personnes interdites de territoire est l'expulsion — Se pose la question de savoir si l'agent d'immigration et le représentant du ministre sont autorisés à prendre en considération d'autres facteurs que la déclaration de culpabilité lorsqu'ils déterminent s'il y a lieu d'établir un rapport et de le déférer pour enquête — Leur pouvoir discrétionnaire est assez large pour leur permettre d'examiner les facteurs énumérés dans les passages pertinents du Guide du Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration — Demande accueillie — Des questions de portée générale sont certifiées concernant la portée des pouvoirs discrétionnaires de l'agent d'immigration et du représentant du ministre sous le régime de l'art. 44 de la LIPR.*

*Construction of Statutes — Applicant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 36(1)(a) on ground of serious criminality — IRPA, s. 44(1) allowing*

*Interprétation des lois — Interdiction de territoire pour grande criminalité sous le régime de l'art. 36(1)(a) de la LIPR — L'art. 44(1) de la LIPR confère un pouvoir discrétionnaire*

*residual discretion in that officer may prepare report setting out relevant facts — Use of “may” confirming Parliament’s intent that even in cases of serious criminality, officer allowed some discretion — As to meaning of “relevant facts”, parliamentary Committee proceedings, Department of Citizenship and Immigration (CIC) Manual indicative of CIC’s view ss. 44(1) and (2) granting officer, Minister’s delegate, broad discretion — Manuals, guidelines playing limited role in interpretation of legislation, but should be given some weight — Factors listed in Manual having some relevance to criminal conviction, connected to IRPA’s purpose, related to assessment of whether person going to help enrich, strengthen social, cultural fabric of Canadian society — Balancing to be done against other objectives, but these objectives not automatically denying access to Canada to person with criminal conviction.*

*Administrative Law — Duty of fairness — Factors set out in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (S.C.C.) applied to determine duty of fairness owed under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 44(1) and (2) — Duty of fairness in case at bar requiring applicant be afforded right to make submissions orally or in writing and to obtain copy of report — Duty also requiring applicant be informed of purpose of interview — These things not done in case at bar — Question of general importance certified re: duty of fairness owed by immigration officer, Minister’s delegate.*

These were applications for judicial review of (1) an immigration officer’s report pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) that the applicant is inadmissible for serious criminality; (2) the Minister’s delegate’s referral of the applicant for an admissibility hearing under subsection 44(2); and (3) the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board’s order that the applicant be deported.

The applicant, a citizen of the Philippines, arrived in Canada as a permanent resident in 1985 at age 12. In 2003, he was convicted and sentenced to 30 months’ imprisonment for possession of cocaine for the purposes of trafficking. As a result of this conviction, the applicant was inadmissible pursuant to paragraph 36(1)(a) of the IRPA, which provides that a permanent resident is inadmissible for having been convicted of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been

*résiduel à l’agent d’immigration en prévoyant qu’il peut établir un rapport circonstancié — L’emploi du mot « peut » confirme l’intention du législateur que même en matière de grande criminalité l’agent exerce un certain pouvoir discrétionnaire — Quant à l’expression « rapport circonstancié », il appert des transcriptions des travaux du Comité parlementaire et du Guide du Ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration (CIC) que selon CIC, les art. 44(1) et (2) confèrent un large pouvoir discrétionnaire à l’agent d’immigration et au représentant du ministre — Les guides et lignes directrices jouent un rôle restreint dans l’interprétation des lois, mais il faut leur donner un certain poids — Les facteurs énumérés dans le Guide ont un lien avec la déclaration de culpabilité et avec l’objet de la LIPR ainsi qu’avec l’évaluation de la question de savoir si l’intéressé est une personne susceptible d’enrichir et de renforcer le tissu social et culturel de la société canadienne — Il y a lieu de concilier ces objectifs avec les autres objectifs de la Loi, mais ces derniers n’ont pas pour effet d’interdire automatiquement l’accès au Canada à toute personne qui a fait l’objet d’une déclaration de culpabilité.*

*Droit administratif — Obligation d’agir équitablement — Les facteurs énoncés dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.S.C.) pouvaient servir à déterminer le contenu de l’obligation d’équité exigée par les art. 44(1) et (2) de la LIPR — L’obligation d’équité exigeait en l’espèce que le demandeur ait le droit de présenter des observations écrites ou orales et d’obtenir copie du rapport — Elle exigeait également qu’il soit informé de l’objet de la rencontre — Cela n’a pas été fait — Une question de portée générale est certifiée concernant l’obligation d’agir équitablement qu’assumaient l’agent d’immigration et le représentant du ministre.*

Les demandes de contrôle judiciaire visaient 1) le rapport de l’agent d’immigration prévu au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) selon lequel le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité, 2) le renvoi pour enquête décidé par le représentant du ministre en vertu du paragraphe 44(2) et 3) la mesure d’expulsion prise par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié.

Le demandeur, citoyen des Philippines, est arrivé au Canada en qualité de résident permanent en 1985 à l’âge de 12 ans. En 2003, il a été déclaré coupable de possession de cocaïne à des fins de trafic et condamné à 30 mois d’emprisonnement et, en conséquence, il était visé par l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 36(1)a) de la LIPR, suivant lequel est interdit de territoire le résident permanent déclaré coupable d’une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans ou pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé. Le

imposed. The process set out in sections 44 and 45 was thus engaged. First, an immigration officer had to decide whether to prepare a report for the Minister setting out the relevant facts pertaining to the applicant's inadmissibility. Then, the Minister's delegate had to decide whether the report was well-founded and whether to refer it to the Immigration Division for an admissibility hearing. Finally, pursuant to paragraph 45(d) of the IRPA, the only possible outcome of the admissibility hearing for someone in the applicant's position was removal with no right of appeal (section 64). Under the former *Immigration Act*, the applicant would have had a right to appeal a deportation order to the Immigration Appeal Division (IAD), which could take into account a wide range of factors known as the "Ribic factors".

The threshold issue in this case was whether under the IRPA regime, the officer under subsection 44(1), and/or the Minister's delegate under subsection 44(2), have the ability to consider factors beyond the fact of the applicant's conviction when deciding whether to prepare a report, and whether to refer it for an admissibility hearing. The Court then had to consider the duty of fairness owed under subsections 44(1) and (2).

*Held*, the applications should be allowed.

The relevant provisions were interpreted using the modern approach to statutory interpretation. On the basis of a simple reading of paragraph 36(1)(a) of the IRPA, the applicant is inadmissible on the ground of serious criminality and the officer could not reach any other opinion. However, subsection 44(1) allows a residual discretion in the immigration officer in that he "may prepare a report setting out the relevant facts". In *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court concluded that in the case of serious criminality, the relevant facts relate solely to the fact of the conviction. The Federal Court in that case did not however conclude that the immigration officer was precluded from considering anything beyond the conviction itself. *Correia* was read as saying that the facts considered must be related to the criminal conviction. The use of the word "may" confirms Parliament's intent that even in cases of serious criminality, the officer should be allowed some discretion. As to what is meant by the term "relevant facts", the term should not be interpreted as narrowly as in *Correia*. Neither the transcript of the parliamentary Committee proceedings nor the Department of Citizenship and Immigration (CIC)'s Manual, were before the Federal Court in *Correia* and *Leong v. Canada (Solicitor General)* (another case in which the Federal Court held that the Ribic factors cannot be considered under subsections 44(1) and (2)). Both documents make it clear that in CIC's view, subsections 44(1) and (2) allow the officer and the Minister's delegate to exercise their discretion in a very broad manner and take into account "all the circumstances" of each case

processus décrit aux articles 44 et 45 était donc engagé. D'abord, un agent d'immigration devait déterminer s'il y avait lieu d'établir un rapport circonstancié à l'intention du ministre concernant l'interdiction de territoire. Ensuite, le représentant du ministre devait décider si le rapport était bien fondé et s'il y avait lieu de le déférer pour enquête à la Section de l'immigration. Enfin, en vertu de l'alinéa 45d) de la LIPR, la seule issue possible de l'enquête pour une personne dans la situation du demandeur était la mesure de renvoi sans droit d'appel (article 64). Sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le demandeur aurait pu interjeter appel de la mesure d'expulsion devant la Section d'appel de l'immigration (SAI), laquelle pouvait prendre en considération un large éventail de facteurs connus sous le nom de «facteurs Ribic».

L'affaire posait la question préliminaire de savoir si l'agent d'immigration et le représentant du ministre avaient respectivement le pouvoir, en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR de tenir compte d'autres facteurs que la déclaration de culpabilité pour décider d'établir le rapport ou de le déférer pour enquête. La Cour devait ensuite examiner l'obligation d'équité exigée par les paragraphes 44(1) et (2).

*Arrêt*: les demandes doivent être accueillies.

Les dispositions applicables ont été interprétées conformément à la méthode moderne d'interprétation des lois. Il découle du libellé de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité, et l'agent d'immigration ne pouvait tirer d'autre conclusion. Toutefois, le paragraphe 44(1) confère un pouvoir discrétionnaire résiduel à l'agent d'immigration en prévoyant qu'il «peut établir un rapport circonstancié». Dans *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour fédérale a conclu qu'en matière de grande criminalité, les circonstances pertinentes ont uniquement trait à la déclaration de culpabilité. Elle n'a pas déterminé, toutefois, que l'agent d'immigration ne pouvait rien considérer de plus que la déclaration de culpabilité. Cette décision affirmait plutôt que les faits pris en considération doivent se rapporter à la déclaration de culpabilité. L'emploi du mot «peut» confirme l'intention du législateur que même en matière de grande criminalité l'agent exerce un certain pouvoir discrétionnaire. Quant à l'expression «rapport circonstancié», elle ne devrait pas recevoir une interprétation aussi étroite que celle de la décision *Correia*. Dans cette affaire de même que dans l'affaire *Leong c. Canada (Solliciteur général)* (où la Cour fédérale a encore statué que les facteurs Ribic ne sont pas pris en considération dans l'application des paragraphes 44(1) et (2)), la Cour ne disposait ni des transcriptions des travaux du Comité parlementaire ni du Guide du Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC), or il appert de ces documents que, selon CIC, les paragraphes 44(1) et (2)

(including the Ribic factors). Although not binding, manuals and guidelines (and Hansard evidence in general) can play a limited role in the interpretation of legislation. They can offer opinion on the purpose or meaning of the legislation, and should be given some weight. The procedure described at the parliamentary Committee proceedings and in the Manual are in harmony with the IRPA. The factors listed in the Manual (such as age at time of landing, degree of establishment, criminality, family support, current attitude) have some relevance to the criminal conviction and are connected to the purpose of IRPA. Whether someone is likely to reoffend or to be rehabilitated, whether a person has a strong support network or whether this was a first conviction are all matters that relate to an assessment of whether, in spite of the serious criminality, this person is or is not going to help enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society (one of the objectives of immigration set out in IRPA, section 3). There is a balancing to be done in order to achieve other objectives of the IRPA (such as protecting the safety of Canadians), but these objectives do not operate to automatically deny access to Canada to a person who has a criminal conviction.

Despite the concern that persons convicted of serious crimes may be allowed to stay in Canada with only a notation in the CIC file (whereas under the former Act, the considerations of "all the relevant circumstances" was undertaken by the IAD, an independent, quasi-judicial body), the scope of the discretion of an immigration officer under subsection 44(1) of the IRPA and of the Minister's delegate under subsection 44(2) is broad enough for them to consider the factors outlined in the relevant sections of the CIC Manual.

On the duty of fairness owed by officials carrying out their functions under subsections 44(1) and (2), it was necessary to review the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. (1) Although the decisions of the immigration officer and of the Minister's delegate appeared final (as the Immigration Division had no choice but to order the applicant's deportation), relevant case law has characterized these types of decisions as "purely administrative". Applying such case law, the nature of the decision herein favoured a relatively low duty of fairness. (2) Viewing the statute as a whole, the decisions at issue are not necessarily determinative of whether the applicant will be removed from Canada. The applicant had the right to make an application to the Minister for an exemption on humanitarian and

permettre à l'agent d'immigration et au représentant du ministre un large exercice de leur pouvoir discrétionnaire et la prise en compte de «toutes les circonstances» (dont les facteurs Ribic). Bien qu'ils n'aient pas force obligatoire, les manuels et les lignes directrices (ainsi que la preuve des comptes rendus officiels des débats parlementaires) peuvent jouer un rôle restreint dans l'interprétation d'un texte de loi. Ils peuvent exposer des opinions sur l'objet ou le sens de dispositions et il y a lieu de leur accorder un certain poids. Le processus décrit dans le compte rendu des travaux du Comité parlementaire et exposé dans le Guide sont en harmonie avec la LIPR. Les facteurs énumérés dans le Guide (comme l'âge au moment de l'établissement, le degré d'établissement, la criminalité, le soutien familial et l'attitude actuelle) ont un lien avec la déclaration de culpabilité et avec l'objet de la LIPR. La possibilité de récidive ou de réadaptation, l'existence d'un réseau d'appui solide ou la présence ou l'absence d'antécédents sont des facteurs qui permettent de déterminer si, en dépit de la grande criminalité, l'intéressé est une personne susceptible ou non d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel de la société canadienne (l'un des objectifs de l'immigration énoncés à l'article 3 de la LIPR). Il faut procéder à un exercice de mise en balance afin de permettre la réalisation des autres objectifs de la LIPR (comme garantir la sécurité des Canadiens), mais ces objectifs n'ont pas pour effet d'interdire automatiquement l'accès au Canada à toute personne qui a fait l'objet d'une déclaration de culpabilité.

Malgré la crainte que des personnes déclarées coupables de crimes graves puissent être autorisées à demeurer au Canada sur une seule inscription dans le dossier de CIC (alors que sous l'ancienne loi, la SAI, un organisme quasi-judiciaire indépendant, procédait à l'examen de l'ensemble des circonstances pertinentes), l'agent d'immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), et le représentant du ministre, sous celui du paragraphe 44(2), jouissent d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d'examiner les facteurs énumérés dans les sections applicables du Guide de CIC.

Sur l'étendue de l'obligation d'équité procédurale assumée par les fonctionnaires dans l'accomplissement des fonctions prévues aux paragraphes 44(1) et (2), il s'imposait d'examiner les facteurs décrits dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. 1) Bien que la décision de l'agent d'immigration et celle du représentant du ministre semblent définitives (comme la Section de l'immigration n'avait d'autre choix que d'ordonner l'expulsion du demandeur), la jurisprudence applicable a qualifié ce genre de décisions de «purement administratives». Conformément à cette jurisprudence, la nature de l'obligation d'équité était relativement peu exigeante, compte tenu de la nature des décisions en l'espèce. 2) Lorsqu'on examine la LIPR dans son ensemble, les décisions en cause ne déterminent pas

compassionate (H&C) grounds, and he could have availed himself of a pre-removal risk assessment. This factor favoured a lower duty of procedural fairness. (3) Although the decisions in question were important to the applicant, he had access to two other procedures where H&C factors and possibility of risk could have been considered. (4) Because the Manual sets out, *inter alia*, the right to make submissions and the right to receive a copy of the report, and given that the Manual is available to the public, it was reasonable for the applicant to expect that these two elements would be included in the duty of fairness. This sets the bar for the duty of fairness at something more than merely acting in good faith. (5) Weight should be given to CIC's choice of procedure (discussed above).

These factors pointed toward a more relaxed duty of fairness. The duty of fairness in the case at bar required that the applicant be given the right to make submissions either orally or in writing and to obtain a copy of the report. Implicit in this duty is a requirement that the applicant be informed of the purpose of that interview so that he may make meaningful submissions, and that the immigration officer put to the applicant any information he has that the applicant would not reasonably be expected to have. A further implication is that the applicant should be offered the opportunity to have counsel present at any interview or to assist him in preparing written submissions.

In the case at bar, the immigration officer did not provide the applicant with the appropriate level of procedural fairness because: (1) the applicant was not advised of the purpose of the interview; (2) he was not allowed to make submissions; and (3) he was not given a copy of the officer's report.

The officer's report should be quashed. Because of the errors therein, it was impossible to determine the validity of the Minister's delegate's decision, which was therefore quashed as well. As a result, the Immigration Division had no jurisdiction to proceed with the applicant's admissibility hearing and no jurisdiction to issue the deportation order. That decision was quashed.

Two questions of general importance were certified. The first asked the scope of the immigration officer's discretion under subsection 44(1), and that of the Minister (or Minister's delegate) under subsection 44(2). The second asked the duty of fairness owed in respect of the immigration officer's decision and the Minister's delegate's decision.

nécessairement si le demandeur sera renvoyé du Canada. Le demandeur avait le droit de présenter au ministre une demande de séjour pour motif humanitaire et de demander l'évaluation des risques avant renvoi. Ce facteur favorisait donc une obligation d'équité procédurale moins exigeante. 3) Bien qu'il s'agissait de décisions importantes pour le demandeur, ce dernier disposait de deux autres recours permettant l'examen de motifs d'ordre humanitaire et de risques afférents au retour. 4) Comme le Guide fait notamment état du droit de soumettre des observations et de recevoir copie du rapport et que le public peut y avoir accès, il était raisonnable que le demandeur s'attende à ce que l'obligation d'agir équitablement comprenne ces deux éléments. Cela semble exiger davantage que simplement agir de bonne foi. 5) Il faut accorder de l'importance aux choix procéduraux de CIC (dont il est question ci-dessus).

Ces facteurs étaient indicatifs d'une obligation d'équité moins stricte. En l'espèce, l'obligation d'équité exigeait que le demandeur ait le droit de présenter des observations, oralement ou par écrit, et qu'il obtienne copie du rapport. Elle comprenait implicitement l'exigence que le demandeur soit informé de l'objet de la rencontre afin de pouvoir exercer valablement son droit de présenter des observations et qu'il reçoive de l'agent d'immigration tout renseignement dont ce dernier dispose que l'intéressé n'a vraisemblablement pas en sa possession ainsi que l'exigence d'offrir à l'intéressé la possibilité d'être assisté d'un conseil lors d'une entrevue ou pour la préparation d'observations écrites.

En l'espèce, l'agent d'immigration n'a pas observé à l'égard du demandeur les règles d'équité procédurale applicables, parce que: 1) le demandeur n'a pas été informé de l'objet de l'entrevue, 2) il n'a pas eu la possibilité de présenter des observations et 3) il n'a pas obtenu de copie du rapport de l'agent.

Il y a lieu d'annuler le rapport de l'agent d'immigration. En raison des erreurs dont il est entaché, il est impossible de se prononcer sur la validité de la décision du représentant du ministre, laquelle est également annulée. Par suite, la Section de l'immigration n'avait pas compétence pour procéder à l'enquête ou pour prendre la mesure d'expulsion. Cette décision est annulée.

Deux questions de portée générale ont été certifiées. La première porte sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration sous le régime du paragraphe 44(1) et du pouvoir discrétionnaire du ministre (ou de son représentant) sous le régime du paragraphe 44(2). La seconde concerne le contenu de l'obligation d'agir équitablement qu'assument respectivement l'agent d'immigration et le représentant du ministre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2),(3).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d), (3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), (6) (as enacted *idem*), 32(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21), 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. 3(1)(b),(h),(i), 25, 36, 44(1),(2), 45, 64, 112.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*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; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.).

DISTINGUISHED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 503; (2004), 258 F.T.R. 54; 2004 FC 1507.

CONSIDERED:

*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153; 36 Imm. L.R. (3d) 139; 2004 FC 782; *Leong v. Canada (Solicitor General)* (2004), 256 F.T.R. 298; 41 Imm. L.R. (3d) 48; 2004 FC 1126; *Anderson v. Canada (Customs and Revenue Agency)* (2003), 234 F.T.R. 227; 2003 FCT 667; *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 3; (2001), 199 D.L.R. (4th) 519; 13 Imm. L.R. (3d) 96; 268 N.R. 337; 2001 FCA 49.

REFERRED TO:

*Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299; (1997), 146 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.C. (4th) 203; 212 N.R. 212; *Rizzo & Rizzo Shoes*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2),(3).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)(d), (3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), (6) (édicte, *idem*), 32(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 70(1)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(b),(h),(i), 25, 36, 44(1),(2), 45, 64, 112.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 503; (2004), 258 F.T.R. 54; 2004 CF 1507.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 CSC 3; *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153; 36 Imm. L.R. (3d) 139; 2004 CF 782; *Leong c. Canada (Solliciteur général)* (2004), 256 F.T.R. 298; 41 Imm. L.R. (3d) 48; 2004 CF 1126; *Anderson c. Canada (Agence des douanes et du revenu)* (2003), 234 F.T.R. 227; 2003 CFPI 667; *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 3; (2001), 199 D.L.R. (4th) 519; 13 Imm. L.R. (3d) 96; 268 N.R. 337; 2001 CAF 49.

DÉCISIONS CITÉES :

*Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299; (1997), 146 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.C. (4th) 203; 212 N.R. 212; *Rizzo & Rizzo Shoes*



*Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236; 2002 FCA 270.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001.

Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports, online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/index.html>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 6: Review of Reports under A44(1), online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/index.html>>.

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

APPLICATIONS for judicial review of decisions finding that the applicant is inadmissible for serious criminality under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, referring him for an admissibility hearing under subsection 44(2) of the Act, and ordering him deported. Applications allowed.

## APPEARANCES:

*David Matas* for applicant.  
*Nalini Reddy* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*David Matas*, Winnipeg, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SNIDER J.: The applicant, Mr. Eric Hernandez, is a citizen of the Philippines. He arrived in Canada as a permanent resident on June 14, 1985, at the age of 12.

*Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236; 2002 CAF 270.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Légis., 26 avril 2001.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5: Rédaction des rapports en vertu du L44(1), en ligne: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/français/index.html>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 6: L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1), en ligne: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/français/index.html>>.

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

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions concluant que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, déférant l'affaire pour enquête en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi et ordonnant son expulsion. Demandes accueillies.

## ONT COMPARU :

*David Matas* pour le demandeur.  
*Nalini Reddy* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*David Matas*, Winnipeg, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE SNIDER: Le demandeur, M. Eric Hernandez, est citoyen des Philippines. Il est arrivé au Canada en qualité de résident permanent le 14 juin 1985,

On September 8, 2003, the applicant was convicted and sentenced to 30 months' imprisonment for possession of cocaine for the purposes of trafficking under subsection 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. This offence potentially carries a life sentence.

[2] Subsequent to his conviction, three steps were taken that led to his deportation on August 10, 2004:

### 1. The Officer's Report

On November 10, 2003, an immigration officer with Canada Border Services Agency (the officer), interviewed the applicant at Stoney Mountain Penitentiary. The purpose of his visit was to decide, based on the interview and other information collected, whether or not to write a report pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and request a referral for an admissibility hearing. On February 10, 2004, the officer sent his report (the officer's report) to the Director of the Case Management Branch for Citizenship and Immigration Canada (CIC). In his report, the officer indicated that the applicant is inadmissible according to the criteria in paragraph 36(1)(a) of the IRPA (serious criminality), due to his conviction of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years. He recommended that an admissibility hearing be held.

### 2. The Subsection 44(2) Referral

On May 10, 2004, the Minister's delegate signed a referral and the applicant was referred for an admissibility hearing under subsection 44(2) of the IRPA (the subsection 44(2) referral).

### 3. The Deportation Order

The admissibility hearing was heard by a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Immigration Division) on July 6, 2004. On July 6, 2004, the Immigration Division issued an order, pursuant to paragraph 45(d) of the IRPA, that the applicant be deported (the deportation order) on the basis that he fell within paragraph 36(1)(a) of the IRPA.

à l'âge de 12 ans. Le 8 septembre 2003, il a été déclaré coupable de possession de cocaïne à des fins de trafic et condamné à 30 mois d'emprisonnement sous le régime du paragraphe 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. La peine maximale pour une telle infraction est l'emprisonnement à vie.

[2] Par suite de sa condamnation, trois mesures ont été prises, qui ont mené à son expulsion le 10 août 2004.

### 1. Le rapport de l'agent d'immigration

Le 10 novembre 2003, un agent d'immigration de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'agent) a rencontré le demandeur au pénitencier de Stoney Mountain. La visite avait pour objet de déterminer, compte tenu de l'entrevue et d'autres renseignements, s'il y avait lieu d'établir le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et de demander le renvoi du dossier pour enquête. Le 10 février 2004, l'agent a transmis son rapport à la Direction générale du règlement des cas de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Il y indiquait que le demandeur était interdit de territoire aux termes de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR (grande criminalité) parce qu'il avait été reconnu coupable d'une infraction punissable d'une peine maximale d'au moins 10 ans d'emprisonnement et il recommandait la tenue d'une enquête.

### 2. Le renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2)

Le 10 mai 2004, le représentant du ministre a signé la formule déférant l'affaire pour enquête en application du paragraphe 44(2) de la LIPR (renvoi pour enquête).

### 3. La mesure d'expulsion

Un commissaire de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section de l'immigration) a procédé à l'enquête le 6 juillet 2004 et, le jour même, la Section de l'immigration a ordonné l'expulsion du demandeur en vertu de l'alinéa 45(d) de la LIPR, parce que ce dernier était visé à l'alinéa 36(1)a) de la LIPR.

[3] The applicant seeks judicial review of the officer's report dated February 10, 2004 (Court file IMM-7038-04), the subsection 44(2) referral dated May 10, 2004 (Court file IMM-6353-04) and the deportation order dated July 6, 2004 (Court file IMM-6352-04).

#### ISSUES

[4] The issue raised by the applicant, with respect to both the officer's report and the subsection 44(2) referral, is whether there was a breach of the duty of fairness in these two steps leading to the removal order against the applicant. However, the threshold issue to be dealt with is whether the decision makers in this process have the ability to consider factors beyond the fact of the applicant's conviction. Stated with more clarity, the issues are as follows:

1. What is the scope of: (a) the officer's discretion under subsection 44(1) of the IRPA in making a decision as to whether to prepare an officer's report to the Minister (or, as in this case, the Minister's delegate) and (b) of the discretion of the Minister's delegate, under subsection 44(2) of the IRPA, in making a subsection 44(2) referral?

2. What is the duty of fairness owed in respect of: (a) the officer's report under subsection 44(1) of the IRPA; and (b) the decision of the Minister's delegate as to whether to refer the officer's report to the Immigration Division under subsection 44(2) of the IRPA?

3. In the case of the applicant, was there a breach of the duty of fairness?

[5] The third of the decisions—the deportation order—came as a consequence of the officer's report and the subsection 44(2) referral. If I overturn either of those two decisions, the order deporting the applicant should not stand. Conversely, should I affirm those two decisions, the deportation order is valid. No separate submissions were made and no issue arises with respect to the deportation order.

[3] La présente demande de contrôle judiciaire vise le rapport de l'agent en date du 10 février 2004 (dossier IMM-7038-04), le renvoi pour enquête en date du 10 mai 2004 (dossier IMM-6353-04) et la mesure d'expulsion en date du 6 juillet 2004 (dossier IMM-6352-04).

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[4] Le demandeur prie la Cour de déterminer s'il y a eu manquement à l'obligation d'agir équitablement dans l'établissement du rapport de l'agent et le renvoi pour enquête dont a découlé la mesure de renvoi prise contre lui. Cet examen soulève toutefois la question préliminaire de savoir si les décideurs prenant part à ce processus sont autorisés à prendre en considération d'autres facteurs que la déclaration de culpabilité. Voici, exposées plus clairement, les questions qui se posent:

1. Quelle est l'étendue a) du pouvoir discrétionnaire de l'agent relativement à la décision d'établir ou non le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR à l'intention du ministre (ou, comme en l'espèce, à l'intention du représentant du ministre) et b) du pouvoir discrétionnaire du représentant du ministre relativement à la décision de déférer une affaire pour enquête sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR?

2. Quel est le contenu de l'obligation d'agir équitablement assumée a) par l'agent relativement à l'établissement du rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR et b) par le représentant du ministre relativement à la décision de déférer le rapport de l'agent à la Section de l'immigration sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR?

3. Y a-t-il eu manquement à l'obligation d'agir équitablement en l'espèce?

[5] La troisième décision—la mesure d'expulsion—découlait du rapport de l'agent et du renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2). Si l'une de ces décisions est infirmée, la mesure d'expulsion tombera. À l'inverse, la mesure sera considérée valide si les deux décisions sont maintenues. La mesure d'expulsion n'a pas fait l'objet d'une argumentation distincte et elle ne soulève aucune question particulière.

## STATUTORY SCHEME

[6] The applicant is a permanent resident of Canada who was convicted of a serious criminal offence. These two criteria bring him within paragraph 36(1)(a) of the IRPA. Paragraph 36(1)(a) is very concise:

**36. (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

In this case, the applicant was convicted of the possession of cocaine for the purposes of trafficking under subsection 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. Under subsection 5(3), a person, if convicted, is liable to imprisonment for life. The applicant was convicted in Canada and sentenced to 30 months' imprisonment. He, therefore, meets the requirements set out in subsection 36(1)(a) that define serious criminality as being an offence which is either "punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years" or "for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed".

[7] Where the criteria in paragraph 36(1)(a) are met, the steps in the process that must be followed are set out in sections 44 and 45 of the IRPA. The first step is the decision of an immigration officer to prepare a report:

**44. (1)** An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

[8] If a report is prepared, it must be sent to the Minister or the Minister's delegate to decide if the report is well-founded and whether it should be referred to the Immigration Division for an admissibility hearing:

44. . . .

## LE CADRE LÉGISLATIF

[6] Le demandeur est un résident permanent du Canada qui a été déclaré coupable d'une infraction criminelle grave. De par ces deux facteurs, il est visé par l'alinéa 36(1)a de la LIPR. Il s'agit d'une disposition très concise qui est ainsi libellée:

**36. (1)** Empoignent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

Le demandeur a été déclaré coupable de possession de cocaïne à des fins de trafic, une infraction prévue au paragraphe 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Le paragraphe 5(3) de cette loi énonce que la personne reconnue coupable d'une telle infraction est passible de l'emprisonnement à vie. Le demandeur a été déclaré coupable au Canada et condamné à 30 mois d'emprisonnement. Par conséquent, il tombe sous le coup de l'alinéa 36(1)a de la LIPR, puisque la grande criminalité y est définie comme une infraction «punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans» ou d'une infraction «pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé».

[7] Le processus à suivre une fois que les conditions prévues à l'alinéa 36(1)a sont remplies est décrit aux articles 44 et 45 de la LIPR. La décision de l'agent d'immigration d'établir un rapport en constitue la première étape:

**44. (1)** S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

[8] Lorsqu'un rapport est établi, il doit être transmis au ministre ou à son représentant pour que celui-ci se prononce sur son bien-fondé et décide s'il convient de déférer l'affaire pour enquête à la Section de l'immigration:

44. [. . .]

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing. . . .

[9] Although section 45 defines the possible outcomes of the admissibility hearing, the only option possible for someone in the applicant's position is set out in paragraph 45(d):

45. The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

. . .

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

[10] The IRPA specifically denies a right of appeal to the Immigration Appeal Division (the IAD) where a permanent resident is found to be inadmissible on the grounds of serious criminality:

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

## BACKGROUND

[11] In analysing the issues before me, it is helpful to review some of the more relevant aspects of the history and the background of the concepts at issue. How would the applicant have been treated under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act)? How have the new provisions been interpreted by CIC? How was the applicant treated under the IRPA?

### Procedures under former Act

[12] Under the former Act, the applicant would have met the threshold set out in paragraph 27(1)(d) by virtue

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déferer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête [ . . . ]

[9] Aux termes de l'article 45, l'enquête peut avoir plusieurs issues mais, dans la situation du demandeur, il n'y en a qu'une possible:

45. Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes:

[ . . . ]

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

[10] La LIPR prévoit expressément que le résident permanent interdit de territoire pour cause de grande criminalité ne peut interjeter appel de cette décision devant la Section d'appel de l'immigration (la SAI):

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

## CONTEXTE

[11] L'examen de certains des aspects les plus pertinents de l'historique et du contexte des notions en cause peut s'avérer utile à l'analyse des questions qui se posent en l'espèce. Comment le demandeur aurait-il été traité sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi)? Comment CIC a-t-il interprété les nouvelles dispositions? Comment le demandeur a-t-il été traité sous le régime de la LIPR?

### La procédure prévue par l'ancienne Loi

[12] La condition préliminaire prévue à l'alinéa 27(1)d) de l'ancienne Loi aurait été remplie, dans le cas

of having been convicted of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed. Accordingly, the immigration officer was obliged to forward a written report to the Deputy Minister; that is, no discretion was allowed and the report had to be sent. Further, all that was to be contained in the report were “the details of any information . . . indicating that a permanent resident is a person who” was so convicted. The immigration officer was not mandated to consider any “relevant facts”.

[13] The second step was a consideration by the Deputy Minister pursuant to subsection 27(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16]. The Deputy Minister could exercise some discretion in that he was to forward the report to a senior immigration officer if he considered it “appropriate to do so in the circumstances” and could direct that an inquiry be held by the senior immigration officer. Presumably, even in the case of someone in the position of the applicant, the Deputy Minister could determine that it was not appropriate to take the case any further.

[14] If there was a direction from the Deputy Minister that an inquiry be held, subsection 27(6) [as enacted *idem*] set out that the immigration officer was to cause such an inquiry to be held. The result of an inquiry was set out in subsection 32(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21]; a deportation order would have issued to the applicant.

[15] However, the applicant would have had one more chance to remain in Canada. He would have had a right of appeal to the IAD. Under paragraph 70(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the former Act, a permanent resident subject to a removal order could appeal to the IAD “on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada”. For those appellants convicted of a crime in Canada, the IAD was to take into account a wide range of factors including the following non-exhaustive list:

du demandeur, puisqu’il a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle une peine d’emprisonnement de plus de six mois a été imposée. Par conséquent, l’agent d’immigration aurait été tenu de transmettre un rapport écrit au sous-ministre, en ce sens qu’il ne jouissait à cet égard d’aucun pouvoir discrétionnaire. De plus, la teneur du rapport se limitait aux «renseignements [. . .] indiquant que celui-ci [le résident permanent]» avait ainsi été déclaré coupable. L’agent d’immigration n’était pas tenu de prendre en considération les faits pertinents («*relevant facts*» : version anglaise).

[13] La deuxième étape consistait en un examen effectué par le sous-ministre en application du paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16]. Le sous-ministre jouissait d’un certain pouvoir discrétionnaire, car il pouvait transmettre le rapport à un agent principal s’il l’estimait «justifié dans les circonstances» et lui demander de faire tenir une enquête. On peut présumer que, même dans un cas comme celui du demandeur, le sous-ministre pouvait considérer qu’il n’y avait pas lieu de procéder plus avant.

[14] Le paragraphe 27(6) [édicte, *idem*] prévoyait que l’agent principal qui recevait une directive du sous-ministre à cet effet devait faire procéder à une enquête. L’issue d’une telle enquête était énoncée au paragraphe 32(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21]; le demandeur aurait fait l’objet d’une mesure d’expulsion.

[15] Toutefois, le demandeur aurait eu une chance supplémentaire de demeurer au Canada. Il aurait pu exercer un droit d’appel devant la SAI. Aux termes de l’alinéa 70(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] de l’ancienne Loi, les résidents permanents visés par une mesure de renvoi pouvaient interjeter appel devant la SAI pour y invoquer «de fait que, eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada». Lorsqu’elle entendait l’appel de personnes déclarées coupables d’un crime au Canada, la SAI devait prendre un grand nombre de facteurs en considération, dont ceux qui figurent dans la liste non exhaustive suivante:

- |   |   |
|---|---|
| 1. the seriousness of the offence;  | 1. la gravité de l'infraction,  |
| 2. potential foreign hardship;  | 2. l'importance des difficultés causées par le retour dans le pays de nationalité,                |
| 3. the possibility of rehabilitation;   | 3. la possibilité de réadaptation,  |
| 4. the length of time spent in Canada and the degree to which the appellant was established here; | 4. la durée de la période passée au Canada et le degré d'établissement de l'appelant,             |
| 5. the family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause; and       | 5. la famille au Canada et les bouleversements que l'expulsion occasionnerait pour cette famille, |
| 6. the support available to the appellant.  | 6. le soutien dont bénéficie l'appelant.  |

[16] These factors were commonly referred to as the "Ribic factors", since they were first stated in a decision of the Immigration Appeal Board in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [[1985] I.A.B.D, No. 4 (QL)]. These six factors were affirmed by the Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84.

[16] Ces facteurs sont généralement appelés «facteurs Ribic», du fait qu'ils ont d'abord été énumérés dans la décision *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [[1985] I.A.B.D. n° 4 (QL)] de la Commission d'appel de l'immigration. Ils ont été confirmés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84.

[17] Section 64 of the IRPA now precludes appeals to the IAD in cases of "serious criminality". Because the applicant falls within section 64, he is not entitled to a hearing before the IAD. With the IRPA regime now in force, the question that remains is whether anyone, at any stage leading to removal, examines the Ribic factors? Or, is the result of serious criminality a direct route to deportation regardless of the circumstances? The effect of this Court's rulings in *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153 (F.C.) and *Leong v. Canada (Solicitor General)* (2004), 256 F.T.R. 298 (F.C.) appears to be that the Ribic factors cannot be considered under subsection 44(1) or (2) of IRPA. Those cases are discussed later in these reasons.

[17] L'article 64 de la LIPR interdit maintenant les appels à la SAI dans les cas de «grande criminalité» et, comme le demandeur est visé par cet article, il n'a donc pas le droit d'être entendu par la SAI. Maintenant que la LIPR est en vigueur, la question qui se pose est celle de savoir si les facteurs Ribic sont pris en considération à une étape quelconque du processus de renvoi ou si la grande criminalité entraîne directement l'expulsion quelles que soient les circonstances? Les décisions de notre Cour dans les affaires *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153 (C.F.), et *Leong c. Canada (Solliciteur général)* (2004), 256 F.T.R. 298 (C.F.), semblent avoir eu pour effet d'écarter l'examen des facteurs Ribic dans l'application des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR. Nous reviendrons plus loin à ces décisions.

Departmental view of subsections 44(1) and (2) decisions

(a) Parliamentary Committee Proceedings

[18] The CIC officials, who had input into the drafting of the IRPA, are clearly of the view that all the factors

Opinion du ministère sur les décisions rendues sous le régime des paragraphes 44(1) et (2)

a) Devant le comité parlementaire

[18] Les fonctionnaires de CIC, qui ont pris part à la rédaction de la LIPR, sont clairement d'avis que tous ces

were still to be considered in cases of serious criminality. They are also of the view that both the immigration officer acting under subsection 44(1) and the Minister's delegate under subsection 44(2) were responsible for this analysis. This subject was the focus of comments by Ms. Joan Atkinson, an Assistant Deputy Minister with CIC, delivered April 26, 2001, to the Standing Committee on Citizenship and Immigration [*Evidence*, 1st Sess., 37th Parl.]. The Committee was in the process of conducting hearings into Bill C-11 (IRPA). Ms. Atkinson's comments were as follows:

I think we need to clarify, first of all, the claim that some are making that the elimination of appeal rights for permanent residents who are convicted of a serious offence in Canada, for which a term of imprisonment of at least two years has been imposed, will result in the automatic removal of long-term permanent residents without any evaluation of the circumstances of the case. That is simply not true.

We have built and will continue to build safeguards into the system at the front end of the process to ensure that the circumstances of a person's situation are fully considered before any decision is taken to take any enforcement action against that individual.

...

Under Bill C-11 [s. 44(1)], the officer investigating the case of a permanent resident with serious criminality has new discretion right at the front end of the process not to write a report recommending that enforcement action be taken. The recommendation about looking at whether or not to consider writing a report is only taken after all the factors have been considered, after all the individual circumstances of the permanent resident have been considered. The length of time in Canada, the presence of family in Canada, the seriousness of the crime, the circumstances surrounding the commission of the offence, and so on, are all factors taken into account before a decision is taken, and will continue to be factors taken into account before a decision is taken.

The minister's delegate who reviews the case [s. 44(2)], as under the current act, will again consider all the circumstances of the case in determining whether or not to pursue that enforcement action. . . .

...

We think that the balance we have in Bill C-11 is the correct balance between finding ways to protect the safety and security of Canadians and allowing us to remove serious criminals

facteurs continuent d'être examinés dans les affaires de grande criminalité. Ils estiment également que tant l'agent d'immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), que le représentant du ministre, sous le régime du paragraphe 44(2), doivent effectuer cette analyse. Une sous-ministre adjointe de CIC, M<sup>me</sup> Joan Atkinson, a abordé cette question lorsqu'elle a comparu devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration le 26 avril 2001, à l'occasion des travaux de celui-ci sur le projet de loi C-11 (LIPR) [*Témoignages*, 1<sup>re</sup> sess, 37<sup>e</sup> lég.]. Voici les commentaires qu'a formulés M<sup>me</sup> Atkinson:

Il importe tout d'abord de démentir l'affirmation de certains voulant que la suppression du droit d'appel des résidents permanents condamnés pour un délit grave au Canada pour lequel une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans leur a été imposée entraînerait la suppression automatique du statut de résident à long terme sans aucune évaluation des circonstances. Cela n'est tout simplement pas vrai.

Nous avons prévu et continuerons à ajouter des garde-fous au stade initial du mécanisme pour garantir que la situation de la personne soit pleinement prise en compte avant que toute décision de renvoi soit prise.

[...]

Aux termes du projet de loi C-11 [par. 44(1)], l'agent faisant enquête sur le cas d'un résident permanent ayant commis un crime grave a maintenant la latitude, d'emblée, de ne pas rédiger de rapport recommandant une mesure d'expulsion. La décision de rédiger ou non un rapport est prise au vu de tous les facteurs, en tenant compte de toutes les circonstances de l'intéressé. La durée de séjour au Canada, la présence au Canada d'un membre de la famille, la gravité du crime, les circonstances entourant la perpétration du délit, etc., ce sont tous là des facteurs pris en compte avant qu'une décision soit prise et ils continueront de l'être.

Tout comme aux termes de la loi actuelle, le délégué du ministre qui examine le cas [par. 44(2)] tiendra compte lui aussi de toutes les circonstances avant de décider d'une mesure de renvoi [...]

[...]

Nous pensons que le projet de loi C-11 établit le bon équilibre entre la protection de la sécurité des Canadiens et le renvoi rapide des grands criminels, d'une part, et les garanties de



quickly, and ensuring due process and ensuring sensitivity to particular circumstances of individuals before making those decisions.

[19] These comments could not be clearer; CIC believed that, under subsections 44(1) and (2), both the immigration officer and the Minister's delegate would take all the circumstances into account prior to engaging the removal process—specifically in the case of serious criminality.

(b) Department Procedures Manual

[20] This interpretation by CIC of subsections 44(1) and (2) has been reflected in the relevant chapters of the Department's *Immigration Manual: Enforcement (ENF)*—Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports and Chapter ENF 6: Review of Reports under A44(1).

[21] Chapter ENF 5 is intended to aid immigration officers in making a decision to write a subsection 44(1) report. Included as Appendix A to these reasons is a flowchart adapted from ENF 5 outlining CIC's understanding of the subsections 44(1) and (2) process. As is readily apparent from this flowchart, the CIC view is that the writing of a report by an officer and the subsequent referral by the Minister's delegate is only one option. Another stated option is that the officer or Minister's delegate, as applicable, may authorize a permanent resident to remain. The flowchart appears to be applicable for any type of inadmissibility covered in the IRPA whether due to misrepresentation, health issues or otherwise. There is no separate track for persons subject to serious criminality.

[22] In Chapter ENF 6, guidance is given to the Minister's delegate on how to exercise the discretion under subsection 44(2), in deciding whether to refer an immigration officer's report to the Immigration Division. Paragraph 19.2 sets out a non-exhaustive list of factors that "can be considered in both criminal and non-criminal cases". The list is as follows:

- age at time of landing;

procédure et la prise en compte des circonstances particulières des intéressés, d'autre part.

[19] Ces propos ne pourraient être plus clairs. CIC estimait que, pour l'application des paragraphes 44(1) et (2), l'agent d'immigration et le représentant du ministre tiendraient compte de l'ensemble des circonstances avant d'entamer le processus de renvoi—en particulier dans les affaires de grande criminalité.

b) Guide du Ministère

[20] Cette interprétation des paragraphes 44(1) et (2) par CIC transparait dans les chapitres pertinents du Guide du Ministère—*Guide de l'immigration: Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5: Rédaction des rapports en vertu du L44(1) et Chapitre ENF 6: L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1).

[21] Le chapitre ENF 5 a pour but de guider les agents d'immigration qui doivent déterminer s'il y a lieu d'établir le rapport prévu au paragraphe 44(1). J'ai joint aux présents motifs un diagramme inspiré de ce chapitre, qui présente la perception qu'a CIC du processus mis en place par les paragraphes 44(1) et (2) (annexe A). Il appert clairement de ce diagramme que CIC estime que l'établissement d'un rapport et le renvoi subséquent pour enquête par le représentant du ministre n'est qu'une des options possibles. Le diagramme prévoit aussi que l'agent ou le représentant, selon le cas, peut autoriser un résident permanent à demeurer au Canada. Le diagramme paraît s'appliquer à tous les motifs d'interdiction de territoire prévus par la LIPR, qu'il s'agisse de fausse déclaration, de questions de santé ou d'autres causes. La grande criminalité ne donne pas lieu à une procédure distincte.

[22] Le chapitre ENF 6 guide l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au représentant du ministre par le paragraphe 44(2) de déférer ou non le rapport de l'agent d'immigration à la Section de l'immigration. Le paragraphe 19.2 comprend une liste non exhaustive de facteurs qui peuvent être pris en considération «dans les causes criminelles et non criminelles»:

- l'âge au moment de l'établissement,

- length of residence;
- location of family support and responsibilities;
- conditions in home country;
- degree of establishment;
- criminality; and
- history of non-compliance and current attitude.

[23] With respect to criminal cases, the Manual provides further advice to the Minister's delegate. While stating that "[t]he fact that a conviction falls within A36(1) [serious criminality] is itself an indication of its seriousness for immigration purposes", the Department asks the Minister's delegate to consider whether the crime involved violence, the person's criminal history, the length of the sentence and the potential for rehabilitation.

[24] Paragraph 19.3 of Chapter ENF 6, sets out a special review procedure for permanent residents who:

- became permanent residents before 18 years of age;
- were permanent residents for a period of 10 years before being convicted of a reportable offence; and
- would not have a right of appeal to the IAD by virtue of section 64 of IRPA.

For these persons, the subsection 44(2) referral decision must be made by the Director, Case Review, Case Management Branch, NHQ [National Headquarters].

[25] This set of procedures has, for the most part, been followed by CIC immigration officers prior to a decision being taken to refer a permanent resident to the Immigration Division for an admissibility hearing.

- la durée de résidence,
- la provenance du soutien familial et responsabilités,
- les conditions dans le pays d'origine,
- le degré d'établissement,
- la criminalité,
- les antécédents en matière de non-conformité et attitude actuelle.

[23] Relativement aux affaires criminelles, d'autres conseils s'ajoutent. Bien qu'on puisse lire dans le Guide: «[l]e fait qu'une déclaration de culpabilité soit prévue au paragraphe L36(1) [grande criminalité] constitue une indication de la gravité pour les besoins de l'immigration» on demande au représentant du ministre d'examiner si le crime a comporté de la violence, si l'intéressé a des antécédents criminels, quelle a été la durée de la peine et quelles sont les possibilités de réadaptation.

[24] Le paragraphe 19.3 du chapitre ENF 6 prévoit une procédure particulière pour les résidents permanents qui:

- sont devenus résidents permanents avant d'avoir 18 ans,
- ont été résidents permanents pendant 10 ans avant d'être reconnus coupables d'une infraction donnant lieu à un rapport,
- ne peuvent exercer de droit d'appel devant la SAI à cause de l'article 64 de la LIPR.

Pour ces personnes, la décision de déférer l'affaire à la Section de l'immigration sous le régime du paragraphe 44(2) doit être prise par le directeur, Réexamen des cas, Direction générale du règlement des cas, AC [administration centrale].

[25] La plupart du temps, les agents d'immigration de CIC suivent cette procédure lorsqu'il s'agit de décider du renvoi du dossier d'un résident permanent pour enquête devant la Section de l'immigration.

## ISSUE No. 1: SCOPE OF DISCRETION

[26] The first issue involves statutory interpretation. What I must determine is whether subsections 44(1) and (2) of the IRPA, should be read to allow an immigration officer or Minister's delegate to consider other factors in the case of a permanent resident who is caught by the serious criminality provisions of section 36 of the IRPA. The modern approach to this task has been described as reading the relevant provisions in their entire context and in their grammatical and ordinary sense and harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament (E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at page 87). I will keep that in mind as I proceed with this part of the analysis.

[27] Subsection 44(1) of the IRPA involves a two-step process; first the officer must form an opinion as to admissibility and, second, he or she must decide whether to prepare a report.

[28] Paragraph 36(1)(a) of the IRPA sits in stark contrast to almost all of the other inadmissibility provisions where some degree of judgment is required. When considering paragraph 36(1)(a), there is absolutely no residual discretion to be exercised before a determination is made as to whether someone is inadmissible. Specifically, paragraph 36(1)(a) is met if the permanent resident or foreign national has either been convicted in Canada of an offence with a maximum term of at least 10 years or of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed. In either case, there can be no question. A sentence is a sentence. In light of a conviction by a court in Canada, the inevitable conclusion is that the offence occurred. Thus, on the basis of a simple reading of paragraph 36(1)(a), the applicant, who has been sentenced to 30 months for a crime with a maximum penalty of life imprisonment, is inadmissible on the grounds of serious criminality. There is no choice for the officer; he must be of the opinion that the person is inadmissible.

QUESTION N<sup>o</sup> 1: ÉTENDUE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

[26] Cette première question relève de l'interprétation législative. Il s'agit de déterminer si l'on peut considérer que les paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR permettent à un agent d'immigration ou un représentant du ministre de tenir compte d'autres facteurs lorsqu'ils examinent la situation d'un résident permanent visé par l'article 36 de la LIPR, relatif à la grande criminalité. La méthode moderne d'interprétation consiste à lire les dispositions pertinentes 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 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Butterworths, 1983, à la page 87). C'est cette méthode que j'observerai pour cette partie de l'analyse.

[27] Le paragraphe 44(1) de la LIPR met en place un processus en deux étapes. Premièrement, l'agent se forme une opinion sur l'interdiction de territoire et, deuxièmement, il décide s'il doit ou non établir un rapport.

[28] L'alinéa 36(1)a) de la LIPR contraste de façon marquée avec presque toutes les autres dispositions relatives à l'interdiction de territoire, lesquelles nécessitent à un point ou un autre l'expression d'un jugement, en ce qu'il ne fait intervenir absolument aucune forme de pouvoir discrétionnaire résiduel relativement à la question de savoir si un résident permanent est interdit de territoire. La disposition s'applique si le résident permanent ou l'étranger a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans ou d'une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé. Aucun de ces cas ne laisse place au doute. Une peine est une peine. Lorsqu'une personne est déclarée coupable par un tribunal canadien, la conclusion irréfutable est qu'elle a commis l'infraction. Il appert donc, à la simple lecture de l'alinéa 36(1)a) que le demandeur, qui a été condamné à une peine de 30 mois d'emprisonnement pour un acte criminel punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à vie, est interdit de territoire pour grande criminalité. L'agent n'a pas le choix, il doit estimer que l'intéressé est interdit de territoire.

[29] In spite of this clarity regarding inadmissibility under paragraph 36(1)(a), subsection 44(1) allows a residual discretion in the immigration officer. Once the immigration officer reaches his opinion of inadmissibility, the officer “may prepare a report setting out the relevant facts”. The IRPA does not set out what “relevant facts” would be. Nor does it confine the discretion of the officer in preparing a report. Parliament has not provided any direction to how these officials are to carry out their duties under these provisions.

[30] As noted above, my colleague in *Correia*, at paragraph 22, concluded that, in the case of serious criminality, the relevant facts relate solely to the fact of the conviction. His reasoning, at paragraphs 20-23, was the following:

The decision to make a report must be considered against the backdrop of this Division of the Act which has as its purpose the removal of certain persons from Canada. The discretion not to report must be extremely limited and rare otherwise it would give to officials a level of discretion not even enjoyed by the responsible Minister.

Whatever the scope of that discretion may be in any particular case in respect to different grounds of inadmissibility, with respect to serious criminality it is not the responsibility of the officer, by refusing to report his opinion, to effectively find a person to be “admissible” for reasons unrelated to serious criminality.

For purposes of the subsection 44(1) report, that report is restricted to the “relevant facts”. In the case of serious criminality those facts relate to the fact of the conviction.

The nature of the inquiry does not involve issues of humanitarian and compassionate matters, rehabilitation or other such factors. It is a very limited inquiry being essentially a confirmation that the conviction was in fact handed down. After that the process for removal is engaged.

[31] I note, first, that Justice Phelan in *Correia* did not conclude that the immigration officer was precluded from considering anything beyond the conviction itself. This interpretation would strip subsection 44(1) of all its

[29] Malgré l’interdiction de territoire clairement prévue à l’alinéa 36(1)a), le paragraphe 44(1) laisse un pouvoir discrétionnaire résiduel à l’agent d’immigration puisqu’il prévoit que lorsque celui-ci estime l’intéressé interdit de territoire, il «peut établir un rapport circonstancié». La LIPR ne précise pas quelles circonstances (*relevant facts*) doivent y être indiquées et elle ne circonscrit pas non plus l’étendue du pouvoir discrétionnaire exercé dans la préparation du rapport. Le législateur n’a formulé aucune ligne directrice sur l’accomplissement des fonctions prévues par ces dispositions.

[30] Comme je l’ai précédemment indiqué, mon collègue a conclu, au paragraphe 22 de la décision *Correia*, qu’en matière de grande criminalité, les circonstances pertinentes ont uniquement trait à la déclaration de culpabilité. Voici le raisonnement qu’il a tenu aux paragraphes 20 à 23 [2004 CF 782]:

La décision d’établir un rapport doit être évaluée en prenant en compte la toile de fond de la section de la Loi qui a comme but le renvoi de certaines personnes du Canada. Le pouvoir discrétionnaire qui consiste à ne pas préparer un rapport doit être extrêmement limité et rare sans quoi il donnerait aux fonctionnaires un pouvoir discrétionnaire d’un niveau que même le ministre responsable n’a pas.

Peu importe l’étendue de ce pouvoir discrétionnaire dans un cas particulier quant à différents motifs d’interdiction, à l’égard de la grande criminalité, il n’appartient pas à l’agent, par son refus d’émettre son avis, d’effectivement conclure qu’une personne est «admissible» pour un motif qui n’est pas relié à de la grande criminalité.

Aux fins du rapport établi suivant le paragraphe 44(1), il s’agit d’un rapport réservé aux cas de rapport «circonstancié». Dans le cas de grande criminalité, ce rapport circonstancié touche aux circonstances qui ont entraîné la déclaration de culpabilité.

La nature de l’enquête ne touche pas les questions d’ordre humanitaire, de réhabilitation ou d’autres facteurs semblables. Il s’agit d’une enquête très limitée qui est essentiellement une confirmation que la déclaration de culpabilité a effectivement été prononcée. Par la suite, le processus de renvoi est entamé.

[31] Je constate, en premier lieu, que le juge Phelan n’a pas conclu, dans cette décision, que l’agent d’immigration ne pouvait rien considérer de plus que la déclaration de culpabilité. Une telle interprétation

meaning. Rather, I read his decision as saying that the facts considered must be related to the criminal conviction. Even in cases of serious criminality, Parliament must have intended that the officer be allowed some discretion. Use of the word “may” confirms this intent. If Parliament had intended to strip the discretion from the officer in cases of serious criminality, it could have done so with explicit language. The question that remains is what is meant by the term “relevant facts”. After reviewing the materials before me, I would not interpret “relevant facts” as narrowly as was done by my colleague.

[32] I had before me, as part of the record in this application, the transcript from the parliamentary Committee proceedings and the Department’s Procedures Manual. I do not believe that either of these relevant documents was placed before the judges hearing *Correia* and *Leong*. These are, in my view, very relevant to the analysis and have been key to my conclusions which differ to some degree from those of my colleagues.

[33] In support of his position, the applicant proffered the transcript from the Committee proceedings on Bill C-11 and the CIC Manual. This evidence is described in detail above. As is readily apparent from a review of the Committee proceedings and the CIC Manual, the Department has never had any doubt as to how the relevant provisions of the IRPA are to be interpreted. In CIC’s view, subsections 44(1) and (2) allow the officer and the Minister’s delegate to exercise their discretion in a very broad manner. Even in cases of serious criminality as set out in section 36 of the IRPA, these public servants are to take into account “all the circumstances” of each case.

[34] This unequivocal view of the law by public servants speaking on behalf of CIC or writing manuals is not, as we know, determinative. The Supreme Court of Canada has cautioned against using parliamentary debates surrounding the enactment of legislation because “they are not always a reliable source for the legislature’s intention” (*Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299, at

priverait le paragraphe 44(1) de tout sens. Cette décision affirme plutôt que les faits pris en considération doivent se rapporter à la déclaration de culpabilité. Même en matière de grande criminalité, le législateur doit avoir voulu que l’agent exerce un certain pouvoir discrétionnaire. L’emploi du mot «peut» confirme cette intention. Si le législateur avait voulu enlever tout pouvoir discrétionnaire aux agents dans les affaires de grande criminalité, il aurait pu exprimer explicitement cette intention. La question qui demeure est celle du sens de l’expression «rapport circonstancié». Après examen de la preuve qui m’a été soumise, je ne formulerais pas une interprétation aussi étroite de cette expression que celle de mon collègue.

[32] Le dossier constitué en l’espèce comprenait des transcriptions des travaux du Comité parlementaire et le Guide du Ministère. Je ne crois pas que les juges ayant rendu les décisions *Correia* et *Leong* aient disposé de ces documents, lesquels revêtent, à mon avis, une grande pertinence pour l’analyse à effectuer et comptent pour beaucoup dans les conclusions, quelque peu différentes de celles de mes collègues, auxquelles je suis parvenue.

[33] Le demandeur appuie son argumentation sur des transcriptions des travaux du Comité parlementaire sur le projet de loi C-11 et sur le Guide de CIC. J’ai décrit en détail ces éléments de preuve. Il appert des travaux du Comité et du Guide que le Ministère n’a jamais douté de l’interprétation à donner aux dispositions en cause de la LIPR. Selon CIC, les paragraphes 44(1) et (2) permettent un large exercice du pouvoir discrétionnaire de l’agent et du représentant du ministre. Même dans les cas de grande criminalité relevant de l’article 36 de la LIPR, ces fonctionnaires doivent tenir compte chaque fois de «toutes les circonstances».

[34] Comme nous le savons, la conception sans équivoque que se font de la loi les fonctionnaires de CIC qui s’expriment au nom du Ministère ou qui rédigent des guides n’est pas déterminante. La Cour suprême du Canada nous a mis en garde contre l’utilisation des débats parlementaires entourant l’adoption d’un texte de loi parce qu’ils «ne constituent pas toujours une source fidèle de l’intention du législateur» (*Construction Gilles*

paragraph 20). Nevertheless, with this cautionary note, Hansard evidence can play a limited role in the interpretation of legislation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 35. Similarly, in *Anderson v. Canada (Customs and Revenue Agency)* (2003), 234 F.T.R. 227 (F.C.T.D.), at paragraph 31, Justice Dawson stated that “Hansard cannot establish the intent of Parliament, but it may provide relevant evidence as to the background and purpose of legislation”. While the evidence of the Assistant Deputy Minister at the Committee hearings is not Hansard, it is reasonable to conclude that her interpretation of the provisions was accepted by the members of the Committee who then supported the passage of the Bill. Accordingly, it is appropriate to give this evidence some weight.

[35] Even though manuals and guidelines “are not binding on government institutions and even less so on the courts”, they can offer opinion on the purpose or meaning of the legislation (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219 (C.A.), at paragraph 37).

[36] When I examine the procedures described by the Assistant Deputy Minister and in the Manual, I see a procedure that is in harmony with the IRPA. The factors listed in the Manual, in my view, have some relevance to the criminal conviction and are connected to the purpose of the IRPA. I see nothing in the objectives of the IRPA or within the inadmissibility provisions that states “One strike and you’re out”. Whether someone is likely to reoffend or to be rehabilitated, whether a person has a strong support network that can keep them on the straight and narrow in the future or whether this was a first conviction are all matters that relate to an assessment of whether, in spite of the serious criminality, this person is or is not going to help enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society (paragraph 3(1)(b) of the IRPA).

*Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, au paragraphe 20). Malgré cet avertissement, il reste que la preuve tirée des comptes rendus officiels des débats parlementaires peut jouer un rôle restreint dans l’interprétation d’un texte de loi: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 35). De la même façon, la juge Dawson a indiqué, au paragraphe 31 de la décision *Anderson c. Canada (Agence des douanes et du revenu)* (2003), 234 F.T.R. 227 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); 2003 CFPI 667, au paragraphe 31: «le compte rendu officiel des débats parlementaires [. . .] ne peut établir l’intention du législateur, mais il peut offrir des indices sur le contexte et l’objet de la loi». Bien que le témoignage de la sous-ministre adjointe lors des audiences du Comité ne constitue pas un compte rendu officiel des débats parlementaires, on peut raisonnablement conclure que son interprétation des dispositions pertinentes a été acceptée par les membres du Comité, qui ont ensuite appuyé l’adoption du projet de loi. Il y a donc lieu d’accorder un certain poids à cet élément de preuve.

[35] Même si les guides et les lignes directrices «ne lie[nt] pas les institutions fédérales et encore moins les tribunaux», ils peuvent exposer des opinions sur l’objet ou le sens de dispositions législatives (*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219 (C.A.), au paragraphe 37).

[36] Le processus décrit par la sous-ministre adjointe et exposé dans le Guide me paraît en harmonie avec la LIPR. Selon moi, les facteurs énumérés dans le Guide ont un lien avec la déclaration de culpabilité et avec l’objet de la LIPR. Je ne vois rien dans les objectifs de la LIPR ou dans les dispositions relatives à l’interdiction de territoire qui puisse faire conclure qu’«après une erreur, c’est l’exclusion». La possibilité de récidive ou de réadaptation, l’existence d’un réseau d’appui solide pouvant garder dans le droit chemin ou la présence ou l’absence d’antécédents sont des facteurs qui permettent de déterminer si, en dépit de la grande criminalité, l’intéressé est une personne susceptible ou non d’enrichir et de renforcer le tissu social et culturel de la société canadienne (alinéa 3(1)b) de la LIPR).

[37] Certainly, there is a balancing to be done in order to achieve other objectives of protecting the safety of Canadians and maintaining the security of Canadians (paragraph 3(1)(h)) and promoting “international justice and security . . . by denying access to Canadian territory to persons who are criminals” (paragraph 3(1)(i)). However, I do not read these objectives as automatically denying access to Canada to a person who has a criminal conviction. In this regard, I agree with the statement of Ms. Atkinson:

We think that the balance we have in Bill C-11 is the correct balance between finding ways to protect the safety and security of Canadians and allowing us to remove serious criminals quickly, and ensuring due process and ensuring sensitivity to particular circumstances of individuals before making those decisions.

[38] The result, when an officer determines that he or she is not going to prepare a report, does not change the fact that the person is inadmissible, as defined by the IRPA; it does not mean the person is “admissible”. The practical effect of a decision by the officer not to prepare a report is that, in spite of being “inadmissible”, as defined in IRPA, there are compelling reasons to allow that person to remain in Canada.

[39] My reasoning is the same with respect to the decision to be made by the Minister’s delegate as to whether a report is well-founded, pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

[40] In spite of my interpretation of the relevant provisions, I do have a concern with the process to be followed. Under the former Act, the considerations of “all the relevant circumstances” was undertaken by the IAD, an independent, quasi-judicial body, whose decisions were reviewable by this Court. Where an appeal was allowed, the Minister and all affected parties could see, in the reasons, exactly why the permanent resident was being allowed to stay in spite of his serious criminality. A decision of the IAD set out the factors and its reasons. The IAD could place the permanent resident under strict conditions. Under the scheme now in place within CIC and described in the Manual, a decision to not refer made by an immigration officer would not likely ever see the light of day. As set out in paragraph

[37] Bien sûr, il faut procéder à un exercice de mise en balance afin de permettre la réalisation d’autres objectifs de la LIPR consistant à protéger la santé et garantir la sécurité des Canadiens (alinéa 3(1)h)) et à «promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par [. . .] l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels» (alinéa 3(1)i)). Selon moi, toutefois, ces objectifs n’ont pas pour effet d’interdire automatiquement l’accès au Canada à toute personne qui a fait l’objet d’une déclaration de culpabilité. Je partage à cet égard l’avis exprimé par M<sup>me</sup> Atkinson:

Nous pensons que le projet de loi C-11 établit le bon équilibre entre la protection de la sécurité des Canadiens et le renvoi rapide des grands criminels, d’une part, et les garanties de procédure et la prise en compte des circonstances particulières des intéressés, d’autre part.

[38] Lorsqu’un agent décide de ne pas préparer de rapport, cela ne change pas le fait que l’intéressé est interdit de territoire au sens de la LIPR; cela ne signifie pas qu’elle devient «admissible». L’effet pratique d’une telle décision est de mettre l’accent, en dépit de l’interdiction de territoire prévue par la LIPR, sur l’existence de motifs sérieux d’autoriser l’intéressé à demeurer au Canada.

[39] Ce raisonnement s’applique aussi à l’égard de la décision que doit prendre le représentant du ministre relativement au bien-fondé du rapport, sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[40] Malgré mon interprétation des dispositions en cause, le processus à suivre est pour moi un objet de préoccupation. Sous l’ancienne Loi, c’est la SAI qui procédait à l’examen de l’ensemble des circonstances pertinentes, c’est-à-dire un organisme quasi-judiciaire indépendant dont les décisions étaient soumises au contrôle de notre Cour. Lorsqu’elle accueillait un appel, le ministre et toutes les parties intéressées pouvaient savoir, en consultant les motifs, pourquoi le résident permanent était autorisé à rester malgré la grande criminalité. Les facteurs pris en considération et les motifs de la décision étaient exposés. La SAI pouvait imposer des conditions strictes à l’intéressé. Sous le régime en place à présent au Ministère et décrit dans le Guide, la décision d’un agent de ne pas établir de rapport

8.1 of Chapter ENF 5, the only trace of the officer's decision, under subsection 44(1) of the IRPA not to report would be as follows:

In rare instances, an officer may choose not to prepare a report with respect to a person who, in the opinion of the officer, is inadmissible on grounds involving . . . serious criminality. . . . In these cases, the officer should notify his/her supervisor in writing, and enter a Type 01 NCB—"Watch For" into the Field Operational Support System. . . . The non computer-based (NCB) entry should include full details of the inadmissibility, a brief account of what transpired and the officer's initials or name.

[41] It is one side of the delicate balance to argue that all the individual circumstances must be considered before a removal. However, the other side is the consequence flowing from the CIC interpretation that persons convicted of serious crimes may be allowed to stay in Canada with only a notation in the CIC file.

[42] While acknowledging this concern, I conclude that the scope of the discretion of an immigration officer under subsection 44(1) and of the Minister's delegate under subsection 44(2) is broad enough for them to consider the factors outlined in the relevant sections of the CIC procedural Manual. To the extent that some of these factors may touch upon humanitarian and compassionate considerations, I see no issue.

#### ISSUE No. 2: DUTY OF FAIRNESS

[43] Having concluded that the scope of the officer's or Minister's delegate's discretion extends beyond considering the fact of a conviction, the next question is one of the extent of the procedural fairness owed to an applicant as the officials carry out their functions under subsections 44(1) and (2) of the IRPA.

[44] The leading authority on the duty of fairness owed by officials is *Baker v. Canada (Minister of*

ne verrait même pas le jour. Comme l'indique le paragraphe 8.1 du chapitre ENF 5, la seule trace qui resterait de la décision prise par un agent sous le régime du paragraphe 44(1) de la LIPR serait la suivante:

Dans les rares cas, un agent peut décider de ne pas rédiger de rapport au sujet d'une personne qui est à son avis interdite de territoire pour des raisons [. . .] de grande criminalité [. . .] Dans ces cas, l'agent devrait informer par écrit son superviseur de sa décision et entrer un Type ENI 01—ATTENTION dans le Système de soutien aux opérations des bureaux locaux [. . .] L'entrée non informatisée devrait comprendre tous les détails relatifs à l'interdiction de territoire, un bref compte rendu des événements, les motifs invoqués par l'agent en ce qui concerne la décision de ne pas rédiger de rapport L44(1) ainsi que les initiales ou le nom de l'agent.

[41] On fait valoir d'un côté que toutes les circonstances d'une affaire doivent être prises en considération pour décider du renvoi, mais la conséquence découlant par ailleurs de l'interprétation de CIC est que des personnes déclarées coupables de crimes graves peuvent être autorisées à demeurer au Canada sur une seule inscription dans le dossier de CIC.

[42] En dépit de cette préoccupation réelle, je conclus que l'agent d'immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), et le représentant du ministre, sous celui du paragraphe 44(2), jouissent d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d'examiner les facteurs énumérés dans les sections applicables du Guide de CIC en matière de procédure. Dans la mesure où ces facteurs peuvent faire intervenir des questions d'ordre humanitaire, je ne vois pas de problème.

#### QUESTION N° 2: OBLIGATION D'AGIR ÉQUITABLEMENT

[43] Ayant conclu que le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration ou du représentant du ministre englobe l'examen de facteurs autres que la seule déclaration de culpabilité, je dois passer à la question suivante, celle de l'étendue de l'obligation d'équité procédurale assumée par les fonctionnaires dans l'accomplissement des fonctions prévues aux paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR.

[44] L'arrêt faisant autorité sur la question de l'obligation d'agir équitablement est l'arrêt *Baker c.*



*Citizenship and Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28. In assessing the duty of fairness, one should review the following:

- the nature of the decision being made and the procedures followed in making it;
- the nature of the statutory scheme;
- the importance of the decision to the individual affected;
- the legitimate expectation of the individual challenging the decision; and
- the choices of procedures made by the agency.

[45] As emphasized by Justice L’Heureux-Dubé in *Baker*, at paragraph 22:

. . . underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

#### Nature of the Decision

[46] Neither the officer’s report under subsection 44(1) nor the subsection 44(2) referral constitutes the final decision to remove the applicant. After a referral under subsection 44(2) by the Minister’s delegate, an inquiry—referred to as an admissibility hearing—is held before the Immigration Division. Pursuant to section 45 of the IRPA, the decision to make a removal order is made by the Immigration Division. In the case of the applicant, that inquiry was held.

[47] However, the options of the Immigration Division upon the subsection 44(2) referral, in a case of serious criminality, appear to be very limited. Paragraph 45(d) requires the Immigration Division to “make the applicable removal order against a . . . permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28. Dans l’appréciation de l’obligation d’agir équitablement, il faut tenir compte des éléments suivants:

- la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir;
- la nature du régime législatif;
- l’importance de la décision pour les personnes visées;
- les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;
- le choix de procédure que l’organisme fait lui-même.

[45] Comme l’a souligné la juge L’Heureux-Dubé, au paragraphe 22 de l’arrêt *Baker*:

[. . .] l’idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l’obligation d’équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d’une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu’ils soient considérés par le décideur.

#### La nature de la décision

[46] Ni le rapport établi par l’agent sous le régime du paragraphe 44(1) ni le renvoi sous le régime du paragraphe 44(2) ne constituent la décision finale de renvoi. Lorsque le représentant du ministre défère un dossier en application du paragraphe 44(2), une enquête a lieu devant la Section de l’immigration qui, aux termes de l’article 45 de la LIPR, rend la décision en matière de renvoi. Une telle enquête a eu lieu en l’espèce.

[47] Cependant, la Section de l’immigration effectuant l’enquête prévue au paragraphe 44(2) en matière de grande criminalité ne dispose pas de beaucoup d’options. L’alinéa 45d) énonce qu’elle prend «la mesure de renvoi applicable contre [. . .] le résident permanent sur preuve qu’il est interdit de territoire». Comme nous l’avons déjà

permanent resident is inadmissible”. As discussed earlier in these reasons, under subsection 36(1) of the IRPA, the applicant is inadmissible; there is no room for any other finding. Once the subsection 44(2) referral is made to the Immigration Division, the only outcome of the inquiry, that I can see, is a removal order. Finally, an appeal to the IAD has been removed for persons in the position of the applicant. Thus, the only power to prevent the applicant’s removal rested with the immigration officer and the Minister’s delegate. Only if either one or the other of these two officials had decided not to take further action would the applicant be able to avoid the issuance of a removal order under paragraph 45(d).

[48] A review of the transcript from the applicant’s admissibility hearing confirms the limited jurisdiction of the Immigration Division in the case of the applicant. After reviewing the details of the criminal conviction and the sentence imposed, the Immigration Division stated that, “This leaves me with no alternative but to order that you be deported from Canada”. There was no ability for the Immigration Division to take related factors into account in the inquiry process.

[49] This apparent “finality” of the two decisions appears to support a higher duty of procedural fairness. Nevertheless, I also must consider relevant case law that has characterized these types of decisions as “purely administrative”.

[50] The nature of analogous decisions under the former Act was considered by the Federal Court of Appeal in the case of *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34. The respondent submits that *Kindler* is relevant to the case before me; the applicant submits that the findings in *Kindler* do not apply. The hearing Judges in both *Correia* and *Leong* relied on *Kindler* to conclude that the decisions under subsections 44(1) and (2) were administrative in nature. I agree with my colleagues. For the reasons in the following paragraphs, I am of the view that, in spite of newly-worded provisions under IRPA, *Kindler* is applicable to the case before me.

[51] In *Kindler*, the Court of Appeal was considering the legality of decisions made under section 27 of the

signalé, le demandeur est interdit de territoire par application du paragraphe 36(1) de la LIPR; aucune autre conclusion n’est possible. Lorsqu’il y a renvoi pour enquête devant la Section de l’immigration en vertu du paragraphe 44(2), je ne vois que la mesure de renvoi comme issue. Et les personnes dans la situation du demandeur n’ont plus droit d’appel devant la SAI. Par conséquent, le pouvoir d’empêcher le renvoi du demandeur reposait entre les mains de l’agent d’immigration et du représentant du ministre. Ce n’est que si l’un ou l’autre de ces fonctionnaires avait décidé de ne pas poursuivre le dossier que le demandeur aurait pu éviter la prise de la mesure de renvoi sous le régime du paragraphe 45(d).

[48] La transcription de l’enquête visant le demandeur confirme la compétence limitée qu’exerce la Section de l’immigration dans de telles affaires. Après avoir examiné les détails de la déclaration de culpabilité et de la peine imposée, la Section a déclaré [TRADUCTION] «Cette conclusion ne me laisse pas d’autre choix que d’ordonner votre expulsion du Canada». La Section de l’immigration n’était pas habilitée à prendre des facteurs connexes en considération au cours de l’enquête.

[49] On pourrait conclure du caractère définitif qui semble s’attacher aux deux décisions que l’obligation d’équité procédurale est plus exigeante. Néanmoins, je dois également examiner la jurisprudence qui a qualifié ce type de décisions de «purement administratives».

[50] Dans l’arrêt *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34, la Cour d’appel fédérale a examiné la nature des décisions analogues rendues sous le régime de l’ancienne loi. Le défendeur défend la pertinence de cet arrêt, mais le demandeur prétend qu’il n’est pas applicable en l’espèce. Dans l’affaire *Correia* comme dans l’affaire *Leong*, les juges se sont appuyés sur l’arrêt *Kindler* pour conclure que les décisions rendues en application des paragraphes 44(1) et (2) étaient de nature administrative. Je partage leur avis. Pour les raisons exposées ci-après, j’estime que même si le libellé des dispositions applicables a changé depuis l’avènement de la LIPR, l’arrêt *Kindler* est applicable en l’espèce.

[51] Dans cet arrêt, la Cour d’appel devait se prononcer sur la légalité de décisions qui avaient été

former Act by the immigration officer and the Deputy Minister leading up to an inquiry. Mr. Kindler argued that the Deputy Minister had an obligation to afford him a non-oral or paper hearing before issuing a direction under subsection 27(3) of the former Act. Under subsection 27(3) of the former Act, the referral decision of the Deputy Minister is very similar to the referral decision of the Minister's delegate under subsection 44(2) of the IRPA. The conclusion of the Federal Court of Appeal was that he did not have such a right.

[52] Although the facts of *Kindler* involved a person with no legal status in Canada, rather than a permanent resident, I believe that the reasoning in that case remains applicable to the provisions of the IRPA and to the facts before me. In considering the nature of the decisions in question, Justice MacGuigan stated, at page 39:

Whether it is the decision of the Deputy Minister under subsection 27(3) to issue a direction for an inquiry to a senior immigration officer, or the subsequent decision of a senior immigration officer under subsection 27(4) to cause that inquiry to be held, or the parallel decision of such an officer under section 28 to cause an inquiry to be held, it is, I believe, a purely administrative decision. The senior immigration officer does not even have to reflect on the question; he is merely a conduit through whom the inquiry is caused by operation of the Act. The Deputy Minister has only to decide that an inquiry is warranted, which he could do on the existence of a *prima facie* case. His decision is analogous to that of any prosecutor who decides to proceed with a charge before the courts. [Emphasis added.]

In his conclusions, Justice MacGuigan considered all of the decisions made prior to the inquiry itself to be "purely administrative".

[53] In the inquiry, as here, the possible outcomes of the inquiry were limited. At pages 41-42, Justice MacGuigan stated:

It is true that the sole question in issue before the immigration adjudicator at the inquiry would be whether the factual allegations against the respondent are true. If they are, the result, deportation, must follow, since subsection 32(6) of

rendues, sous le régime de l'article 27 de l'ancienne Loi, par l'agent d'immigration et par le sous-ministre et qui avaient entraîné la tenue d'une enquête. Kindler avait fait valoir que le sous-ministre devait tenir une audience non orale ou accorder le droit de faire des représentations écrites avant de formuler une directive en vertu du paragraphe 27(3) de l'ancienne Loi. La décision du ministre de déférer l'affaire pour enquête sous le régime de cette disposition ressemblait beaucoup à celle que rend le représentant du ministre sous celui du paragraphe 44(2). La Cour d'appel a conclu que l'appelant ne jouissait pas d'un tel droit.

[52] Bien que l'affaire *Kindler* portât sur une personne qui se trouvait illégalement au Canada et non sur un résident permanent, le raisonnement ne s'en applique pas moins, selon moi, aux dispositions de la LIPR et aux faits de la présente espèce. Au sujet de la nature des décisions en cause, le juge MacGuigan a déclaré, à la page 39:

Selon moi, que l'on considère la décision du sous-ministre d'adresser une directive prévoyant la tenue d'une enquête à un agent d'immigration supérieur conformément au paragraphe 27(3), ou la décision subséquente prise par un agent d'immigration supérieur conformément au paragraphe 27(4) de faire tenir cette enquête, ou la décision parallèle prise par un tel agent conformément à l'article 28 de faire tenir une enquête, la décision examinée a un caractère purement administratif. L'agent d'immigration supérieur n'a même pas à réfléchir au sujet de la question en jeu; il est simplement l'intermédiaire qui, selon la Loi, déclenche la tenue de l'enquête. Le sous-ministre a seulement à décider que la tenue d'une enquête s'impose, ce qu'il peut faire sur le fondement d'une preuve *prima facie*. Sa décision est analogue à celle d'un procureur de la poursuite concluant qu'il poursuivra une accusation devant les tribunaux. [Non souligné dans l'original.]

Le juge MacGuigan a conclu que toutes les décisions prises avant l'enquête étaient «purement administratives».

[53] Comme en l'espèce, les résultats possibles de l'enquête étaient limités. Le juge MacGuigan a indiqué, aux pages 41 et 42:

Il est vrai que la seule question en litige devant l'arbitre de l'immigration lors de l'enquête serait celle de savoir si les allégations de fait présentées contre l'intimé sont vraies. Dans l'affirmative, l'expulsion doit s'ensuivre, puisque le

the Act precludes the adjudicator from considering special circumstances in determining whether to issue a deportation order in a case such as this. But in that respect the adjudicator is no different from many other triers of fact—the judge in a murder case, for example, who has no option as to imposing the penalty of life imprisonment if the facts are proved. What the adjudicator must do is scrupulously observe fairness in making his decision on the facts.

[54] Thus, even though the provisions have been amended and the final step of an appeal to the IAD removed, the analogies of the case before me to *Kindler* are evident. Under the current framework, all steps move towards an admissibility hearing, just as they did under the former Act. The outcome of this analysis and the applicability of *Kindler* is that the level of procedural fairness falls at the low end of the spectrum.

[55] The applicant draws the Court's attention to the decision of *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 503, and submits that the reasoning of *Cha*, is inconsistent with the reasoning in *Correia* and *Leong*. This is inaccurate. *Cha* involved a foreign national, not a permanent resident, who received a fine and licence suspension for impaired driving. He was not sentenced to a term of imprisonment. These facts distinguish *Cha*, but more importantly, the decision being reviewed was only the decision to grant the deportation order, not the decision to report or the decision to refer. It is essential to maintain the distinction between these decisions as the legislation does.

[56] Accordingly, looking at the first of the *Baker* factors, I am persuaded that the nature of these administrative decisions favours a relatively low duty of fairness.

#### Nature of the Statutory Scheme

[57] The next of the *Baker* factors to be considered is the nature of the statutory scheme. As pointed out by

paragraphe 32(6) de la Loi empêche l'arbitre de prendre en considération des circonstances spéciales lorsqu'il décide s'il prononcera une ordonnance d'expulsion dans une affaire comme celle-ci. Cependant, à cet égard, l'arbitre ne se trouve pas dans une situation différente de celle de tout autre juge des faits, comme le juge instruisant une affaire de meurtre, par exemple, qui n'a d'autre choix que d'imposer l'emprisonnement à vie si les faits sont établis. L'obligation de l'arbitre consiste à respecter scrupuleusement le principe de l'équité en prenant sa décision fondée sur les faits.

[54] En conséquence, même si les dispositions législatives ont été modifiées et si la dernière étape du processus, l'appel à la SAI, a été supprimée, l'analogie entre la présente espèce et l'affaire *Kindler* est évidente. Actuellement, toutes les étapes conduisent à une enquête, comme elles le faisaient sous l'ancienne Loi. Il ressort de cette analyse et de la conclusion de l'applicabilité de l'arrêt *Kindler* que la présente affaire ne commande pas un degré élevé d'équité procédurale.

[55] Le demandeur invoque la décision *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 503, et fait valoir que le raisonnement tenu dans cette affaire est incompatible avec celui des décisions *Correia* et *Leong*. Ça n'est pas le cas. L'affaire *Cha* concernait un étranger—non un résident permanent—qui avait été mis à l'amende et dont le permis de conduire avait été suspendu pour conduite avec facultés affaiblies. Il n'avait pas été condamné à une peine d'emprisonnement. Ces faits distinguent déjà l'affaire *Cha* de la présente espèce mais, fait plus important, la décision soumise au contrôle était uniquement la décision prononçant la mesure d'expulsion, non la décision d'établir un rapport ou celle de déférer l'affaire pour enquête. Il est essentiel d'observer les distinctions établies par la loi.

[56] Je conclus donc que la nature de ces décisions administratives—le premier des facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker*—favorise une obligation d'équité relativement peu exigeante.

#### La nature du régime législatif

[57] Relativement à cet autre facteur énuméré dans l'arrêt *Baker* qu'il faut prendre en considération, la juge

Justice L'Heureux-Dubé in *Baker*, at paragraph 24, "Greater procedural protections . . . will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted".

[58] The provisions at issue before me are part of Division 4 of the IRPA entitled "Inadmissibility". Realistically speaking, it would be rare for someone convicted of serious criminality to complete the Division 4 procedure without receiving a removal order. Thus, the officer's report and the subsection 44(2) referral are, most often, determinative of the issue of whether the applicant is to be issued a removal order. Further, without a statutory right of appeal to the IAD, the applicant is unable to have a further consideration of the inadmissibility determination.

[59] It would be, however, artificial to consider the inadmissibility division in isolation from the rest of the IRPA, as it relates to the applicant. As was recognized by my colleagues in *Correia* and *Leong*, the applicant had the right to make an application to the Minister for an exemption on humanitarian and compassionate (H&C) grounds (section 25). He could have availed himself of a pre-removal risk assessment (section 112). Under both of these processes, the applicant would have been permitted to make submissions that would have been taken into account by the decision-makers. None of the officer's report, the subsection 44(2) referral or the removal order is the end of all possibilities for the applicant to remain in Canada. Viewing the statute as a whole, the decisions at issue in this proceeding are not necessarily determinative of whether the applicant will be removed from Canada.

[60] Accordingly, considering the rights of the applicant under sections 25 and 112, the nature of the statutory scheme ensures that the applicant need not be removed without consideration of H&C and risk factors. This favours a lower duty of procedural fairness.

L'Heureux-Dubé a indiqué, au paragraphe 24: «des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes».

[58] Les dispositions en cause font partie de la section 4 de la LIPR, intitulée «Interdictions de territoire». Dans la réalité, il arrivera peu souvent que le processus prévu à la section 4 n'aboutira pas à une mesure de renvoi lorsqu'une condamnation correspond à la définition de grande criminalité. C'est pourquoi le rapport de l'agent d'immigration et le renvoi pour enquête en application du paragraphe 44(2) déterminent, le plus souvent, si l'intéressé fera l'objet d'une mesure de renvoi. En outre, puisque la LIPR exclut le droit d'appel devant la SAI, l'intéressé ne pourra demander d'autre examen de la décision en matière d'interdiction de territoire.

[59] Toutefois, il serait artificiel d'examiner l'application au demandeur de la section relative à l'interdiction de territoire sans tenir compte du reste de la LIPR. Comme mes collègues l'ont reconnu dans les décisions *Correia* et *Leong*, la LIPR prévoit le droit de présenter au ministre une demande de séjour pour motif humanitaire (article 25). Elle permet également l'évaluation des risques avant renvoi (article 112). Ces deux processus auraient permis au demandeur de soumettre des observations aux décideurs. Ni le rapport de l'agent ni le renvoi pour enquête ni la mesure de renvoi ne signifient la fin de toute possibilité de demeurer au Canada. Lorsqu'on examine la LIPR dans son ensemble, les décisions en cause ne déterminent pas nécessairement si le demandeur sera renvoyé du Canada.

[60] Par conséquent, compte tenu des droits que peut exercer le demandeur en vertu des articles 25 et 112, il appert que le régime législatif est tel qu'il pourrait y avoir examen de motifs d'ordre humanitaire ou de facteurs de risque avant que le demandeur ne soit renvoyé. Ce facteur favorise donc une obligation d'équité procédurale moins exigeante.

### Importance of the Decision to the Applicant

[61] There can be no question that the decisions of the immigration officer to prepare a report and of the Minister's delegate to refer that report to the Immigration Division are important to the applicant. As discussed, the outcome will be a removal order with no right of appeal to the IAD. The applicant points out that for someone in his position, who comes to Canada as a child and has been here for a long time, the decision has extreme importance. However, as noted above, the applicant had access to two other procedures where H&C factors and possibility of risk upon his return to the Philippines could have been considered.

### Legitimate Expectations of the Individual Challenging the Decision

[62] The fourth factor in the *Baker* analysis is the legitimate expectation of the person challenging the decision. As stated at paragraph 26 of *Baker*, "[i]f the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness". Further, the circumstances affecting procedural fairness take into account the promises or "regular practices" of the decision makers. Finally, Justice L'Heureux-Dubé commented that "it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure."

[63] In *Baker*, in examining this factor in the context of an immigration officer's decision on an H&C application, the argument before the Supreme Court was that the duty was heightened by the articles of an international convention. The Court rejected this argument.

[64] However, under both this factor and the fifth factor, the procedures set out in the Manual are relevant. Paragraph 8.7, Chapter ENF 5 of the Manual states that in making a subsection 44(1) report against a permanent resident:

... all persons who are or may be subject to a report are to be informed of the criteria against which their case is being assessed and the possible outcome of the review (including the

### L'importance de la décision pour le demandeur

[61] Il ne fait aucun doute que la décision de l'agent d'immigration d'établir un rapport et celle du représentant du ministre de déférer ce rapport à la Section de l'immigration revêtent une grande importance pour le demandeur. Comme on l'a vu, elles entraînent une mesure de renvoi sans droit d'appel à la SAI. Le demandeur fait valoir que pour quelqu'un comme lui, qui est arrivé très jeune au Canada et qui y a vécu longtemps, c'est une décision d'une extrême importance. Toutefois, comme on l'a indiqué, le demandeur disposait de deux autres recours permettant l'examen de motifs d'ordre humanitaire et des risques afférents au retour aux Philippines.

### Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision

[62] Il s'agit du quatrième facteur énuméré dans l'arrêt *Baker*. Comme on peut le lire au paragraphe 26 de cet arrêt, «[s]i le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure». De plus, les «circonstances» touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou «pratiques habituelles» des décideurs administratifs. Enfin, la juge L'Heureux-Dubé a estimé «qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures».

[63] Dans *Baker*, où l'examen de ce facteur avait lieu dans le contexte de la décision d'un agent d'immigration relative à une demande fondée sur un motif d'ordre humanitaire, l'argument invoqué devant la Cour suprême était que les clauses d'une convention internationale rendaient l'obligation plus exigeante. La Cour a rejeté cet argument.

[64] Concernant ce facteur et le cinquième facteur, toutefois, les directives formulées dans le Guide du Ministère sont pertinentes. Le paragraphe 8.7 du Chapitre ENF 5 énonce que lorsqu'est établi le rapport visé au paragraphe 44(1) contre un résident:

[. . .] toute personne faisant l'objet d'un rapport, ou qui est susceptible de faire l'objet d'un rapport, doit être informée des critères en vertu desquels son cas est évalué et des résultats

possibility of loss of appeal rights in A64 cases . . . ). They should also be given the opportunity to provide information. This can be done by way of in-person interview or in writing. For submissions in writing, sufficient time should be allowed for receipt by way of regular mail.

[65] Paragraph 12.3 provides that:

. . . an officer who writes a report must also provide a copy of that report to the person concerned.

. . .

It is accepted in the context of “natural justice” that persons who are reported under A44(1) should fully understand both the case against them and the nature and purpose of the report.

[66] Two important elements of the procedures set out in the Manual are: (1) the right to make submissions, either orally during an interview or in writing; and (2) the right to receive a copy of the report.

[67] Given that the Manual sets out the “practices” of CIC and given that the Manual is available to the public on the CIC Web site, it is reasonable to conclude that an affected person has an expectation that these two elements would be included in the duty of fairness afforded to each person. This appears to set the bar for the duty of fairness at something more than merely acting in good faith, as the Court in *Kindler* determined. This is not unreasonable now that the Supreme Court, in *Baker*, has given us more guidance on the matter of procedural fairness.

#### Choice of Procedures by CIC

[68] Justice L’Heureux-Dubé, at paragraph 27 of *Baker*, stated that this analysis should “take into account and respect” the choice of procedures made by the agency itself. She continued by stating that, while this was not determinative, “important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself”.

[69] In this case, CIC has adopted the procedures described above. *Baker* teaches us that weight should be given to these choices.

possibles de l’examen (y compris la possibilité de perte du droit d’appel pour les cas correspondant à L64 [. . .]) et se voir offrir la possibilité de fournir de l’information quant à son cas. Cela peut se faire au moyen d’un entretien en tête-à-tête ou par écrit. Pour ce qui est des soumissions par écrit, un délai suffisant devrait être alloué pour la réception par courrier ordinaire.

[65] On peut lire ce qui suit au paragraphe 12.3:

[. . .] un agent qui écrit un rapport doit aussi fournir une copie de ce rapport à la personne concernée

[. . .]

Il est admis dans le contexte de «justice naturelle» que les personnes qui feront l’objet de rapport en vertu de L44(1) devraient parfaitement comprendre les allégations faites contre elles et la nature et les objectifs du rapport.

[66] Le Guide énonce donc deux éléments importants: 1) le droit de présenter des observations, soit oralement pendant l’entrevue ou par écrit et 2) le droit de recevoir copie du rapport.

[67] Comme le Guide expose les «pratiques» de CIC et que le public peut y avoir accès sur le site Web du Ministère, on peut raisonnablement conclure que tout intéressé peut s’attendre à ce que l’obligation d’agir équitablement comprenne ces deux éléments. Cela semble exiger davantage que simplement agir de bonne foi comme la Cour l’a établi dans l’arrêt *Kindler*. Cette exigence n’est pas déraisonnable maintenant que la Cour suprême a donné des précisions sur l’équité procédurale dans l’arrêt *Baker*.

#### Les choix de procédures de CIC

[68] Au paragraphe 27 de l’arrêt *Baker*, la juge L’Heureux-Dubé a indiqué que cette analyse devrait «prendre en considération et respecter les choix de procédure que l’organisme fait lui-même». Elle a précisé que même si cet élément n’est pas déterminant, «il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l’organisme lui-même».

[69] En l’espèce, CIC a adopté la procédure précédemment décrite. L’arrêt *Baker* établit qu’il y a lieu d’accorder du poids à ce choix.

## Application to subsections 44(1) and (2) Decisions

[70] Balancing all of these factors, I find that they point toward a more relaxed duty of fairness, similar to that found by the Supreme Court in *Baker*. In my view, the duty of fairness implicitly adopted by CIC for purposes of the subsection 44(1) report is appropriate. Although these are administrative decisions (rather than quasi-judicial) and although the person affected has some other rights to seek to remain in Canada, these are serious decisions affecting his rights. CIC, whose choice of procedures should be respected, has elected to give the affected person a right to make submissions, either orally or in writing and to obtain a copy of the report. Having a copy of the report would allow the affected person to decide whether he wishes to seek judicial review of the immigration officer's report to this Court. This, I conclude is the duty of fairness owed the applicant and others in his position with respect to the officer's report.

[71] Implicit in this duty is, in my view, a requirement that the person being interviewed by an immigration officer is informed of the purpose of that interview so that he may make meaningful submissions. Further, I would think that the duty of fairness would require the immigration officer put to the interviewee any information he has that the interviewee would not reasonably be expected to have. A further implication is that the person should be offered the opportunity to have counsel present at any interview or to assist him in preparing written submissions. All of this is part of what CIC has acknowledged is required for the person to "fully understand both the case against them and the nature and purpose of the report".

[72] Given my conclusion that the duty of fairness is "relaxed", there are a number of procedures that are not essential. As was concluded in *Baker*, I would agree that an oral interview by the immigration officer is not always required, as long as the affected person is given an opportunity to make submissions and to know the case against him. Nor do I believe that the duty requires that the officer's report be put to the applicant for a further

## Application aux décisions fondées sur les paragraphes 44(1) et (2)

[70] Après examen de tous ces facteurs, j'estime qu'ils indiquent une obligation d'équité moins stricte, analogue à celle qui a été décrite dans l'arrêt *Baker*. À mon avis, l'obligation d'équité implicitement assumée par CIC en ce qui concerne le rapport prévu au paragraphe 44(1) est adéquate. Bien qu'elles soient de nature administrative (et non quasi-judiciaire) et que les intéressés disposent de recours pour demeurer au Canada, il s'agit de décisions graves ayant des incidences sur leurs droits. CIC, dont le choix en matière de procédure doit être respecté, a décidé de donner aux intéressés le droit de présenter des observations, oralement ou par écrit, et d'obtenir copie du rapport. L'obtention du rapport permet à l'intéressé de décider s'il demandera le contrôle judiciaire du rapport de l'agent d'immigration. Je conclus que, relativement au rapport de l'agent d'immigration, il s'agit là de l'obligation d'équité que CIC assume envers le demandeur et les autres personnes se trouvant dans sa situation.

[71] Cette obligation comprend nécessairement l'exigence que l'agent d'immigration informe la personne qu'il rencontre de l'objet de l'entrevue de façon qu'elle puisse valablement exercer son droit de présenter des observations. Elle comprend également, selon moi, l'exigence que l'agent d'immigration transmette à l'intéressé tout renseignement dont il dispose que l'intéressé n'a vraisemblablement pas en sa possession. Elle comporterait aussi l'exigence d'offrir à l'intéressé la possibilité d'être assisté d'un conseil lors d'une entrevue ou pour la préparation d'observations écrites. Tous ces éléments font partie de ce que CIC a reconnu comme nécessaire pour que l'intéressé comprenne parfaitement «les allégations faites contre [lui] et la nature et les objectifs du rapport».

[72] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'obligation d'équité est «moins stricte», certaines procédures ne sont pas essentielles. Comme la Cour suprême l'a conclu dans l'arrêt *Baker*, il n'est pas toujours nécessaire de procéder à une entrevue, du moment que l'intéressé a la possibilité de présenter des observations et de connaître les allégations faites contre lui. Je ne crois pas non plus qu'il faille communiquer le



opportunity to respond prior to the subsection 44(2) referral. The duty of fairness in this case does not reach the same level as in *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 3 (C.A.).

### ISSUE No. 3: APPLICATION OF THIS DUTY OF FAIRNESS TO THE APPLICANT

[73] In the case before me, the applicant, in his affidavit, sets out that an immigration officer came to interview him on November 20, 2003. He maintains that he did not know that the purpose of the interview was to prepare a subsection 44(1) report, that he was never told the criteria on which he was being assessed and that he was not given an opportunity to make submissions opposing his removal from Canada. He states that, while he was told he could have counsel for an inquiry, he was not advised on whether he could have counsel represent him on the issue of whether his case should be referred to an inquiry. The applicant acknowledges that he was asked questions. However, he argues that he would have liked to have made submissions on: the closeness of his family relationships, the information that he was on day parole; his integration into society and to rebut the conclusion that he has no proven means of support.

[74] The applicant was not cross-examined on his affidavit. Nor do I have an affidavit from the immigration officer setting out a different version of the procedures followed in this case.

[75] The officer's notes indicate that he was sensitive to the issues and the related facts. Nevertheless, it is unclear whether the applicant was made aware of these matters.

[76] On the basis of the evidence before me, I am not satisfied that the immigration officer provided the applicant with the appropriate level of procedure fairness. There were three errors:

1. The applicant was not advised of the purpose of the interview;
2. He was not allowed to make submissions; and

rapport de l'agent d'immigration pour lui donner une autre possibilité de répondre avant le renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2). L'obligation d'équité, en l'espèce, n'est pas aussi exigeante que dans l'affaire *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 3 (C.A.).

### QUESTION N<sup>o</sup> 3: APPLICATION DE L'OBLIGATION D'ÉQUITÉ AU DEMANDEUR

[73] En l'espèce, le demandeur a déclaré, dans son affidavit, qu'un agent d'immigration est venu le rencontrer le 20 novembre 2003, mais qu'il ne savait pas que cette entrevue servait à préparer le rapport prévu au paragraphe 44(1), qu'on ne lui a jamais précisé sur quels critères il était évalué et qu'il n'a pas eu l'occasion de faire valoir les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être renvoyé du Canada. Il affirme que, bien qu'on lui ait dit qu'il pouvait être assisté d'un avocat lors d'une enquête, on ne l'a pas informé qu'il pouvait l'être relativement à la question de savoir si son dossier serait déféré pour enquête. Il reconnaît qu'on lui a posé des questions, mais il fait valoir qu'il aurait aimé présenter certains arguments concernant l'unité familiale, le fait qu'il était en semi-liberté et son intégration à la société ainsi que réfuter la conclusion qu'il ne disposait d'aucuns moyens établis de subsistance.

[74] Le demandeur n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit, et on ne m'a pas présenté d'affidavit de l'agent d'immigration exposant une version différente à propos de la procédure suivie en l'espèce.

[75] Les notes de l'agent montrent que celui-ci était conscient des questions en cause et des faits connexes, mais n'indiquent pas si le demandeur a été mis au courant de ces questions.

[76] La preuve ne me convainc pas que l'agent d'immigration a observé à l'égard du demandeur les règles d'équité procédurale applicables. Trois erreurs ont été commises:

1. Le demandeur n'a pas été informé de l'objet de l'entrevue;
2. Il n'a pas eu la possibilité de présenter des observations;

3. He was not given a copy of the officer's report.

[77] For these reasons, the officer's report should be quashed. In light of the errors in the officer's report, it is impossible to determine whether the subsection 44(2) referral would have been different had the correct procedures been followed at the subsection 44(1) reporting stage. Thus, I would quash that decision as well.

[78] The respondent concedes that, if either the officer's report or the subsection 44(2) referral is found to be invalid, the Immigration Division will have had no jurisdiction to proceed with the applicant's admissibility hearing and no jurisdiction to issue the deportation order against him. I agree and will allow the application to quash that decision as well.

#### CONCLUSION

[79] In summary, it is my view that the officer acting under subsection 44(1) and the Minister's delegate acting under subsection 44(2) have the discretion to consider facts related to the applicant beyond the fact of his conviction. I also conclude that the officer did not satisfy the requirements of the duty of fairness that arise in the context of subsection 44(1) decisions. Orders will issue allowing all three applications.

[80] Recognizing that the question of discretion under subsections 44(1) and (2) of the IRPA will now be subject to somewhat conflicting jurisprudence and that this decision will raise issues of general importance, the applicant and respondent jointly proposed that I certify questions. I have stated these questions as follows:

1. What is the scope of: (a) the immigration officer's discretion under subsection 44(1) of the IRPA in making a decision as to whether to prepare a report to the Minister (or, as in this case, the Minister's delegate); and (b) of the discretion of the Minister's delegate, under subsection 44(2) of the IRPA, in making a decision as to whether to make a referral to the Immigration Division for an inquiry?

3. Il n'a pas obtenu de copie du rapport de l'agent.

[77] Pour ces motifs, il y a lieu d'annuler le rapport de l'agent. Compte tenu des erreurs ayant entaché l'étape de la préparation du rapport prévu au paragraphe 44(1), il est impossible de déterminer si l'application du paragraphe 44(2) aurait produit un résultat différent pour ce qui est du renvoi pour enquête. Par conséquent, je suis d'avis d'annuler cette décision également.

[78] Le défendeur reconnaît qu'en cas d'invalidité du rapport de l'agent ou du renvoi pour enquête, la Section de l'immigration n'a pas compétence pour procéder à l'enquête ou pour prendre la mesure d'expulsion. Je suis de cet avis. J'accueillerai donc aussi la demande d'annulation de cette décision.

#### CONCLUSION

[79] En résumé, j'estime que l'agent d'immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), et le représentant du ministre, sous le régime du paragraphe 44(2), jouissent du pouvoir discrétionnaire d'examiner des faits concernant le demandeur, autres que la déclaration de culpabilité. Je suis également d'avis que l'agent d'immigration n'a pas observé l'obligation d'équité exigée par le paragraphe 44(1). Trois ordonnances accueillant les demandes seront donc rendues.

[80] Reconnaissant que la question du pouvoir discrétionnaire conféré par les paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR fera maintenant l'objet d'une jurisprudence quelque peu conflictuelle et que la présente décision soulèvera des questions de portée générale, les parties ont conjointement proposé des questions à certifier. J'ai formulé ainsi ces questions:

1. Quelle est l'étendue a) du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration relativement à la décision d'établir ou non le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR à l'intention du ministre (ou, comme en l'espèce, à l'intention du représentant du ministre) et b) du pouvoir discrétionnaire du représentant du ministre relativement à la décision de déférer une affaire pour enquête à la Section de l'immigration, sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR?

2. What is the duty of fairness owed in respect of: (a) the immigration officer's decision on whether to prepare a report under subsection 44(1) of the IRPA; and (b) the decision of the Minister's delegate as to whether to refer such report to the Immigration Division under subsection 44(2) of the IRPA?

[81] In my view, these questions are determinative in this case and would be of general importance as CIC officials continue to struggle with their obligations under the IRPA. I believe it would be of benefit for the Court of Appeal to consider these questions.

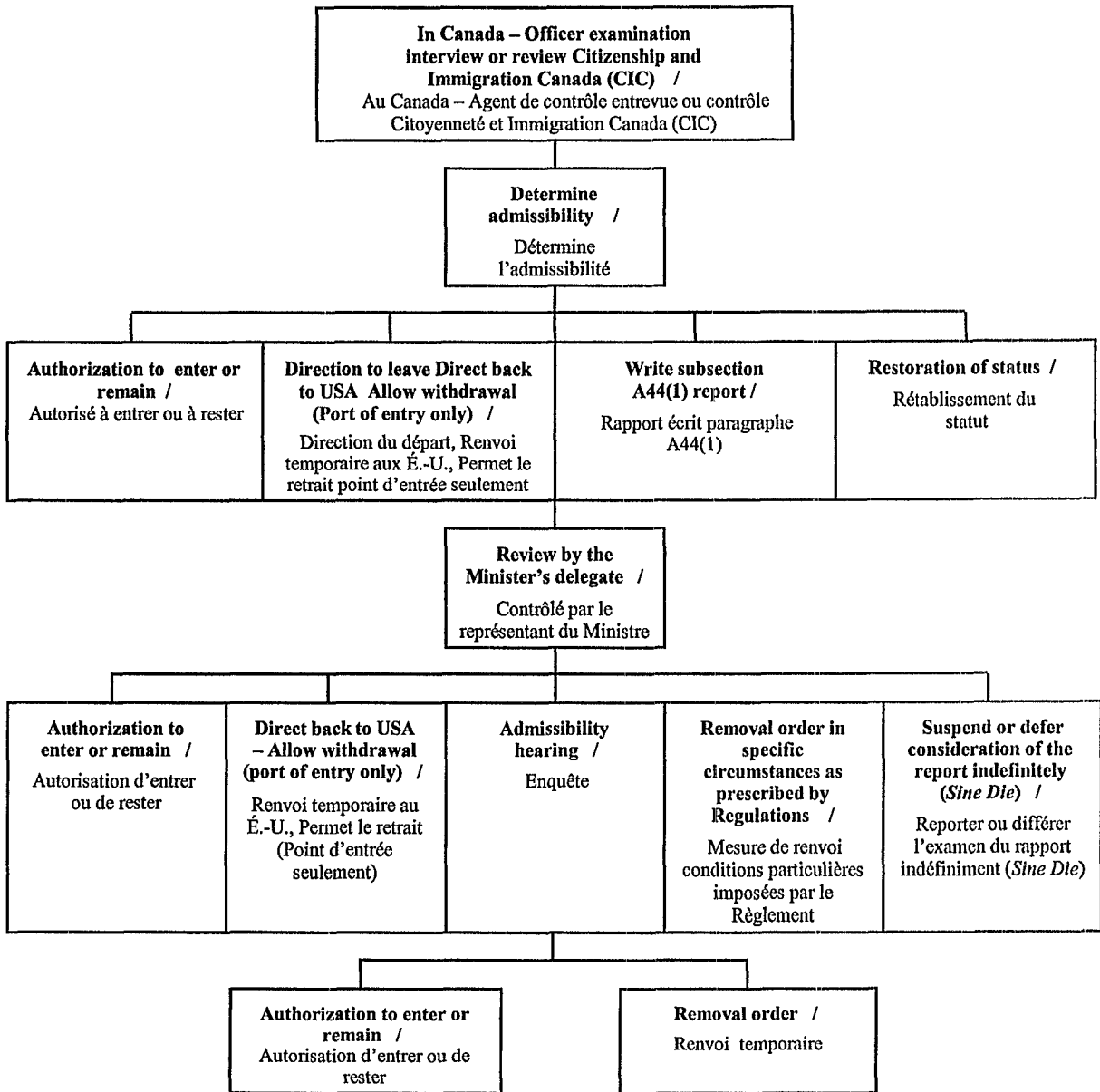
2. Quel est le contenu de l'obligation d'agir équitablement qu'assume a) l'agent d'immigration relativement à la décision d'établir le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR et b) le représentant du ministre relativement à la décision de déférer ce rapport à la Section de l'immigration sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR?

[81] Selon moi, ces questions sont déterminantes en l'espèce et, comme les fonctionnaires de CIC continueront d'être aux prises avec les obligations imposées par la LIPR, elles ont une portée générale. Je crois qu'il serait utile que la Cour d'appel les examine.

**APPENDIX A /  
ANNEXE A**

**ENF 5 Writing 44(1) Reports /  
ENF 5 Rédaction des rapports en vertu du L44(1)**

**7. Immigration and Refugee Protection Act—Subsection A44(1) Process \* /  
7. Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Procédures en vertu du L44(1)**



\* edited to reflect the facts of this case

\* Modifié pour tenir compte des faits de la présente affaire

A-501-04  
2005 FCA 221

A-501-04  
2005 CAF 221

**Laurentian Pilotage Authority (Appellant/Plaintiff)**

**Administration de pilotage des Laurentides  
(appelante/demanderesse)**

v.

c.

**Gestion C.T.M.A. Inc. and Navigation Madeleine Inc.  
and The Owners and Others Having an Interest in  
the Ship C.T.M.A. Voyageur (Respondents/  
Defendants)**

**Gestion C.T.M.A. Inc. et Navigation Madeleine Inc.  
et Les propriétaires et autres personnes ayant un  
droit sur le navire C.T.M.A. Voyageur (intimés/  
défendeurs)**

and

et

**Corporation des Pilotes du Bas Saint-Laurent  
(Intervener)**

**Corporation des Pilotes du Bas Saint-Laurent  
(intervenante)**

**INDEXED AS: LAURENTIAN PILOTAGE AUTHORITY v.  
VOYAGEUR (THE) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ADMINISTRATION DE PILOTAGE DES  
LAURENTIDES c. VOYAGEUR (LE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Décary and  
Pelletier J.J.A.—Montréal, May 31; Ottawa, June 10,  
2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Décary et  
Pelletier, J.C.A.—Montréal, 31 mai; Ottawa, 10 juin  
2005.

*Maritime Law — Pilotage — Appeal from Federal Court's dismissal of action claiming \$1,860,265.34 in unpaid pilotage charges on ship Voyageur between 1987 and 2002 — Federal Court determining charges owing re: three years immediately before commencement of action not prescribed under three-year prescriptive period but dismissing action in entirety due to insufficiency of evidence — Pilotage Act, s. 44 providing pilotage charges payable by ship subject to compulsory pilotage except where Authority waiving compulsory pilotage — Agent of ship jointly and severally liable to pay charges under s. 42 — Action against Gestion C.T.M.A. Inc., management company and sole shareholder of Navigation Madeleine Inc., dismissed — Not "agent of ship" within meaning of s. 42 — Appellant having power under s. 20(1)(c) to make regulations regarding waiver of compulsory pilotage charges — "Waiver" within meaning of Act, s. 44 significant exception and only existing in circumstances prescribed in regulations made under s. 20(1)(c) — Defence of waiver of compulsory pilotage charges based on exchange of letters suggesting Voyageur not subject to compulsory pilotage except in emergency, distress situations — Appellant must know ship subject to compulsory pilotage to grant waiver — No reason for appellant to exempt Voyageur from charges since thinking ship not subject to compulsory pilotage — Federal Court finding exchange of correspondence between appellant, pilots and pilots' associations regarding use of pilotage services perpetuating misunderstanding over ship's*

*Droit maritime — Pilotage — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté l'action réclamant 1 860 265,34 \$ en droits de pilotage pour le navire Voyageur entre 1987 et 2002 — La Cour fédérale a décidé que les droits dus relativement aux trois dernières années précédant immédiatement l'introduction de l'action n'étaient pas prescrits selon la période de prescription de trois ans mais elle a rejeté l'action dans sa totalité en raison d'une insuffisance de preuve — L'art. 44 de la Loi sur le pilotage prévoit que des droits de pilotages sont payables par le navire assujéti au pilotage obligatoire, sauf si une administration le dispense du pilotage obligatoire — L'agent du navire est solidairement responsable du paiement des droits en vertu de l'art. 42 — L'action contre Gestion C.T.M.A. Inc., société de gestion qui est l'unique actionnaire de Navigation Madeleine Inc., est rejetée — Elle n'est pas « l'agent d'un navire » au sens de l'art. 42 — L'appelante a le pouvoir, en vertu de l'art. 20(1)c), de prendre des règlements généraux concernant la dispense des droits relatifs au pilotage obligatoire — Le terme « dispense » au sens de l'art. 44 constitue une exception importante et elle n'existe que dans les cas prévus dans les règlements adoptés en vertu de l'art. 20(1)c) — La défense de dispense de droits relatifs au pilotage obligatoire est fondée sur un échange de lettres donnant à penser que le Voyageur n'est pas assujéti au pilotage obligatoire, sauf s'il y a urgence ou détresse — L'appelante doit savoir qu'un navire est assujéti au pilotage obligatoire pour accorder une dispense*

*actual net tonnage — Parties convinced Voyageur not subject to compulsory pilotage regardless of context of exchange of correspondence.*

*Civil Code — Civil Code of Québec, Art. 2904 suspending prescription if impossible for person to act — Federal Court concluding appellant not demonstrating impossible for it to determine true net tonnage of ship Voyageur owing to respondents' negligence — Exchange of correspondence between appellant and respondents regarding ship's use of pilotage services indicating appellant satisfied Voyageur not subject to compulsory pilotage decisive factor in Court's conclusion — No evidence respondents engaging in deceitful manoeuvres to conceal ship's actual net tonnage — Respondents' "fault" in failing to pay charges not to be confused with "fault" leading to suspension of prescription under Art. 2904 — Art. 2925 providing for prescription of action to enforce "personal right" — "Personal right" consisting of person's ability to require from another person advantage that is subject-matter of obligation — Personal right customarily referred to as "claim" and obligation as "debt" — Nature of "personal right" not altered by source (i.e. statutory, regulatory, contractual, customary) — Pilotage Act, s. 44 regarding payment of penalty not falling outside scope of Art. 2925 C.C.Q. — Applicable prescriptive period of action three years — Pilotage charges owing beyond three years before commencement of action prescribed.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's action regarding a claim for \$1,860,265.34 in unpaid pilotage charges on the ship *Voyageur* between 1987 and 2002. The appellant relied on *Pilotage Act*, section 44 which provides that pilotage charges are payable by a ship subject to compulsory pilotage, except where an Authority waives compulsory pilotage. The respondents raised three defences: the appellants had the option to sue one of the respondents Gestion C.T.M.A. Inc.; the appellant had granted the *Voyageur* a waiver in 1992; and the appellant's action was prescribed by Article 2925 of the *Civil Code of Québec*. Although the Federal Court accepted the Authority's argument that charges owing for the three years before the action was commenced (March 2000) were not prescribed, it dismissed the action in its entirety because it considered that the evidence regarding the unpaid charges that were not prescribed was insufficient.

*— L'appelante n'avait pas de raison de dispenser le Voyageur des droits puisqu'elle pensait qu'il n'était pas assujéti au pilotage obligatoire — La Cour fédérale a conclu que l'échange de lettres entre l'appelante, les pilotes et les associations de pilotes concernant l'emploi des services de pilotage a perpétué un malentendu au sujet de la jauge nette du navire — Les parties étaient convaincues que le Voyageur n'était pas assujéti au pilotage obligatoire, sans égard au contexte de l'échange de lettres.*

*Code civil — L'art. 2904 du Code civil du Québec suspend la prescription si la personne est dans l'impossibilité d'agir — La Cour fédérale a conclu que l'appelante n'avait pas démontré qu'il lui avait été impossible de découvrir la vraie jauge nette du navire Voyageur en raison de la faute des intimés — L'échange de correspondance entre l'appelante et les intimés concernant l'emploi des services de pilotage qui indique que l'appelante était convaincue que le Voyageur n'était pas assujéti au pilotage obligatoire était un facteur déterminant dans la conclusion de la Cour — Il n'y avait aucune preuve que les intimés se sont livrés à des manoeuvres dolosives pour camoufler la jauge nette réelle du navire — La « faute » des intimés de ne pas payer les droits ne doit pas être confondue avec la « faute » menant à la suspension de la prescription en vertu de l'art. 2904 — L'art. 2925 prévoit une prescription pour l'action qui tend à faire valoir un « droit personnel » — Le « droit personnel » est la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une autre personne lui procure un avantage qui fait l'objet de l'obligation — Il est habituel d'appeler le droit personnel une « créance » et l'obligation une « dette » — La nature du « droit personnel » n'est pas modifiée par sa source (c.-à-d. législative, réglementaire, contractuelle ou coutumière) — L'art. 44 de la Loi sur le pilotage concernant le paiement d'une pénalité n'échappe pas à l'emprise de l'art. 2925 C.c.Q. — La prescription applicable est celle de trois ans — Les droits de pilotages dus au-delà de trois ans avant l'introduction de l'action sont prescrits.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté l'action de l'appelante concernant une réclamation de 1 860 265,34 \$ en droits de pilotage impayés pour le navire *Voyageur* entre 1987 et 2002. L'appelante a invoqué l'article 44 de la *Loi sur le pilotage*, lequel prévoit que des droits de pilotage sont payables par un navire assujéti au pilotage obligatoire, sauf si une administration le dispense du pilotage obligatoire. Les intimés ont soulevé trois moyens de défense: l'appelante avait la possibilité de poursuivre l'un des intimés, Gestion C.T.M.A. Inc.; l'appelante avait accordé au *Voyageur* une dispense en 1992; et l'action de l'appelante était prescrite par l'article 2925 du *Code civil du Québec*. Bien que la Cour fédérale ait accepté l'argument de l'Administration selon lequel les droits dus jusqu'à trois ans avant l'introduction de l'action (mars 2000) n'étaient pas prescrits, elle a rejeté l'action dans sa totalité parce qu'elle a estimé que la preuve concernant les droits impayés qui n'étaient pas prescrits était insuffisante.

*Held*, the appeal should be allowed.

Section 42 provides in part that the agent of a ship is jointly and severally liable to pay any pilotage charges. The respondent C.T.M.A. Inc. was not an “agent of a ship” within the meaning of section 42 since it was not an entity representing a ship for certain purposes. Gestion C.T.M.A. Inc., a management company, is simply the sole shareholder of the defendant Navigation Madeleine Inc., which is the sole owner of the ship in question. Even though the captain of the *Voyageur* sometimes wrote Gestion C.T.M.A. in the “agent” box when completing the pilotage cards, there was no evidence demonstrating that it was comparable to an “agent” within the meaning of section 42. The action brought against Gestion C.T.M.A. Inc. was therefore dismissed.

The “waiver” referred to in section 44 of the Act is not defined in the Act and elsewhere is only found in paragraph 20(1)(c), which gives the appellant the power to make regulations regarding the waiver of compulsory pilotage. The argument that the appellant had waived the compulsory pilotage was based on an exchange of letters suggesting that the *Voyageur* was not subject to compulsory pilotage except in emergency or distress situations. A “waiver” within the meaning of section 44 of the Act can only exist in the circumstances prescribed in a regulation made under paragraph 20(1)(c). A “waiver” of compulsory pilotage is a significant exception to the application of an Act, the primary objective of which is to secure “the interests of safety” and the Court should not go beyond what section 5 of the *Laurentian Pilotage Authority Regulations* allows. To grant a waiver, the appellant must know that a ship is subject to compulsory pilotage. In this case, since the appellant thought the ship was not subject to compulsory pilotage, there would have been no reason for it to exempt the *Voyageur* from charges it did not have to pay.

The relevant articles of the *Civil Code of Québec* regarding prescription were Articles 2904, 2922 and 2925. Under Article 2904 C.C.Q., prescription is suspended if it is impossible for the person to act. The Federal Court concluded that the appellant had failed to demonstrate that it had been impossible for it to act. The Judge was properly apprised of the law and the conclusion he reached was one of fact. He noted correctly that prescription is suspended where the impossibility to act results from the fault of the debtor of the obligation and, after carefully examining the evidence, concluded that it was not impossible for the appellant to determine the true net tonnage of the *Voyageur*. The decisive factor was apparently the exchange of correspondence between the appellant and the respondents indicating that the appellant was satisfied that the *Voyageur* was not subject to compulsory pilotage during the period in dispute. The respondents did not engage in deceitful

*Arrêt* : l’appel est accueilli.

L’article 42 prévoit en partie que l’agent d’un navire est solidairement responsable du paiement des droits de pilotage. L’intimée C.T.M.A. Inc. n’était pas « l’agent d’un navire » au sens de l’article 42, puisqu’elle n’était pas une entité représentant un navire à certaines fins. La société de gestion qu’est Gestion C.T.M.A. Inc. n’est que l’unique actionnaire de la défenderesse Navigation Madeleine Inc., laquelle est la seule propriétaire du navire en cause. Même si le capitaine du *Voyageur* a à l’occasion inscrit Gestion C.T.M.A. dans la case « agent » lorsqu’il a rempli les fiches de pilotage, il n’y avait aucune preuve pour démontrer qu’elle était assimilable à un « agent » au sens de l’article 42. L’action intentée contre Gestion C.T.M.A. Inc. a donc été rejetée.

La « dispense » dont traite l’article 44 de la Loi n’est pas définie dans la Loi et ne se retrouve ailleurs dans celle-ci qu’à l’alinéa 20(1)c) qui donne à l’appelante le pouvoir de prendre des règlements généraux concernant la dispense du pilotage obligatoire. L’argument selon lequel l’appelante avait dispensé le navire du pilotage obligatoire était fondé sur un échange de lettres donnant à penser que le *Voyageur* n’était pas assujéti au pilotage obligatoire sauf dans le cas d’urgence ou de détresse. Il ne peut y avoir de « dispense », au sens de l’article 44 de la Loi, que dans les cas prévus dans un règlement adopté en vertu de l’alinéa 20(1)c). Une « dispense » de pilotage obligatoire constitue une exception importante à l’application d’une Loi dont l’objectif premier est d’assurer la « sécurité de la navigation » et la Cour ne devrait pas aller au-delà de ce que l’article 5 du *Règlement de l’Administration de pilotage des Laurentides* permet. Pour accorder une « dispense », l’appelante doit savoir qu’un navire est assujéti au pilotage obligatoire. En l’espèce, comme l’appelante croyait que le navire n’était pas assujéti au pilotage obligatoire, il n’y aurait eu aucune raison pour elle de dispenser le *Voyageur* de droits qu’il n’avait pas à payer.

Les articles pertinents du *Code civil du Québec* concernant la prescription sont les articles 2904, 2922 et 2925. Selon l’article 2904 C.C.Q., la prescription est suspendue si la personne est dans l’impossibilité d’agir. La Cour fédérale a conclu que l’appelante n’avait pas démontré qu’elle avait été dans l’impossibilité d’agir. Le juge s’était bien instruit en droit et la conclusion à laquelle il en était arrivé en était une de fait. Il a rappelé, avec raison, que la prescription est suspendue lorsque l’impossibilité d’agir résulte de la faute du débiteur de l’obligation et, après avoir examiné avec soin la preuve, il en est arrivé à la conclusion que l’appelante n’était pas dans l’impossibilité de découvrir la vraie jauge nette du *Voyageur*. Le facteur déterminant a apparemment été l’échange de correspondance entre l’appelante et les intimés, laquelle indiquait que l’appelante était convaincue que le *Voyageur* n’était pas assujéti au pilotage obligatoire au cours de la

manoeuvres to conceal from the appellant, the pilots and the pilots' corporations the ship's actual net tonnage. The captain of the ship used pilotage services until the appellant informed him that these services would only be provided in cases of emergency or distress situations. Based on the evidence, the Judge found that there was a misunderstanding over the actual net tonnage from the outset and that this misunderstanding, through an exchange of correspondence regarding the use of pilotage services, was perpetuated by the appellant, the pilots and the pilots' associations. They were all convinced that the *Voyageur* was not subject to compulsory pilotage and the respondents, who knew they were in theory subject to it because of the ship's net tonnage, thought they were being exempted. In reaching its conclusion, the Federal Court based itself on evidence that allowed it to draw the inferences that it drew. Moreover, the "fault" of the respondents in failing to pay the charges because of the actual net tonnage of the ship was not to be confused with the "fault" leading to the suspension of the prescription, for which there was insufficient evidence.

The general rule regarding prescription of an action to enforce a "personal right" is found in Article 2925 C.C.Q. The concept of "personal right" is clearly established in civil law and consists of a person's ability to require from another person an advantage that is the subject-matter of the obligation. The personal right is customarily referred to as a claim and the obligation as a debt. The fact that an obligation is statute-based in no way alters its personal nature. It is the nature of the right that is exercised that must be examined, not its source, which may be statutory, regulatory, contractual, customary, etc. Section 44 of the Act regarding the payment of a penalty is not of a penal nature and does not go beyond the scope of Article 2925 C.C.Q. The liability established in section 44 is not different from the one established in section 42. Since the applicable prescriptive period is three years, the pilotage charges owing more than three years before the action was commenced (March 31, 2003) were prescribed and could not be claimed.

Finally, the Judge erred in not accepting the appellant's request to allot some time for the parties to make submissions regarding the quantum of the claim for the last three years and the respondents' request to order the discharge from seizure.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 2904, 2922, 2925.

*Companies Act*, R.S.Q., c. C-38.

*Pilotage Act*, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 18, 20(1)(c), 40, 42, 44.

période en question. Les intimés ne s'étaient pas livrés à des manoeuvres dolosives aux fins de camoufler aux yeux de l'appelante, des pilotes et des corporations de pilotes, le montant réel de la jauge nette du navire. Le capitaine du navire a fait appel aux services de pilotage jusqu'à ce que l'appelante l'informe que ces services ne lui seraient offerts qu'en cas d'urgence ou de détresse. En se basant sur la preuve, le juge a conclu qu'il y avait eu un malentendu sur la jauge nette réelle dès le début et que ce malentendu, par l'entremise d'un échange de correspondance concernant l'emploi des services de pilotage, a été perpétué par l'appelante, les pilotes et les associations de pilotes. Ils étaient tous convaincus que le *Voyageur* n'était pas assujéti au pilotage obligatoire et les intimés, qui se savaient en principe assujétis en raison de la jauge nette réelle du navire, croyaient bénéficier d'une dispense. En concluant ainsi, la Cour fédérale s'est appuyée sur une preuve qui lui permettait de tirer les inférences qu'elle en a tirées. De plus, la « faute » des intimés de ne pas payer les droits en raison de la jauge nette réelle du navire ne devait pas être confondue avec celle menant à la suspension de la prescription, pour laquelle il y avait insuffisance de preuve.

La règle générale concernant la prescription d'une action pour faire valoir un « droit personnel » se trouve à l'article 2925 C.c.Q. Le concept de « droit personnel » est bien établi en droit civil et c'est la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une autre personne lui procure un avantage qui fait l'objet de l'obligation. Il est habituel d'appeler le droit personnel une créance et l'obligation une dette. Le fait qu'une obligation ait une source statutaire ne modifie en rien son caractère personnel. C'est la nature du droit exercé qu'il faut examiner, pas sa source, laquelle peut être législative, réglementaire, contractuelle, coutumière, etc. L'article 44 de la Loi concernant le paiement d'une pénalité n'est pas de nature pénale et n'échappe pas à l'emprise de l'article 2925 C.c.Q. La responsabilité établie à l'article 44 n'est pas différente de celle établie à l'article 42. La prescription applicable étant celle de trois ans, les droits dus plus de trois ans avant l'introduction de l'action (le 31 mars 2003) étaient prescrits et ne pouvaient plus être réclamés.

Enfin, le juge a commis une erreur en n'acceptant pas la demande de l'appelante de consacrer du temps aux parties pour qu'elles fassent leurs observations concernant le quantum de la réclamation pour les trois dernières années et celle des intimés d'ordonner la mainlevée de la saisie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2904, 2922, 2925.

*Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), ch. P-14, art. 18, 20(1)c), 40, 42, 44.

*Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38.



*Laurentian Pilotage Authority Regulations*, C.R.C.,  
c. 663, s. 5.

*Règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides*,  
C.R.C., ch. 663, art. 5.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*A/S Ornen v. Duteous (The)*, [1987] 1 F.C. 270; (1986), 4 F.T.R. 122 (T.D.); *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; (1998), 162 D.L.R. (4th) 1; 228 N.R. 5.

## REFERRED TO:

*Western Great Lakes Pilots' Assn. (District 3) v. Navitrans Shipping Agencies Inc.* (2002), 223 F.T.R. 283; 2002 FCT 915; *Giguère c. Parenteau*, [1990] R.D.J. 598 (Que. C.A.); *Chouinard c. Centre hospitalier St. Mary's*, [2002] R.J.Q. 12; [2002] R.R.A. 27 (Que. C.A.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; 2002 SCC 33; *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459 (Que. C.A.); *Pires c. Zaccheo*, [1998] R.J.Q. 2973 (Que. C.A.); *Nadeau c. Nadeau*, [1999] R.L. 330 (Que. C.A.); *Basil Holding Corp. c. Côte St-Luc (Ville)*, [1998] R.L. 661 (Que. Sup. Ct.); *Commission des normes du travail c. Perreault*, J.E. 2002-2144 (C.Q.).

## AUTHORS CITED

Mignault, P. B. *Droit civil canadien*, tome II. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896.  
Tancelin, Maurice et Daniel Gardner. *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003.

APPEAL from a Federal Court decision ((2004), 258 F.T.R. 210; 2004 FC 939) dismissing the appellant's action for unpaid pilotage charges on the ship *Voyageur* on the ground that the claim made was prescribed and that there were insufficient particulars to decide whether, during the years when the *Voyageur* was operating, there were unpaid pilotage charges that were not prescribed. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Guy P. Major* for appellant.  
*Francis Gervais* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Guy P. Major*, Montréal, for appellant.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*A/S Ornen c. Duteous (Le)*, [1987] 1 C.F. 270; (1986), 4 F.T.R. 122 (1<sup>re</sup> inst.); *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; (1998), 162 D.L.R. (4th) 1; 228 N.R. 5.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Western Great Lakes Pilots' Assn. (District 3) c. Navitrans Shipping Agencies Inc.* (2002), 223 F.T.R. 283; 2002 CFPI 915; *Giguère c. Parenteau*, [1990] R.D.J. 598 (C.A. Qué.); *Chouinard c. Centre hospitalier St. Mary's*, [2002] R.J.Q. 12; [2002] R.R.A. 27 (C.A. Qué.); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; 2002 CSC 33; *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459 (C.A. Qué.); *Pires c. Zaccheo*, [1998] R.J.Q. 2973 (C.A. Qué.); *Nadeau c. Nadeau*, [1999] R.L. 330 (C.A. Qué.); *Basil Holding Corp. c. Côte St-Luc (Ville)*, [1998] R.L. 661 (C.S. Qué.); *Commission des normes du travail c. Perreault*, J.E. 2002-2144 (C.Q.).

## DOCTRINE CITÉE

Mignault, P. B. *Droit civil canadien*, tome II. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896.  
Tancelin, Maurice et Daniel Gardner. *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ((2004), 258 F.T.R. 210; 2004 CF 939) qui a rejeté l'action de l'appelante réclamant des droits de pilotage impayés pour le navire *Voyageur* au motif que la réclamation était prescrite et qu'il n'y avait pas suffisamment de détails pour juger si durant les dernières années où le *Voyageur* naviguait, il y avait des droits de pilotage impayés qui n'étaient pas prescrits. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Guy P. Major* pour l'appelante.  
*Francis Gervais* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Guy P. Major*, Montréal, pour l'appelante.

*Deveau, Lavoie, Bourgeois, Lalonde & Associés, S.E.N.C., Laval, for respondents.*

*Deveau, Lavoie, Bourgeois, Lalonde & Associés, S.E.N.C., Laval, pour les intimés.*

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

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] DÉCARY J.A.: The Laurentian Pilotage Authority (the appellant or the Authority) is claiming from the respondents the sum of \$1,860,265.34 for unpaid pilotage charges on the ship *Voyageur* between 1987 and 2002. The Authority relies on section 44 of the *Pilotage Act* [R.S.C., 1985, c. P-14], which reads as follows:

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : L'Administration de pilotage des Laurentides (l'appelante ou l'Administration) réclame des intimées une somme de 1 860 265,34 \$ pour des droits de pilotage impayés entre 1987 et 2002 eu égard au navire le *Voyageur*. L'Administration s'appuie sur l'article 44 de la *Loi sur le pilotage* [L.R.C. (1985), ch. P-14], qui se lit comme suit :

44. Except where an Authority waives compulsory pilotage, a ship subject to compulsory pilotage that proceeds through a compulsory pilotage area not under the conduct of a licensed pilot or the holder of a pilotage certificate is liable, to the Authority in respect of which the region including that area is set out in the schedule, for all pilotage charges as if the ship had been under the conduct of a licensed pilot.

44. Sauf si une Administration le dispense du pilotage obligatoire, le navire assujéti au pilotage obligatoire qui poursuit sa route dans une zone de pilotage obligatoire sans être sous la conduite d'un pilote breveté ou du titulaire d'un certificat de pilotage est responsable envers l'Administration dont relève cette zone des droits de pilotage comme si le navire avait été sous la conduite d'un pilote breveté.

[2] The respondents have argued three defences: the first, on which the Federal Court Judge did not rule (apparently because of the ultimate conclusion he reached to dismiss the action), involves the Authority's option to sue one of the respondents, *Gestion C.T.M.A. Inc.*; the second has to do with the waiver which, in their opinion, had been granted to the *Voyageur* by the Authority in 1992; the third relies on the three-year prescription in Article 2925 of the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64] (the Code or C.C.Q.).

[2] Les intimés ont fait valoir trois moyens de défense : le premier, sur lequel le juge de la Cour fédérale ne s'est pas prononcé (vraisemblablement en raison de la conclusion ultime à laquelle il en est arrivé de rejeter l'action), vise la possibilité qu'a l'Administration de poursuivre l'un des intimés, *Gestion C.T.M.A. Inc.*; le second a trait à la dispense qui, à leur avis, aurait été accordée au *Voyageur* par l'Administration en 1992; le troisième invoque la prescription triennale de l'article 2925 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64] (le Code ou C.c.Q.).

[3] Mr. Justice Lemieux, of the Federal Court, dismissed the Authority's argument based on the waiver, but he accepted the one based on the three-year prescription [*Laurentian Pilotage Authority v. Gestion C.T.M.A. Inc.* (2004), 258 F.T.R. 210]. Although this conclusion, *prima facie*, means that the action must be allowed in part (i.e. in respect of the last three of the fifteen years in dispute), the Judge dismissed it in its entirety, using the following language (at paragraph 90):

[3] Le juge Lemieux, de la Cour fédérale, a rejeté l'argument de l'Administration fondé sur la dispense, mais il a retenu celui fondé sur la prescription triennale [*Administration de pilotage des Laurentides c. Gestion C.T.M.A. Inc.* (2004), 258 F.T.R. 210]. Bien que cette conclusion, à prime abord, fait en sorte que l'action doive être accueillie en partie (i.e. eu égard aux trois dernières des 15 années en litige), le juge l'a rejetée dans sa totalité, utilisant les termes suivants (2004 CF 939, au paragraphe 90) :

For all these reasons, the plaintiff's action is dismissed with costs on the ground that the claim made is prescribed. The Court did not receive sufficient particulars to decide whether

Pour tous ces motifs, l'action de la partie demanderesse est rejetée avec dépens au motif que la réclamation recherchée est prescrite. Je n'ai pas reçu suffisamment de détails pour juger

during the years when the *Voyageur* was operating there were unpaid pilotage charges that were not prescribed. I invite the parties to contact the Court on this point, if necessary.

[4] The same arguments were made before us, some in the context of a cross-appeal filed by the respondents which, in my opinion, was not really necessary. A new argument was advanced by the appellant in relation to the costs.

[5] I will address the arguments in the aforesaid order.

#### Status of Gestion C.T.M.A. Inc.

[6] Because the captain of the *Voyageur*, when sometimes completing the pilotage cards, wrote Gestion C.T.M.A. Inc. in the “agent” box, the Authority argues that Gestion C.T.M.A. Inc. is jointly and severally liable for pilotage charges under section 42 of the Act, which reads:

42. The owner, master and agent of a ship are jointly and severally liable to pay any pilotage charges.

[7] This argument is without merit. The “agent of a ship”, within the meaning of this section, refers to the entity which, in maritime terminology, represents a ship for certain purposes. In *A/S Ornen v. Duteous (The)*, [1987] 1 F.C. 270 (T.D.), at pages 291-292, Mr. Justice Dubé adopted the following definition of “ship’s agent”:

A basic definition of a ship’s agent is provided by Pearson L.J. in *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.* [at page 404]:

The ship’s agent is, in the normal case, the agent of the shipowner at the particular port, and the ship’s agent, therefore, at that port stands in the shoes of the shipowner; and it is reasonable to suppose that he has the authority to do whatever the shipowner has to do at that port.

(see, also, *Western Great Lakes Pilots’ Assn. (District 3) v. Navitrans Shipping Agencies Inc.* (2002), 223 F.T.R. 283 (F.C.T.D.), Prothonotary Morneau).

[8] Gestion C.T.M.A. Inc., a management company, is simply the sole shareholder of the defendant Navigation Madeleine Inc., which is the sole owner of the ship in

si durant les dernières années où le « *Voyageur* » naviguait, il y avait des droits de pilotage impayés qui n’étaient pas prescrits. J’invite les parties à communiquer avec la Cour sur ce point s’il y a lieu.

[4] Ces mêmes arguments ont été plaidés devant nous, certains dans le cadre d’un appel incident que les intimés ont déposé et qui, à mon avis, n’était pas vraiment nécessaire. Un nouvel argument a été avancé par l’appelante, relativement aux dépens.

[5] Je traiterai des arguments dans l’ordre susdit.

#### Le statut de Gestion C.T.M.A. Inc.

[6] Du fait que le capitaine du *Voyageur*, en complétant à l’occasion les fiches de pilotage, a inscrit Gestion C.T.M.A. Inc. dans la case « agent », l’Administration soutient que Gestion C.T.M.A. Inc. est solidairement responsable des droits de pilotage en raison de l’article 42 de la Loi, qui se lit :

42. Le propriétaire, le capitaine et l’agent d’un navire sont solidairement responsables du paiement des droits de pilotage.

[7] Cet argument est sans mérite. « L’agent d’un navire », au sens de cet article, vise l’entité qui, dans le langage maritime, représente un navire à certaines fins. Le juge Dubé, dans *A/S Ornen c. Duteous (Le)*, [1987] 1 C.F. 270 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 291 et 292, adoptait la définition suivante de « *ship’s agent* » :

Le Lord juge Pearson, dans l’arrêt *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.* [à la page 404] donne une définition de principe de l’agent maritime :

[TRADUCTION] L’agent maritime est, habituellement, le mandataire de l’armateur dans un port désigné et l’agent maritime donc, dans ce port, porte les souliers de l’armateur; aussi est-il raisonnable de supposer qu’il a le pouvoir de faire tout ce que l’armateur pourrait faire dans ce port.

(voir, aussi, *Western Great Lakes Pilots’ Assn. (District 3) c. Navitrans Shipping Agencies Inc.* (2002), 223 F.T.R. 283 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), protonotaire Morneau).

[8] La société de gestion qu’est Gestion C.T.M.A. Inc. n’est que l’unique actionnaire de la défenderesse Navigation Madeleine Inc., laquelle est la seule

question. No evidence was submitted tending to demonstrate that it is comparable to an “agent” within the meaning of section 42.

[9] The action brought against Gestion C.T.M.A. Inc. should therefore be dismissed, irrespective of the Court’s findings on the other issues.

#### The waiver

[10] The “waiver” (“*dispense*” in the French text) referred to in section 44 of the Act is nowhere defined in the Act, and in fact is found elsewhere in the Act only in paragraph 20(1)(c), which gives the Authority the power to make regulations “prescribing the circumstances under which compulsory pilotage may be waived”.

[11] In the *Laurentian Pilotage Authority Regulations*, C.R.C., c. 1268, section 5 has identified three situations in which a waiver may be allowed:

5. (1) The authority may waive compulsory pilotage of any ship

(a) that is to arrive in, depart from or make a moveage within the compulsory pilotage area if her owner, master or agent has complied with section 6, 7, 8, 9 or 10, whichever is applicable, and no licensed pilot is available to perform pilotage duties at the time of her arrival, departure or moveage, as the case may be, or

(b) in respect of which one or more licensed pilots refuse to perform pilotage duties, except where the Authority regards the ship as unsafe.

(2) Notwithstanding subsection (1), the Authority may waive compulsory pilotage of a ship that is in distress, proceeding to a ship in distress or entering the compulsory pilotage area for refuge.

[12] In the case at bar, the “waiver” is alleged to result from a series of letters, one of which is dated June 22, 1992, sent to the respondents by the Authority, and which reads as follows (A.R., Vol. 1, at page 134):

[TRANSLATION] We have been informed by the president of the Corporation of Mid St. Lawrence Pilots, Jean-Pierre Leroux, that we should no longer dispatch pilots to the ship CTMA

propriétaire du navire en cause. Aucune preuve n’a été faite qui tendrait à démontrer qu’elle est assimilable à un « agent » au sens de l’article 42.

[9] L’action intentée contre Gestion C.T.M.A. Inc. devrait donc être rejetée quelles que soient les conclusions de la Cour eu égard aux autres questions.

#### La dispense

[10] La « dispense » (ou « *waiver* » dans le texte anglais) dont traite l’article 44 de la Loi n’est définie nulle part dans la Loi et ne se retrouve ailleurs dans celle-ci qu’à l’alinéa 20(1)c) qui donne à l’Administration le pouvoir de prendre des règlements généraux et d’« établir les circonstances dans lesquelles il peut y avoir dispense du pilotage obligatoire ».

[11] Dans le *Règlement de l’Administration de pilotage des Laurentides*, C.R.C., ch. 1268, l’article 5 a identifié trois situations donnant ouverture à une dispense :

5. (1) L’Administration peut dispenser du pilotage obligatoire un navire

a) qui doit arriver dans une zone de pilotage obligatoire, la quitter ou y effectuer un déplacement, si le propriétaire, le capitaine ou l’agent du navire s’est conformé aux prescriptions des articles 6, 7, 8, 9 ou 10, selon le cas, et si aucun pilote breveté n’est disponible au moment de l’arrivée, du départ ou du déplacement du navire, selon le cas; ou

b) pour lequel un ou plusieurs pilotes brevetés refusent d’exercer les fonctions de pilote, sauf le cas où l’Administration considère que le navire est peu sûr.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), l’Administration peut dispenser un navire du pilotage obligatoire si le navire est en détresse, s’il se dirige vers un autre navire en détresse ou s’il entre dans la zone de pilotage obligatoire pour se mettre à l’abri.

[12] En l’espèce, la « dispense » résulterait d’une série de lettres, dont l’une en date du 22 juin 1992 adressée aux intimés par l’Administration et qui se lit comme suit (D.A., vol. 1, à la page 134) :

Nous avons été informés par le président de la corporation des pilotes du St-Laurent Central, M. Jean-Pierre Leroux, de ne plus affecter de pilotes au navire C.T.M.A. Voyageur puisque

Voyageur, since it is not subject to compulsory pilotage except in emergency or distress situations.

[13] The respondents acknowledge that this exchange of letters, which suggests that the *Voyageur* is not subject to compulsory pilotage except in emergency or distress situations, does not fall within the framework of the situations described in section 5 of the Regulations. They argue, however, that section 5 does not exhaust all possible forms of “waiver” and that the exchange of letters amounts to a new form of waiver.

[14] This is not my opinion. There can be a “waiver”, within the meaning of section 44 of the Act, only in the situations covered in a regulation adopted under paragraph 20(1)(c). A “waiver” of compulsory pilotage is a significant exception to the application of an Act the primary objective of which is to secure “the interests of safety” (section 18 of the Act), and the Court ought not to go beyond what is allowed by section 5 of the Regulations.

[15] To grant a “waiver”, the Authority must know that a ship is subject to compulsory pilotage. In this case, since the Authority thought the ship was not subject to compulsory pilotage, there would have been no reason for it to exempt the *Voyageur* from charges that it did not have to pay.

#### The prescription

[16] The relevant articles of the *Civil Code of Québec* are Articles 2904, 2922 and 2925. Although the claim in this case covers certain periods governed by the *Civil Code of Lower Canada*, it was not argued that the differences in language between the articles in the old Code and those in the new Code had any impact on the outcome of this litigation and I will discuss here only the articles in the new Code:

**Art. 2904.** Prescription does not run against persons if it is impossible in fact for them to act by themselves or to be represented by others.

...

**Art. 2922.** The period for extinctive prescription is ten years, except as otherwise fixed by law.

...

ce dernier n’est pas assujéti au pilotage obligatoire sauf s’il y a urgence ou détresse.

[13] Les intimés reconnaissent que cet échange de lettres, qui laisse entendre que le *Voyageur* n’est pas assujéti au pilotage obligatoire sauf s’il y a urgence ou détresse, ne tombe pas dans le cadre des situations décrites à l’article 5 du Règlement. Ils plaident, cependant, que cet article 5 n’épuise pas toutes les formes possibles de « dispense » et que l’échange de lettres équivaut à une forme inédite de dispense.

[14] Je ne suis pas de cet avis. Il ne peut y avoir de « dispense », au sens de l’article 44 de la Loi, que dans les cas prévus dans un règlement adopté en vertu de l’alinéa 20(1)c). Une « dispense » de pilotage obligatoire constitue une exception importante à l’application d’une Loi dont l’objectif premier est d’assurer la « sécurité de la navigation » (article 18 de la Loi) et la Cour ne devrait pas aller au-delà de ce que l’article 5 du Règlement permet.

[15] Pour accorder une « dispense », l’Administration doit savoir qu’un navire est assujéti au pilotage obligatoire. En l’espèce, comme l’Administration croyait que le navire n’était pas assujéti au pilotage obligatoire, il n’y aurait eu aucune raison pour elle de dispenser le *Voyageur* de droits qu’il n’avait pas à payer.

#### La prescription

[16] Les articles pertinents du *Code civil du Québec* sont les articles 2904, 2922 et 2925. Bien que la réclamation recouvre en l’espèce certaines périodes régies par le *Code civil du Bas-Canada*, il n’a pas été plaidé que les différences de textes entre les articles de l’ancien Code et ceux du nouveau Code aient quelque impact sur le sort du présent litige et je ne traiterai ici que des articles du nouveau Code :

**Art. 2904.** La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l’impossibilité en fait d’agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d’autres.

[...]

**Art. 2922.** Le délai de la prescription extinctive est de dix ans, s’il n’est autrement fixé par la loi.

[...]

**Art. 2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise established.

[17] The appellant argues that prescription is in its case suspended under Article 2904 C.C.Q. because it would have been impossible for it to take earlier action owing to the respondents' negligence. If prescription is not suspended in its case, the appellant claims it is the ten-year prescription established in Article 2922 C.C.Q. that applies, and not the three-year prescription established in Article 2925 C.C.Q.

#### The suspension

[18] Mr. Justice Lemieux concluded that the Authority had failed to demonstrate that it had been "impossible in fact for [it] to act", as required by Article 2904 C.C.Q.

[19] The Judge was properly apprised of the law and the conclusion he reached is one of fact (see *Giguère c. Parenteau*, [1990] R.D.J. 598 (Que. C.A.); *Chouinard c. Centre hospitalier St. Mary's*, [2002] R.J.Q. 12 (Que. C.A.)), in regard to which this Court should not intervene unless there was palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235). The Judge noted correctly, relying on the remarks of Mr. Justice Gonthier in *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 65 and 66, that prescription is suspended where the impossibility to act results from the fault of the debtor of the obligation. He then turned to a very detailed review of the evidence that had been filed on both sides and concluded that "the facts as a whole indicate that it was not impossible for the LPA to determine the true net tonnage of the *Voyageur*" (at paragraph 76).

[20] The decisive factor, in my opinion, even though it was not defined as such by the Judge, is this exchange of correspondence between 1991 and 2002, which indicates that the Authority, rightly or wrongly, was satisfied that throughout this period the *Voyageur* was not subject to compulsory pilotage.

[21] The appellant's theory is based on the premise that the respondents had been engaging in [TRANSLATION] "deceitful manoeuvres" since 1987 for

**Art. 2925.** L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

[17] L'appelante soutient qu'elle bénéficie d'une suspension de la prescription en vertu de l'article 2904 C.c.Q. parce qu'il lui aurait été impossible d'agir plus tôt en raison de la faute des intimés. Dans l'hypothèse où elle ne bénéficierait pas d'une suspension, elle prétend que c'est la prescription de dix ans établie à l'article 2922 C.c.Q. qui s'applique, plutôt que celle de trois ans établie à l'article 2925 C.c.Q.

#### La suspension

[18] Le juge Lemieux a conclu que l'Administration n'avait pas démontré qu'elle avait été « dans l'impossibilité en fait d'agir » que vise l'article 2904 C.c.Q.

[19] Le juge s'est bien instruit en droit et la conclusion à laquelle il en est arrivé en est une de fait (voir *Giguère c. Parenteau*, [1990] R.D.J. 598 (C.A. Qué.); *Chouinard c. Centre hospitalier St. Mary's*, [2002] R.J.Q. 12 (C.A. Qué.)), à l'égard de laquelle cette Cour ne saurait intervenir que s'il y avait erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235). Le juge a rappelé, avec raison et en s'appuyant sur les propos du juge Gonthier dans *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 65 et 66, que la prescription est suspendue lorsque l'impossibilité d'agir résulte de la faute du débiteur de l'obligation. Il s'est ensuite employé à examiner avec force détails la preuve qui avait été déposée de part et d'autre et il en est arrivé à la conclusion que « l'ensemble des faits démontre que l'APL n'était pas dans l'impossibilité de découvrir la vraie jauge nette du *Voyageur* » (au paragraphe 76).

[20] Le facteur déterminant, à mon avis, encore qu'il n'ait pas été défini comme tel par le juge, est cet échange de correspondance, entre 1991 et 2002, qui indique que l'Administration, à tort ou à raison, était satisfaite que tout au long de cette période le *Voyageur* n'était pas assujéti au pilotage obligatoire.

[21] La thèse de l'appelante repose sur la prémisse que les intimés se seraient livrés à des « manœuvres dolosives » depuis 1987, aux fins de camoufler aux yeux

the purposes of concealing from the Authority, the pilots and the pilots' corporations, the actual amount of the ship's net tonnage. Lemieux J. found no deceitful manoeuvres in the respondent's actions and counsel for the Authority had to acknowledge at the hearing that there was no evidence in the record of anything "deliberate" about the alleged acts. The fact is that the captain of the ship used pilotage services until the Authority informed him that these services would only be provided to him in cases of distress or [TRANSLATION] "firm request". The Judge's finding, for all intents and purposes, is that there was a misunderstanding over the actual net tonnage from the very first time that the *Voyageur* took a pilot aboard, in November 1987 (A.R. Vol. 1, at page 99), and that this misunderstanding continued until 2002. The pilots themselves and the associations that represent them (who nevertheless have an interest in ensuring that a ship is subject to compulsory pilotage), as well as the Authority itself, helped to perpetuate this misunderstanding. For instance, this letter sent to the Authority on April 9, 1991 by the Corporation of Mid St. Lawrence Pilots (A.R., Vol. 1, at page 130) stating:

[TRANSLATION]

Pursuant to clause 14.04 of the service contract, the purpose of this letter is to ask that you no longer dispatch pilots to the vessel C.T.M.A. *Voyageur*, a vessel that is not subject to compulsory pilotage, except in the following circumstances:

- (a) if there is an emergency or distress situation; or
- (b) if the C.T.M.A. *Voyageur* files with the Dispatch Centre a firm request for a pilot before it embarks, accompanied by a waiver of correcting the estimated time of departure 4 hours before that time (section 8(b) of the Laurentian Pilotage Authority Regulations).

We would ask as well that you warn the company that the captain of the vessel is to follow the instructions of the pilot who has the conduct thereof, failing which the pilotage services will be available only in emergency or distress situations.

You will understand that this request has become necessary owing to the lack of discipline of the captain, which affects the overall quality of the service. [Emphasis added.]

[22] This corporation sent another letter on June 19, 1992 (A.R., Vol. 1, at page 132), in these terms:

de l'Administration, des pilotes et des corporations de pilotes, le montant réel de la jauge nette du navire. Le juge Lemieux n'a vu aucune manœuvre dolosive dans les agissements des intimés et le procureur de l'Administration a dû reconnaître à l'audience qu'il n'y avait au dossier aucune preuve du caractère « délibéré » des gestes reprochés. Le fait est que le capitaine du navire a fait appel aux services de pilotage jusqu'à ce que l'Administration l'informe que ces services ne lui seraient offerts qu'en cas de détresse ou de « demande ferme ». La conclusion du juge, à toutes fins utiles, est qu'il y a eu malentendu sur la jauge nette réelle dès la première fois où le *Voyageur* a pris un pilote à son bord en novembre 1987 (D.A., vol. 1, à la page 99) et que ce malentendu a perduré jusqu'en 2002. Les pilotes eux-mêmes et les associations qui les représentent (qui ont pourtant intérêt à ce qu'un navire soit assujéti au pilotage obligatoire), ainsi que l'Administration elle-même ont contribué à perpétuer ce malentendu. À preuve, cette lettre envoyée à l'Administration le 9 avril 1991 par la Corporation des pilotes du Saint-Laurent Central (D.A., vol. 1, à la page 130) :

Conformément à l'article 14.04 du contrat de service, la présente a pour objet de vous demander de ne plus affecter de pilotes au navire C.T.M.A. *Voyageur*, un navire non-assujéti au pilotage obligatoire, sauf dans les cas suivants :

- a) s'il y a urgence ou détresse; ou
- b) si le C.T.M.A. *Voyageur* produit au Centre d'affectation une demande ferme d'un pilote avant l'embarquement de celui-ci, accompagnée d'une renonciation à corriger l'heure de départ prévue 4 heures avant ce dernier (article 8(b) du règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides).

Nous vous saurions gré de plus de mettre en garde la compagnie que le capitaine du navire doit suivre les instructions du pilote qui en a la conduite, faute de quoi le service de pilotage ne deviendra disponible que dans les cas de détresse ou d'urgence seulement.

Vous comprendrez que cette demande est devenue nécessaire en raison du manque de discipline du capitaine qui affecte la qualité du service en général. [Mon soulignement.]

[22] Cette même corporation récidivait le 19 juin 1992 (D.A., vol. 1, à la page 132) en ces termes :

Effective immediately, pursuant to clause 14.04 of the service contract, the purpose of this letter is to ask that you no longer dispatch pilots to the vessel C.T.M.A. Voyageur, a vessel that is not subject to compulsory pilotage, unless there is an emergency or distress situation.

You will understand that this request has become necessary owing to the manifest ill will of the Company, which affects the overall quality of the service. [Emphasis added.]

[23] This would lead the Authority to send the respondents, on June 22, 1992, with a copy to the said corporation, the letter that I reproduced in paragraph 12 of my reasons.

[24] It is true, as the appellant's counsel argues, that these letters were written in the context of a quarrel between the pilots and the respondents over the latter's use of pilotage services. However, the fact remains that the Authority, the pilots and their corporations were convinced that the *Voyageur* was not subject to compulsory pilotage, and that the respondents themselves, who knew they were in theory subject to it because of the ship's net tonnage, thought they were being exempted. This conviction of the respondents is confirmed, moreover, in the fact that it was they themselves who, on May 16, 2002, challenged what they believed to be a waiver by trying to make it applicable to the vessel *Vacancier*, which came into service on June 1, 2002 (A.R., Vol. 2, at pages 206, 218).

[25] Briefly put, in reaching the conclusion that he did, Lemieux J. based himself on evidence that allowed him to draw the inferences that he drew. In my opinion, the appellant's counsel is confusing the "fault" of the respondents—which leads to their obligation to reimburse, and which is conceded, that is, the failure to pay the charges by which they were bound because of the actual net tonnage of the ship—with the "fault" leading to the suspension of the prescription, the latter fault not having been proved to the satisfaction of the trial Judge. There is indeed an obligation but the prescription for the payment of this obligation is not suspended.

[26] The applicable prescription has yet to be determined.

Effectif immédiatement, conformément à l'article 14.04 du contrat de service, la présente a pour objet de vous demander de ne plus affecter de pilotes au navire C.T.M.A. Voyageur, un navire non-assujetti au pilotage obligatoire, sauf s'il y a urgence ou détresse.

Vous comprendrez que cette demande est devenue nécessaire en raison de la mauvaise volonté manifeste de la Compagnie qui affecte la qualité du service en général. [Mon soulignement.]

[23] Ce qui devait mener l'Administration à envoyer aux intimés, le 22 juin 1992, avec copie à ladite corporation, la lettre que j'ai reproduite au paragraphe 12 de mes motifs.

[24] Il est vrai, comme le plaide le procureur de l'appelante, que ces lettres étaient écrites dans le cadre d'une querelle qui opposait les pilotes aux intimés relativement à l'emploi par ces derniers des services de pilotage. Le fait demeure, cependant, que l'Administration, les pilotes et leurs corporations étaient convaincus que le *Voyageur* n'était pas assujetti au pilotage obligatoire, et que les intimés eux-mêmes, qui se savaient en principe assujettis en raison de la jauge nette réelle du navire, croyaient bénéficier d'une dispense. Cette conviction des intimés trouve par surcroît confirmation dans le fait que ce sont eux-mêmes, le 16 mai 2002, qui ont remis en cause ce qu'ils croyaient être une dispense en cherchant à la rendre applicable au navire *Vacancier*, entré en service le 1<sup>er</sup> juin 2002 (D.A., vol. 2, aux pages 206 et 218).

[25] Bref, en concluant comme il l'a fait, le juge Lemieux s'est appuyé sur une preuve qui lui permettait de tirer les inférences qu'il en a tirées. Le procureur de l'appelante confond, à mon avis, la « faute » des intimés qui mène à leur obligation de rembourser et qui est admise, soit le défaut de payer les droits auxquels ils étaient astreints en raison de la jauge nette réelle du navire, et la « faute » menant à la suspension de la prescription, cette faute n'ayant pas été établie à la satisfaction du juge du procès. Obligation il y a, certes, mais suspension de la prescription eu égard à l'acquiescement de cette obligation, il n'y a pas.

[26] Il reste à déterminer quelle prescription est applicable.



### The applicable prescription

[27] Faced with deciding whether it was the three-year prescription established by Article 2925 C.C.Q. in regard to a “personal right”, or the ten-year prescription established by Article 2922 C.C.Q. in regard to a claim with a prescriptive period that is not “otherwise fixed by law”, that applied, Lemieux J. chose the three-year period. That is a question of law which, of course, is subject, on appeal, to the correctness standard.

[28] Although it may seem, *prima facie*, that Article 2922 is the general rule, the cases and authorities tend to the view that the general rule is in Article 2925. As Tancelin and Gardner state in *Jurisprudence commentée sur les obligations*, Montréal: Wilson & Lafleur, 8th edition, 2003, at page 930:

[TRANSLATION] Article 2922 C.C.Q., which replaces Article 2242 C.C., constitutes in theory the period in ordinary law. But it is in fact Article 2925 C.C.Q. that represents the general rule in this area. . . .

Through the generality of the “personal right” criterion, the provision is applicable to a whole series of hypotheses in which the thirty-year prescription was previously recognized.

(see *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459 (C.A. Que.), at paragraphs 48 and 49). What the actual text of Article 2922 invites the Court to verify first is whether a shorter prescriptive period is not otherwise provided by law, including by the Code. It is only if no shorter prescriptive period is applicable that Article 2922 will apply.

[29] Article 2925 contemplates “an action to enforce a personal right”. The concept of “personal right” is clearly established in civil law. In *Le droit civil canadien*, tome II, at pages 389 and 390, Mignault stated in 1896 that:

[TRANSLATION]

A *personal right* is a person’s ability to require that one or more other persons, specifically named, give him some advantage either by doing or by refraining from doing something. The person authorized to require the advantage that is the subject-matter of the obligation is called a *creditor*; the person who is required to provide it is referred to as a *debtor*.

### La prescription applicable

[27] Appelé à décider laquelle de la prescription triennale établie par l’article 2925 C.c.Q. à l’égard d’un « droit personnel » ou de celle de 10 ans établie par l’article 2922 C.c.Q. à l’égard d’une créance dont le délai de prescription « n’est pas autrement fixé par la loi » s’appliquait, le juge Lemieux a choisi la triennale. C’est là une question de droit qui, bien sûr, est sujette, en appel, à la norme de la décision correcte.

[28] Bien qu’il puisse sembler à première vue que l’article 2922 soit la règle générale, la jurisprudence et les auteurs sont plutôt d’avis que la règle générale se trouve à l’article 2925. Ainsi que le disent Tancelin et Gardner, dans *Jurisprudence commentée sur les obligations*, Montréal : Wilson & Lafleur, 8<sup>e</sup> édition, 2003, à la page 930 :

L’article 2922 C.c.Q., qui remplace l’article 2242 C.c., constitue en principe le délai de droit commun. Mais c’est en fait l’article 2925 C.c.Q. qui représente la règle générale en ce domaine [ . . ]

Par la généralité du critère de « droit personnel », la disposition est applicable à toute une série d’hypothèses où la prescription trentenaire était auparavant reconnue

(voir *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459, (C.A. Qué.), aux paragraphes 48 et 49). Ce que le texte même de l’article 2922 invite la Cour à vérifier d’abord, c’est si un délai de prescription plus court n’est pas ailleurs prévu par la loi, dont le Code. Ce n’est que si aucun délai de prescription plus court n’est applicable que l’article 2922 trouvera application.

[29] L’article 2925 vise « l’action qui tend à faire valoir un droit personnel ». Le concept de « droit personnel » est bien établi en droit civil. Mignault, dans *Le droit civil canadien*, tome II, aux pages 389 et 390, disait en 1896 que :

Le *droit personnel* est la faculté qu’a une personne d’exiger qu’une ou plusieurs autres personnes nommément désignées lui procurent un avantage, soit en faisant, soit en s’abstenant de faire une chose. La personne autorisée à exiger le bénéfice qui fait l’objet de l’obligation s’appelle *créancier*; celle qui est tenue de le procurer s’appelle *débiteur*. De là est venue

Thus the custom has developed of referring to a *personal right* as a *claim* [*créance*], and to an *obligation* as a *debt* [*dette*].

l'habitude de désigner le *droit personnel* sous la dénomination de *créance*, et l'*obligation* sous le nom de *dette*.

...

[. . .]

The claim that I have against you, that binds you to execute this or that obligation that you owe me . . . is a *personal right*, a *claim*.

Le droit que j'ai contre vous, à l'effet de vous contraindre d'exécuter telle obligation dont vous êtes tenu envers moi [. . .] est un *droit personnel*, une *créance*.

[30] The fact that an obligation is statute-based, as in this case, in no way alters its personal nature. In fact, a fair number of so-called personal claims are established by statute, such as the *Companies Act* of Quebec [R.S.Q., c. C-38] (*Pires c. Zaccheo*, [1998] R.J.Q. 2973 (Que. C.A.)) and the *Civil Code of Québec* (*Nadeau c. Nadeau*, [1999] R.L. 330 (Que. C.A.)) (see also *Basil Holding Corp. c. Côte St-Luc (Ville)*, [1998] R.L. 661 (Que. Sup. Ct.) and *Commission des normes du travail c. Perreault*, J.E. 2002-2144 (C.Q.)). It is the nature of the right that is exercised that must be examined, not its source, which may be statutory, regulatory, contractual, customary, etc.

[30] Le fait qu'une obligation ait une source statutaire, comme en l'espèce, ne modifie en rien son caractère personnel. D'ailleurs, bon nombre de créances dites personnelles sont établies par statuts, tels la *Loi sur les compagnies* du Québec [L.R.Q., ch. C-38] (*Pires c. Zaccheo*, [1998] R.J.Q. 2973 (C.A. Qué.)) et le *Code civil du Québec* (*Nadeau c. Nadeau*, [1999] R.L. 330 (C.A. Qué.)) (voir aussi, *Basil Holding Corp. c. Côte St-Luc (Ville)*, [1998] R.L. 661 (C.S. Qué.) et *Commission des normes du travail c. Perreault*, J.E. 2002-2144 (C.Q.)). C'est la nature du droit exercé qu'il faut examiner, pas sa source, laquelle peut être législative, réglementaire, contractuelle, coutumière, etc.

[31] The appellant's counsel contends that what is involved here is a request for payment of a penalty, which he says is beyond the scope of Article 2925 C.C.Q. Irrespective of the prescriptive period applicable to the payment of a penalty—on which I take no position—it is clear that section 44 of the *Pilotage Act* is not a provision of a penal nature. This section is confined to making the ship “liable to the Authority” to the same degree as if the pilotage service had been rendered. The liability established in section 44 is not different from that established in section 42.

[31] Le procureur de l'appelante prétend qu'il s'agit ici d'une demande de paiement d'une pénalité, qui échapperait à l'emprise de l'article 2925 C.c.Q. Quel que soit le délai de prescription applicable au paiement d'une pénalité—ce sur quoi je ne me prononce pas—il est clair que l'article 44 de la *Loi sur le pilotage* ne constitue pas une disposition de nature pénale. Cet article se contente de rendre le navire « responsable envers l'Administration » (*liable, to the Authority*) au même titre que si le service de pilotage avait été rendu. La responsabilité établie à l'article 44 n'est pas différente de celle établie à l'article 42.

[32] Since the applicable prescriptive period is three years, and the action was commenced on March 31, 2003, it follows that the pilotage charges owing before March 31, 2000, can no longer be claimed.

[32] La prescription applicable étant celle de trois ans, et l'action ayant été instituée le 31 mars 2003, il s'ensuit que les droits de pilotage dus avant le 31 mars 2000 ne peuvent plus être réclamés.

[33] Lemieux J. [at paragraph 90] went further, however. He said that in his opinion, apparently in connection with the pilotage charges payable after March 31, 2000, he “did not receive sufficient particulars to decide whether . . . there were unpaid pilotage charges that were not prescribed” and he dismissed the action in

[33] Le juge Lemieux [au paragraphe 90] est cependant allé plus loin. Il s'est dit d'avis, traitant vraisemblablement des droits de pilotage payables après le 31 mars 2000, qu'il n'avait pas reçu « suffisamment de détails pour juger [. . .] y avait des droits de pilotage impayés qui n'étaient pas prescrits » et il a rejeté l'action

its entirety, while inviting the parties to contact him on this point.

[34] It seems clear to me that the Judge was not withdrawing himself from the case and that his judgment was not final since he invited the parties to clarify, in light of the evidence in the record, the amount of the charges that were not prescribed.

[35] In fact, he had before him a claim that reported annual amounts for each of the years 1987 to 2002 (A.R., Vol. 1, at page 164) without specifying the amount during the year in which these charges had become payable. The record also contained an order of Prothonotary Tabib which, after the pre-trial conference was held, stated that the parties had agreed on certain admissions, including one to the effect that [TRANSLATION] “the amounts claimed by the plaintiff are consistent with the tariff and the voyages made” (A.R., Vol. 1, at page 89). Finally, the record contained, in the agreed statement of facts filed by the parties on April 8, 2004, paragraph 21 in which the defendants (the respondents), “without acknowledging that they owe the amounts, have acknowledged that if the Court were to conclude that the amounts are owing, the amount claimed is correct and the calculation and determination of this amount is not in dispute” (A.R., Vol. 1, at page 94).

[36] Furthermore, replying to the invitation extended to them by the Judge at the very end of his reasons, the parties’ counsel sent him their observations, on July 5 and 7, 2004, respectively. The appellant’s counsel asked the Judge to [TRANSLATION] “set aside at most a half day for the necessary submissions on the quantum of the plaintiff’s claim . . . for the last three years”. He also manifested a desire to “make some submissions concerning costs” (A.R., Vol. 1, at page 50). The respondents’ counsel objected to the appellant’s request on the ground that the Judge had become *functus officio*, but in the same breath asked the Judge to order the discharge from seizure that he had failed to order (A.R., Vol. 1, at page 52). It does not appear that the Judge responded to any of these requests.

dans sa totalité, tout en invitant les parties à communiquer avec lui sur ce point.

[34] Il me paraît évident que le juge ne se dessaisissait pas du dossier et que son jugement n’était pas arrêté puisqu’il invitait les parties à préciser, à la lumière de la preuve au dossier, le montant des droits qui n’étaient pas prescrits.

[35] Il avait en effet devant lui une réclamation qui faisait état de montants annuels pour chacune des années 1987 à 2002 (D.A., vol. 1, à la page 164) sans préciser le moment durant l’année où ces droits étaient devenus payables. Il y avait aussi au dossier une ordonnance de la protonotaire Tabib qui, après la tenue d’une conférence préparatoire, mentionnait que les parties avaient convenu de certaines admissions, dont celle à l’effet que « les montants réclamés par la demanderesse sont conformes au tarif et aux voyages effectués » (D.A., vol. 1, à la page 89). Il y avait enfin au dossier, dans l’exposé conjoint des faits déposé par les parties le 8 avril 2004, le paragraphe 21 dans lequel la partie défenderesse (les intimés), « sans reconnaître qu’elle doit les montants, a reconnu que si le Tribunal en venait à la conclusion que les montants sont dus, le montant réclamé est exact et ce montant, quant à son calcul et à son établissement, n’est pas remis en considération » (D.A., vol. 1, à la page 94).

[36] Qui plus est, répondant à l’invitation que leur lançait le juge à la toute fin de ses motifs, les procureurs des parties lui ont fait parvenir, les 5 et 7 juillet 2004 respectivement, leurs observations. Le procureur de l’appelante demandait au juge de « réserver au plus une demi-journée pour faire valoir les représentations qui s’imposent sur le quantum de la réclamation de la demanderesse [. . .] pour les trois dernières années ». Il manifestait également le désir de « faire certaines représentations quant aux frais de la cause » (D.A., vol. 1, à la page 50). Le procureur des intimés s’objectait, de son côté, à la demande de l’appelante pour le motif que le juge était devenu *functus officio*, mais demandait du même souffle au juge d’ordonner la mainlevée de la saisie qu’il avait omis d’ordonner (D.A., vol. 1, à la page 52). Il ne semble pas que le juge ait donné suite à aucune de ces demandes.

[37] In the circumstances, I am of the opinion that the Judge erred in not accepting the request that was made to him by both sides and that the case should be referred to him so that he can rule on the requests made by the parties' counsel.

Disposition

[38] I would allow the appeal, overturn in part the judgment of the Federal Court delivered on June 30, 2004, dismiss the action without costs in regard to Gestion C.T.M.A. Inc., dismiss the action taken against the other defendants pertaining to any claim prior to March 30, 2000 and refer the matter to Mr. Justice Lemieux for him to rule on the requests made to him by counsel for the parties on July 5 and 7, 2004.

[39] I would not award any costs on appeal, as each party has been partially successful.

DESJARDINS J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

[37] Dans les circonstances, je suis d'avis que le juge a erré en n'acceptant pas la demande qui lui était faite de part et d'autre et que le dossier devrait lui être renvoyé pour qu'il se prononce sur les demandes que lui ont faites les procureurs des parties.

Dispositif

[38] J'accueillerais l'appel, j'infirmes en partie le jugement de la Cour fédérale prononcé le 30 juin 2004, je rejetterais l'action sans frais à l'égard de Gestion C.T.M.A. Inc., je rejetterais l'action prise contre les autres défendeurs relativement à toute réclamation antérieure au 30 mars 2000 et je renverrais l'affaire au juge Lemieux pour qu'il se prononce sur les demandes que lui ont faites les procureurs des parties les 5 et 7 juillet 2004.

[39] Je n'accorderais pas de dépens en appel, chaque partie ayant eu sa part de succès.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : J'y souscris.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : J'y souscris.

A-425-04  
2005 FCA 213

A-425-04  
2005 CAF 213

**Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission** (*Appellant*)

**La Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada** (*appellante*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*intimé*)

*INDEXED AS: CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE PUBLIC COMPLAINTS COMMISSION) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION DES PLAINTES DU PUBLIC CONTRE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.—Ottawa, May 11 and June 7, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 11 mai et 7 juin 2005.

*RCMP—Police informer privilege—Appeal, cross-appeal from F.C. decision upholding RCMP Commissioner's refusal to disclose information to RCMP Public Complaints Commission on basis subject to police informer privilege—Complaint following search of complainant's property by RCMP, Ontario Provincial Police—Commission Chairperson requesting from Commissioner all materials relevant to complaint under RCMP's control, pursuant to Royal Canadian Mounted Police Act, s. 45.41(2)(b)—Information received not containing all relevant materials—Appellant seeking mandamus compelling compliance with Act, s. 45.41(2)(b), declaration Commissioner not capable of refusing disclosure—Act not conferring upon Chairperson power to access, examine information protected by police informer privilege—Police informer privilege legal rule of public order promoting efficiency in enforcement, implementation of criminal law—Informer's identity only revealed if disclosure of that information necessary to enforce criminal law—Extending concept of "Crown" to Commission Chairperson, staff truncating privilege, jeopardizing its usefulness, existence—Appeal dismissed.*

*GRC—Privilège relatif aux indicateurs de police—Appel, appel incident interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant le refus du commissaire de la GRC de communiquer des renseignements à la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada au motif qu'ils sont assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police—La plainte a été déposée à la suite d'une fouille menée par la GRC et la Police provinciale de l'Ontario dans un bâtiment appartenant au plaignant—La présidente de la Commission a demandé au commissaire de lui transmettre tous les documents pertinents sous la responsabilité de la GRC selon l'art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada—Le recueil de documents reçu ne contenait pas tous les documents pertinents—L'appellante a sollicité un bref de mandamus enjoignant au commissaire de se conformer à l'art. 45.41(2)(b) de la Loi qui lui incombe de communiquer tout document pertinent et a demandé un jugement déclaratoire à cette fin—La Loi ne confère pas à la présidente de la Commission le pouvoir d'avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d'examiner ces renseignements—Le privilège relatif aux indicateurs de police est une règle juridique d'ordre public qui a pour objet de promouvoir l'application et la mise en œuvre efficaces des lois criminelles—L'identité d'un indicateur n'est révélée que si la divulgation de ce renseignement est nécessaire à l'exécution des lois criminelles—Élargir le terme « Couronne » de manière à inclure la présidente de la Commission et certains membres de son personnel serait porter atteinte au privilège et mettrait en péril son utilité, voire son existence—Appel rejeté.*

*Practice—Parties—Standing—Cross-appeal re: appellant's jurisdiction, capacity to bring application for judicial review of Commissioner's refusal to disclose relevant material pursuant to RCMP Act, s. 45.41(2)(b)—RCMP Public Complaints Commission directly affected by refusal,*

*Pratique—Parties—Qualité pour agir—Appel incident concernant la compétence et la qualité de l'appellante pour déposer une demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus du commissaire de lui transmettre des renseignements en vertu de l'art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la GRC—La Commission*

*needing legal means of ensuring compliance with Act — Capacity to initiate legal proceedings much more necessary than for Privacy Commissioner — Act, s. 45.41(2)(b) concerned with particular duty imposed on Commissioner in context of complaints investigation, not powers of Commission at public hearing — Nothing inappropriate with Commission seeking to enforce duty owed in public interest — Commission thus having jurisdiction, capacity to compel performance of duties imposed by Act, s. 45.41(2)(b) — Cross-appeal dismissed.*

*Criminal Justice — Evidence — Appeal from Federal Court decision upholding RCMP Commissioner's refusal to disclose information to RCMP Public Complaints Commission on basis subject to police informer privilege — During review of complaint concerning RCMP search of private property, Commission requesting all relevant materials under Force's control pursuant to RCMP Act, s. 45.41(2)(b) — Certain material provided by confidential informant missing from information provided — Origins, nature and scope of police informer privilege reviewed — S. 45.41(2)(b) not derogating from law of evidence regarding privilege — Act not conferring on Commission Chairperson or Commission power to access, examine information protected by police informer privilege — In context of police informer privilege, "Crown" narrowly construed to include persons directly involved in law enforcement.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court concluding that information sought from the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police did not have to be produced to the RCMP Public Complaints Commission because that information was subject to police informer privilege. In a cross-appeal, the respondent argued that the appellant was without jurisdiction and capacity to bring an application for judicial review of the Commissioner's refusal to disclose the information.

The Commission is an independent federal agency established in order to review and investigate public complaints about the conduct of the RCMP. The complaint at issue in this case followed a search conducted by the RCMP and the Ontario Provincial Police (OPP) on the complainant's property. The Commission requested that the RCMP provide

*des plaintes du public contre la GRC est directement touchée par le refus de transmettre, elle doit avoir juridiquement le pouvoir de faire respecter la Loi — Il est donc beaucoup plus nécessaire que la Commission ait qualité pour intenter une action en justice que le commissaire à la protection de la vie privée — L'art. 45.41(2)(b) de la Loi vise l'obligation qui incombe au commissaire dans le cadre d'une enquête sur une plainte et non pas les pouvoirs de la Commission pendant une audience publique — Il n'y a rien d'inopportun à ce que la Commission tente d'obliger le commissaire à s'acquitter de l'obligation qu'il a envers la Commission, dans l'intérêt du public — La Commission a donc compétence pour exiger l'exécution des fonctions du commissaire en vertu de l'art. 45.41(2)(b) de la Loi — Appel incident rejeté.*

*Justice criminelle et pénale — Preuve — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant le refus du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada de communiquer des renseignements à la Commission des plaintes du public contre la GRC au motif qu'ils sont assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police — Durant l'examen de la plainte concernant la fouille effectuée par la GRC dans une propriété privée, la Commission demande la transmission de tous les documents pertinents placés sous la responsabilité de la Gendarmerie royale du Canada en vertu de l'art. 45.41(2)(b) de la Loi sur la GRC — Certains documents fournis par l'indicateur ne figuraient pas dans le recueil de documents fourni — Examen de l'origine, la nature et la portée du privilège relatif aux indicateurs de police — L'art. 45.41(2)(b) de la Loi ne prévoit aucune dérogation au droit de la preuve en matière de privilège — La Loi ne confère pas à la présidente de la Commission ou à la Commission le pouvoir d'avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d'examiner ces renseignements — Dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police, il faut donner une définition étroite au terme « Couronne » pour ne viser que les personnes qui participent directement à l'exécution de la loi.*

Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale par laquelle celle-ci a conclu que les renseignements dont la communication avait été demandée au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada étaient assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et ne devaient donc pas être transmis à la Commission. Dans un appel incident, l'intimé prétend que l'appelante n'avait ni compétence ni qualité pour déposer, comme elle l'a fait, une demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus du commissaire de lui transmettre les renseignements demandés.

La Commission est un organisme fédéral indépendant qui a été créé pour examiner, d'une manière impartiale, les plaintes du public au sujet de la conduite de la GRC. Dans l'affaire qui nous occupe, la plainte a été déposée à la suite d'une fouille menée par la GRC et la Police provinciale de l'Ontario (PPO) dans un bâtiment appartenant au plaignant. La Commission a

the Commission Chairperson with all of the materials under the RCMP's control relevant to the complaint, pursuant to paragraph 45.41(2)(b) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* (Act). The information package received did not include the information sworn in support of the search warrant, and the RCMP member's notes from the day of the search had been vetted.

Following the commencement of the application for judicial review, the Commission Chairperson was provided with vetted copies of Appendices to sworn and unsworn informations. Still, the Commission proceeded with the application for judicial review, and sought an order of *mandamus* requiring the Commissioner to comply with paragraph 45.41(2)(b) of the Act. Also sought was a declaration that the Commissioner could not refuse to furnish the relevant material.

The Judge below dismissed the application based on police informer privilege since the parties agreed that the facts of the case involved a confidential informant who had provided information to the RCMP.

*Held*, the appeal and cross-appeal should be dismissed.

When Parliament has intended that the protection afforded by privileges not be available, it has clearly said so and indicated which privilege, if any, will still prevail. Both a literal and a purposive interpretation revealed that paragraph 45.41(2)(b) of the Act contains no derogation to the law of evidence regarding privilege. The Act does not confer upon the Commission Chairperson or the Commission the power to access and examine information that is protected by police informer privilege. The Commissioner thus had no duty under the Act to provide the appellant with the privileged information.

The Commission Chairperson does not fall under the definition of those representatives of the Crown who may and should be entitled to share the informer's privileged information. In the context of the police informer privilege, the notion of "Crown" should be narrowly defined and refers to those persons who are directly involved in law enforcement. Although the Commission and Commission Chairperson play a pivotal role in ensuring that the RCMP is held accountable, this accountability mechanism is peripheral to the law enforcement process of which police informer privilege partakes. Police informer privilege is a legal rule of public order designed to promote efficiency in enforcement and implementation of the criminal law. Essential to the achievement of that objective is the protection of the identity

demandé à la GRC de transmettre à la présidente de la Commission le rapport du commissaire ainsi que les autres documents pertinents sous la responsabilité de la GRC (alinéa 45.41(2)(b) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (la Loi)). Le recueil de documents reçu ne contenait pas la dénonciation faite sous serment au soutien du mandat de perquisition et, en outre, certains renseignements avaient été supprimés de la copie des notes prises par le membre de la GRC le jour où avait eu lieu la perquisition.

Après le dépôt de la demande de contrôle judiciaire, le commissaire a remis, à la présidente, des copies expurgées d'appendices de dénonciations revêtues et non revêtues du serment. Malgré la production de ces documents expurgés, la Commission a maintenu sa demande de contrôle judiciaire et elle a sollicité un bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de se conformer à l'alinéa 45.41(2)(b) de la Loi qui lui incombe de communiquer tout document pertinent. La Commission demandait également un jugement déclaratoire à cette fin.

Puisque les parties avaient convenu que les faits en cause visaient un indicateur qui avait fourni des renseignements à la GRC à titre confidentiel, le juge a rejeté la demande de contrôle judiciaire en raison de l'application du privilège relatif aux indicateurs de police.

*Arrêt* : l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

Lorsque le législateur a voulu qu'un privilège ne s'applique pas, non seulement il l'a dit clairement, mais il a également précisé, le cas échéant, les privilèges qui subsistent. L'alinéa 45.41(2)(b) de la Loi, qu'il soit interprété littéralement ou en rapport avec son objet ou les deux, ne prévoit aucune dérogation au droit de la preuve en matière de privilège. La Loi ne confère pas à la présidente de la Commission ou à la Commission le pouvoir d'avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d'examiner ces renseignements. Par voie de conséquence, le commissaire n'avait aucune obligation en vertu de la Loi de transmettre les renseignements protégés.

La présidente de la Commission n'est pas visée par la définition des mandataires de la Couronne qui peuvent et doivent avoir accès aux renseignements protégés concernant un indicateur. Dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police, il faut donner une définition étroite au terme «Couronne» pour ne viser que les personnes qui participent directement à l'exécution de la loi. Malgré que la Commission et la présidente de la Commission jouent un rôle critique pour assurer l'imputabilité de la GRC, le mécanisme assurant l'imputabilité est accessoire au processus d'application de la loi dans lequel s'insère le privilège relatif aux indicateurs de police. Le privilège relatif à l'indicateur de police est une règle juridique d'ordre public qui a pour objet de promouvoir l'application et la mise en œuvre efficaces des lois criminelles.

of the informer which can only be obtained if disclosure and circulation of his name, and information likely to reveal his name, are limited to what is necessary to enforce the criminal law. Extending the concept of "Crown" so as to include the Commission Chairperson and some of her staff would be truncating the privilege and, in the long run, jeopardizing its usefulness and eventually its existence.

As to whether the Commission possesses the jurisdiction and capacity to act pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, the Commission is directly affected by the Commissioner's decision not to provide material relevant to a complaint. Without a legal means of ensuring compliance with the Act by the Commissioner, the Commission becomes hindered to the point of uselessness. Although the Commission can resort to a public hearing under section 45.43 of the Act to enforce compliance by the Commissioner with paragraph 45.41(2)(b), that is a costly procedure not favoured by Parliament or the Commission itself. Investigation is the rule, a public hearing the exception.

*Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, wherein the Supreme Court of British Columbia accepted the argument that the Privacy Commissioner did not have the capacity to initiate an action, was distinguished in the present instance. Unlike the Privacy Commissioner, the Commission and Commission Chairperson's right to access information is dependent on a relevancy criterion. Moreover, they do not possess the kind of power that the Privacy Commissioner possesses, i.e. the right to enter on any premises occupied by any government institution, converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within his authority as he sees fit. The Commission's need to have the capacity to initiate legal proceedings is thus much more necessary.

In *Rankin (Re)*, the F.C.T.D. held that it was inappropriate for the Commission to take the initiative of an application under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act*. In the decision under appeal, the Judge distinguished *Rankin* on the basis that the Court there was examining the power of the Commission to compel the type of evidence mentioned in subsection 45.45(1), the wording of which is very different from that of subsection 45.41(2). *Rankin* was correctly limited to the interpretation of section 45.45. There is nothing inappropriate about the Commission taking legal action for the limited purpose of securing the materials it needs from the RCMP to perform its statutory duty. Paragraph 45.41(2)(b) is concerned not with the powers of the Commission at a public hearing, but with a particular duty imposed on the Commissioner in the context of complaints investigation.

Il faut absolument, pour atteindre cet objectif, protéger l'identité d'un indicateur, protection qui ne sera assurée que si la divulgation et la communication de son nom, ainsi que des renseignements susceptibles de révéler son nom, sont limités à ce qui est nécessaire pour l'exécution des lois criminelles. Élargir le terme «Couronne» de manière à inclure la présidente de la Commission et certains membres de son personnel serait porter atteinte au privilège et, en fin de compte, cela mettrait en péril son utilité, voire son existence.

Quant à savoir si la Commission a compétence et qualité pour agir en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Commission est directement touchée par la décision du commissaire de ne pas transmettre des documents pertinents à une plainte. Si elle n'a pas juridiquement le pouvoir de forcer le commissaire à respecter la Loi, le travail de la Commission est entravé au point de devenir vain. Bien que la Commission puisse tenir une audience publique en vertu de l'article 45.43 de la Loi pour obliger le commissaire à respecter l'alinéa 45.41(2)b), il s'agit d'une procédure coûteuse que ne privilégie pas le législateur ni même la Commission. L'enquête est la règle, l'audience publique, l'exception.

La décision *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a reconnu le bien-fondé de l'argument selon lequel le commissaire à la protection de la vie privée n'avait pas qualité pour introduire une action, est différente de la situation en l'espèce. Contrairement au commissaire à la protection de la vie privée, le droit de la Commission et de la présidente de la Commission d'avoir accès aux renseignements est assujéti au critère de la pertinence. Ils sont loin de jouir du type de pouvoir dont jouit le commissaire à la protection de la vie privée, c'est-à-dire pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, s'entretenir en privé avec toute personne s'y trouvant et y mener les enquêtes qu'il croit nécessaires. Il est donc beaucoup plus nécessaire que la Commission ait qualité pour intenter une action en justice.

Dans *Rankin (Re)*, la Section de première instance de la Cour fédérale a jugé qu'il ne convenait pas que la Commission prenne l'initiative de présenter une demande fondée sur le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans la décision sous appel, le juge de la Cour fédérale a dit que l'affaire *Rankin* était différente puisque la Cour examinait le pouvoir de la Commission d'exiger la production d'un élément de preuve conformément au paragraphe 45.45(1), dont le libellé est très différent de celui du paragraphe 45.41(2). La décision *Rankin* ne se rapportait qu'à l'article 45.45. Il est nullement inopportun que la Commission introduise une procédure à la seule fin d'obtenir de la GRC les documents dont elle a besoin pour s'acquitter de son obligation légale. L'alinéa 45.41(2)b) ne vise pas les pouvoirs de la Commission pendant une audience publique, mais l'obligation qui incombe



While it makes sense to refuse to allow a board whose decision is under attack to aggressively participate in the debate and attempt to justify its decision, if not itself, there is nothing inappropriate with the Commission seeking to enforce a duty that is owed to it in the public interest, as intended and indicated by Parliament in paragraph 45.41(2)(b). Moreover, section 45.37 authorizes the Commission Chairperson to be the complainant against any member of the RCMP, including the Commissioner. While Parliament intended the Commission to always be fair, it did not intend the Commission to always be neutral.

For these reasons, the Commission Chairperson has the jurisdiction and capacity to compel the performance of the duties imposed upon the Commissioner by paragraph 45.41(2)(b). By way of *obiter*, the sealing order issued by the Ontario Court of Justice limits public access to some material in the Court's file. It does not extend to documents that are in the possession of the RCMP.

In concluding, it was noted that although the Commissioner had a valid ground for refusing disclosure of information that could identify the informant, the respondent's behaviour in this case did nothing to enhance public confidence in the RCMP or the Commission's trust in the Commissioner.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 36, 52(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112), 53(1), 54(1), 69.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38(1).
- 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. 2(d), 6, 7, 8.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 31, 34(1), 39.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487.3 (as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 14; 1997, c. 39, s. 1).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17(3) (as am. *idem*, s. 25), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 34, 53(1), 70.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c.

au commissaire dans le cadre d'une enquête sur une plainte. Bien qu'il soit sensé qu'on refuse à une commission dont la décision est contestée de participer de façon combative au débat et de justifier sa décision, sinon elle-même, il n'y a rien d'inopportun à ce que la Commission tente d'obliger le commissaire à s'acquitter de l'obligation qu'il a envers la Commission, dans l'intérêt du public, conformément à l'intention du législateur, obligation qui est exprimée à l'alinéa 45.41(2)b). Par ailleurs, l'article 45.37 autorise la présidente de la Commission à être le plaignant à l'endroit d'un membre de la GRC, y compris le commissaire lui-même. Bien que le législateur voulût que la Commission fasse toujours preuve d'impartialité, il n'avait pas l'intention que la Commission soit toujours neutre.

Pour ces motifs, la présidente de la Commission a compétence pour exiger l'exécution des fonctions du commissaire en vertu de l'alinéa 45.41(2)b) de la Loi. À titre incident, l'ordonnance interdisant l'accès rendue par la Cour de justice de l'Ontario a pour objet de limiter l'accès du public à certains documents qui se trouvent dans le dossier de la Cour. Elle ne s'applique pas aux documents de la GRC.

En conclusion, on a souligné que bien que le commissaire eût un motif valable de refuser de divulguer des renseignements susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur, la conduite de l'intimé en l'espèce n'a rien fait pour améliorer la confiance du public en la GRC ni la confiance de la Commission à l'égard du commissaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2d), 6, 7, 8.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.3 (édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 14; 1997, ch. 39, art. 1).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36, 52(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112), 53(1), 54(1), 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3(F)).
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 2 «membre» (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 1), 5 (mod., *idem*, art. 2), 6 (mod., *idem*, art. 3), 7 (mod., *idem*, art. 4; L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 11(F)), 24.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 15), 45.29(1) (édicte, *idem*, art. 16), 45.32 (édicte, *idem*), 45.34 (édicte, *idem*), 45.35(1) (édicte, *idem*; L.C. 1996, ch. 15, art. 22), (3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16).

R-10, ss. 2 “member” (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 1), 5 (as am. *idem*, s. 2), 6 (as am. *idem*, ss. 3, 24(E)), 7 (as am. *idem*, s. 4), 24.1(3) (as enacted *idem*, s. 15), 45.29(1) (as enacted *idem*, s. 16), 45.32 (as enacted *idem*), 45.34 (as enacted *idem*), 45.35(1) (as enacted *idem*; S.C. 1996, c. 15, s. 22), (3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.36(1) (as enacted *idem*), 45.37 (as enacted *idem*), 45.4 (as enacted *idem*), 45.41 (as enacted *idem*), 45.42 (as enacted *idem*), 45.43 (as enacted *idem*), 45.45 (as enacted *idem*; S.C. 1996, c. 15, s. 23).

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

45.36(1) (édicte, *idem*), 45.37 (édicte, *idem*), 45.4 (édicte, *idem*), 45.41 (édicte, *idem*), 45.42 (édicte, *idem*), 45.43 (édicte, *idem*), 45.45 (édicte, *idem*; L.C. 1996, ch. 15, art. 23).

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38(1).

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 34, 53(1), 70 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 48(F)).

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 31, 34(1), 39.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17(3) (mod., *idem*, art. 25), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.3 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; 4 Admin. L.R. 205; 7 C.C.C. (3d) 385; 37 C.R. (3d) 289; 51 N.R. 81.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, [2003] 9 W.W.R. 242; (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 359; 2003 BCSC 862; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

##### CONSIDERED:

*Canada (Royal Canadian Mounted Police—RCMP) v. Saskatchewan (Commission Inquiry into the death of Leo La Chance)*, [1992] 6 W.W.R. 62; (1992), 100 Sask. R. 313; 75 C.C.C. (3d) 419 (C.A.); *Rankin (Re)*, [1991] 1 F.C. 226; (1990), 38 F.T.R. 23 (F.C.T.D.); *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; 2002 SCC 53; *Canada (Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission) (Re)*, [1992] F.C.J. No. 502 (C.A.) (QL); *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; [1999] 10 W.W.R. 34; 66 B.C.L.R. (3d) 285; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; 4 Admin. L.R. 205; 7 C.C.C. (3d) 385; 37 C.R. (3d) 289; 51 N.R. 81.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, [2003] 9 W.W.R. 242; (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 359; 2003 BCSC 862; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Royal Canadian Mounted Police—RCMP) v. Saskatchewan (Commission Inquiry into the death of Leo La Chance)*, [1992] 6 W.W.R. 62; (1992), 100 Sask. R. 313; 75 C.C.C. (3d) 419 (C.A.); *Rankin (Re)*, [1991] 1 C.F. 226; (1990), 38 F.T.R. 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; 2002 SCC 53; *Canada (Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada) (Re)*, [1992] A.C.F. n° 502 (C.A.) (QL); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; [1999] 10 W.W.R. 34; 66 B.C.L.R. (3d) 285; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161.

## REFERRED TO:

*R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; (1990), 61 C.C.C. (3d) 300; 2 C.R. (4th) 153; 1 C.R.R. (2d) 82; 116 N.R. 361; 43 O.A.C. 277; *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish Tribes v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2003), 227 F.T.R. 96; 2003 FCT 30; affd (2003), 313 N.R. 394; 2003 FCA 484; leave to appeal to S.C.C. refused [2004] S.C.C.A. No. 55 (QL); *Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (Re)*, [1993] 2 F.C. 351; (1993), 15 C.R.R. (2d) 131; 61 F.T.R. 210 (T.D.); affd [1994] 3 F.C. 562; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 174; 173 N.R. 290 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 255 F.T.R. 270; 2004 FC 830) that information sought from the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police by the RCMP Public Complaints Commission was subject to police informer privilege and did not have to be produced. Appeal and cross-appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Steven C. McDonell* for appellant.  
*Patrick D. Bendin* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Commission for Public Complaints Against the RCMP* for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; (1990), 61 C.C.C. (3d) 300; 2 C.R. (4th) 153; 1 C.R.R. (2d) 82; 116 N.R. 361; 43 O.A.C. 277; *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Tribus Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (2003), 227 F.T.R. 96; 2003 CFPI 30; conf. par (2003), 313 N.R. 394; 2003 CAF 484; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2004] S.C.C.A. n° 55 (QL); *Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (Re)*, [1993] 2 C.F. 351; (1993), 15 C.R.R. (2d) 131; 61 F.T.R. 210 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1994] 3 C.F. 562; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 174; 173 N.R. 290 (C.A.).

## DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision rendue par la Cour fédérale ((2004), 255 F.T.R. 270; 2004 CF 830) par laquelle celle-ci a conclu que les renseignements dont la communication avait été demandée au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada par la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada étaient assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et ne devaient donc pas être transmis à la Commission. Appel et appel incident rejetés.

## ONT COMPARU :

*Steven C. McDonell* pour l'appelante.  
*Patrick D. Bendin* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada* pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: The appellant, the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (the Commission), seeks to set aside a decision of Russell J. of the Federal Court [(2004), 255 F.T.R. 270] whereby the learned Judge concluded that the information sought from the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (Commissioner) was subject to police informer privilege and, therefore, need not be produced to the Commission.

[2] In a cross-appeal, the respondent asks this Court to rule that the appellant was without jurisdiction and capacity to bring, as it did, an application for judicial review of the Commissioner's refusal to provide the requested information.

[3] In this application for judicial review, the appellant sought an order in the nature of *mandamus* requiring the Commissioner to comply with the statutory obligation imposed upon him by paragraph 45.41(2)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 (Act) to furnish the Chairperson of the Commission with all materials under the control of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) as are relevant to a complaint made to the Commission. It also requested a declaration that the Commissioner could not refuse to furnish the said material.

[4] I shall deal with the appeal first. The facts in this case are of significant importance. I need not apologize for reciting them at some length. Before I do, I reproduce some of the relevant legislative provisions to which I will refer in these reasons. I also need to say a word about the respective roles of the Commission and the Commission Chairperson.

*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, chap. R-10 [2 "member" (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 1), 5 (as am. *idem*, s. 2), 6 (as am. *idem*, ss. 3, 24(E)), 7 (as am. *idem*, s. 4), 24.1(3) (as enacted *idem*, s. 15), 45.29(1) (as enacted *idem*, s. 16), 45.32 (as enacted *idem*), 45.34 (as enacted *idem*), 45.35(1) (as enacted *idem*; S.C. 1996, c. 15, s. 22), (3) (as enacted by

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: L'appelante, la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (la Commission), sollicite l'annulation de la décision du juge Russell de la Cour fédérale [(2004), 255 F.T.R. 270] dans laquelle le savant juge a conclu que les renseignements dont la communication avait été demandée au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (le commissaire) étaient assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et ne devaient donc pas être transmis à la Commission.

[2] Dans un appel incident, l'intimé demande à la Cour de déclarer que l'appelante n'avait ni compétence ni qualité pour déposer, comme elle l'a fait, une demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus du commissaire de lui transmettre les renseignements demandés.

[3] Dans la demande de contrôle judiciaire, l'appelante sollicitait un bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de se conformer aux exigences de l'alinéa 45.41(2)b) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16] de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 (la Loi), en transmettant à la présidente de la Commission tous les documents pertinents placés sous la responsabilité de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à l'égard de la plainte qui avait été déposée devant la Commission. L'appelante sollicitait également un jugement déclaratoire selon lequel le commissaire ne pouvait pas refuser de transmettre lesdits documents.

[4] Je vais commencer par l'appel. Les faits en l'espèce sont très importants. Il me semble donc tout à fait légitime de les décrire en détail. Toutefois, j'estime qu'il convient, en premier lieu, de reproduire quelques-unes des dispositions légales applicables qui seront mentionnées dans les présents motifs. Je dois également parler des rôles que jouent la Commission et la présidente de la Commission.

*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 [art. 2 «membre» (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 1), 5 (mod., *idem*, art. 2), 6 (mod., *idem*, art. 3), 7 (mod., *idem*, art. 4; L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n<sup>o</sup> 11(F)), 24.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 15), 45.29(1) (édicte, *idem*, art. 16), 45.32 (édicte, *idem*),

R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.37 (as enacted *idem*), 45.41 (as enacted *idem*), 45.42 (as enacted *idem*), 45.43 (as enacted *idem*), 45.45 (as enacted *idem*; S.C. 1996, c. 15, s. 23)].

2. (1) In this Act,

...

“member” means any person

(a) who has been appointed as an officer or other member of the Force under section 5 or paragraph 6(3)(a) or 7(1)(a), and

(b) who has not been dismissed or discharged from the Force as provided in this Act, the regulations or the Commissioner’s standing orders;

...

5. (1) The Governor in Council may appoint an officer, to be known as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, who, under the direction of the Minister, has the control and management of the Force and all matters connected therewith.

...

6. (1) The officers of the Force, in addition to the Commissioner, shall consist of

- (a) Deputy Commissioners,
- (b) Assistant Commissioners,
- (c) Chief Superintendents,
- (d) Superintendents,
- (e) Inspectors,

and such other ranks as are prescribed by the Governor in Council.

(2) The maximum number of officers in each rank shall be as prescribed by the Treasury Board.

(3) The Governor in Council may

- (a) appoint any person to the rank of an officer;
- (b) authorize the issue of a commission under the Great Seal to an officer on the officer’s first appointment to the rank of an officer;

45.34 (édicte, *idem*), 45.35(1) (édicte, *idem*; L.C. 1996, ch. 15, art. 22), (3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), 45.37 (édicte, *idem*), 45.41 (édicte, *idem*), 45.42 (édicte, *idem*), 45.43 (édicte, *idem*), 45.45 (édicte, *idem*; L.C. 1996, ch. 15, art. 23)].

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[ . . . ]

«membre»

a) Personne nommée en qualité d’officier ou à tout autre titre en vertu de l’article 5 ou des alinéas 6(3)a) ou 7(1)a);

b) personne non congédiée ni renvoyée de la Gendarmerie dans les conditions prévues à la présente loi, à ses règlements ou aux consignes du commissaire.

[ . . . ]

5. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du ministre, a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s’y rapporte.

[ . . . ]

6. (1) Les officiers comprennent, outre le commissaire et les titulaires des grades désignés par le gouverneur en conseil:

- a) des sous-commissaires;
- b) des commissaires adjoints;
- c) des surintendants principaux;
- d) des surintendants;
- e) des inspecteurs.

(2) Le nombre maximal d’officiers de chaque grade est fixé par le Conseil du Trésor.

(3) Le gouverneur en conseil peut:

- a) procéder aux nominations aux grades d’officier;
- b) autoriser l’émission d’une commission sous le grand sceau à un officier lors de sa première nomination à ce grade;

(c) by way of promotion appoint an officer to a higher rank;  
and

(d) by way of demotion appoint an officer to a lower rank.

...

7. (1) The Commissioner may

(a) appoint members of the Force other than officers;

(b) by way of promotion appoint a member other than an officer to a higher rank or level for which there is a vacancy in the establishment of the Force;

(c) where the Commissioner is requested by any department of the Government of Canada or considers it necessary or in the public interest, appoint for a period not exceeding twelve months at any one time special constables supernumerary to the strength of the Force for the purpose of maintaining law and order; and

(d) designate any member, any supernumerary special constable appointed under this subsection or any temporary employee employed under subsection 10(2) as a peace officer.

(2) The ranks and levels of members other than officers and the maximum numbers of persons that may be appointed to each rank and level shall be as prescribed by the Treasury Board.

(3) The Commissioner may at any time revoke the appointment of any supernumerary special constable appointed under subsection (1).

(4) The Commissioner may issue

(a) a certificate to any member stating that the person to whom it is issued is a member of the Force and, if that person is also a peace officer, that the person is such an officer; and

(b) a certificate to any other person appointed or employed under the authority of this Act stating that the person to whom it is issued is a peace officer, if that person has been designated as such under subsection (1).

(5) Any document purporting to be a certificate referred to in subsection (4) is evidence in all courts and in all proceedings of the facts stated therein.

...

24.1 ...

c) par voie de promotion, nommer un officier à un grade supérieur;

d) par voie de rétrogradation, nommer un officier à un grade inférieur.

[. . .]

7. (1) Le commissaire peut:

a) nommer les membres qui ne sont pas officiers;

b) par voie de promotion, nommer un membre qui n'est pas officier à un grade ou échelon supérieur pour lequel il existe une vacance;

c) à la demande d'un ministère ou dans les cas où il le juge nécessaire ou dans l'intérêt public, nommer des gendarmes spéciaux, à titre surnuméraire, pour des périodes maximales de douze mois, en vue d'assurer l'ordre public;

d) désigner comme agent de la paix tout membre, gendarme spécial nommé en vertu du présent paragraphe ou préposé temporaire employé en vertu du paragraphe 10(2).

(2) Les grades et échelons des membres qui ne sont pas officiers ainsi que le nombre maximal de postes à pourvoir dans chaque grade et échelon sont fixés par le Conseil du Trésor.

(3) Le commissaire peut révoquer la nomination, à titre surnuméraire, de tout gendarme spécial faite en vertu du paragraphe (1).

(4) Le commissaire peut délivrer:

a) dans le cas d'un membre, un certificat attestant que le titulaire a cette qualité ainsi que, le cas échéant, celle d'agent de la paix;

b) dans le cas de toute autre personne nommé ou employée sous le régime de la présente loi et désignée agent de la paix en vertu du paragraphe (1), un certificat attestant que le titulaire a cette qualité.

(5) Tout certificat visé au paragraphe (4) et présenté comme tel est admissible en preuve et fait foi de son contenu devant tous les tribunaux et dans toutes les procédures.

[. . .]

24.1 [. . .]

(3) A board of inquiry has, in relation to the matter before it, power

(a) to summon any person before the board and to require that person to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things under that person's control as the board deems requisite to the full investigation and consideration of that matter;

(b) to administer oaths;

...

**45.29** (1) There is hereby established a commission, to be known as the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, consisting of a Chairman, a Vice-Chairman, a member for each contracting province and not more than three other members, to be appointed by order of the Governor in Council.

...

**45.32** (1) The Commission shall carry out such functions and duties as are assigned to it by this Act.

(2) The Commission Chairman shall carry out such functions and duties as are assigned to the Commission Chairman by this Act.

...

**45.34** The Commission Chairman shall, within three months after the end of each fiscal year, submit to the Minister a report of the activities of the Commission during that year and its recommendations, if any, and the Minister shall cause a copy of the report to be laid before each House of Parliament on any of the first fifteen days on which that House is sitting after the day the Minister receives it.

**45.35** (1) Any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act or the *Witness Protection Program Act*, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act may, whether or not that member of the public is affected by the subject-matter of the complaint, make a complaint to

(a) the Commission;

(b) any member or other person appointed or employed under the authority of this Act; or

(c) the provincial authority in the province in which the subject-matter of the complaint arose that is responsible for the receipt and investigation of complaints by the public against police.

(3) La commission d'enquête dispose, relativement à la question dont elle est saisie, des pouvoirs suivants:

a) assigner des témoins, les enjoindre à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, et à produire les documents et pièces dont ils ont la responsabilité et que la commission estime nécessaires à une enquête et étude complètes;

b) recevoir des serments;

[. . .]

**45.29** (1) Est constituée la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada composée d'un président, d'un vice-président, d'un représentant de chacune des provinces contractantes et d'au plus trois autres membres, nommés par décret du gouverneur en conseil.

[. . .]

**45.32** (1) La Commission exerce les fonctions que lui attribue la présente loi.

(2) Le président de la Commission exerce les fonctions que lui attribue la présente loi.

[. . .]

**45.34** Le président de la Commission présente au ministre, dans les trois premiers mois de chaque exercice, le rapport d'activité de la Commission pour l'exercice précédent, et y joint ses recommandations, le cas échéant. Le ministre le fait déposer devant chaque chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.

**45.35** (1) Tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi ou à la *Loi sur le programme de protection des témoins*, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la présente loi peut, qu'il en ait ou non subi un préjudice, déposer une plainte auprès, selon le cas:

a) de la Commission;

b) d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la présente loi;

c) de l'autorité provinciale dans la province d'origine du sujet de plainte, compétente pour recevoir des plaintes et faire enquête.

...

[...]

(3) The Commissioner shall be notified of every complaint under subsection (1).

(3) Toutes les plaintes sont portées à l'attention du commissaire.

...

[...]

**45.37 (1)** Where the Commission Chairman is satisfied that there are reasonable grounds to investigate the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, the Commission Chairman may initiate a complaint in relation thereto and where the Commission Chairman does so, unless the context otherwise requires, a reference hereafter in this Part to a complainant includes a reference to the Commission Chairman.

**45.37 (1)** Le président de la Commission peut porter plainte contre un membre ou toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la présente loi, s'il est fondé à croire qu'il faudrait enquêter sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, de ce membre ou de cette personne. En pareil cas, sauf si le contexte s'y oppose, le mot «plaignant», employé ci-après dans la présente partie, s'entend en outre du président de la Commission.

(2) The Commission Chairman shall notify the Minister and the Commissioner of any complaint initiated under subsection (1).

(2) Le président de la Commission avise le ministre et le commissaire des plaintes qu'il porte en vertu du paragraphe (1).

(3) Forthwith after being notified of a complaint under subsection (2), the Commissioner shall notify in writing the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint of the substance of the complaint unless, in the Commissioner's opinion, to do so might adversely affect or hinder any investigation that is being or may be carried out in respect of the complaint.

(3) Dès qu'il est avisé d'une plainte conformément au paragraphe (2), le commissaire avise par écrit le membre ou l'autre personne, dont la conduite fait l'objet de la plainte, de la teneur de celle-ci, pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite d'une enquête sur la question.

(4) A complaint under subsection (1) shall be investigated by the Force in accordance with rules made pursuant to section 45.38.

(4) Une plainte portée en vertu du paragraphe (1) fait l'objet d'une enquête menée par la Gendarmerie selon les règles établies en vertu de l'article 45.38.

...

[...]

**45.41 (1)** A complainant under subsection 45.35(1) who is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force or with a direction under subsection 45.36(5) in respect of the complaint may refer the complaint in writing to the Commission for review.

**45.41 (1)** Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1) qui n'est pas satisfait du règlement de sa plainte par la Gendarmerie ou de la décision rendue en vertu du paragraphe 45.36(5) à l'égard de sa plainte peut renvoyer par écrit sa plainte devant la Commission pour examen.

(2) Where a complainant refers a complaint to the Commission pursuant to subsection (1),

(2) En cas de renvoi devant la Commission conformément au paragraphe (1):

(a) the Commission Chairman shall furnish the Commissioner with a copy of the complaint; and

a) le président de la Commission transmet au commissaire une copie de la plainte;

(b) the Commissioner shall furnish the Commission Chairman with the notice under subsection 45.36(6) or the report under section 45.4 in respect of the complaint, as the case may be, and such other materials under the control of the Force as are relevant to the complaint.

b) le commissaire transmet au président de la Commission l'avis visé au paragraphe 45.36(6) ou le rapport visé à l'article 45.4 relativement à la plainte, ainsi que tout autre document pertinent placé sous la responsabilité de la Gendarmerie.

**45.42 (1)** The Commission Chairman shall review every complaint referred to the Commission pursuant to subsection 45.41(1) or initiated under subsection 45.37(1) unless the

**45.42 (1)** Le président de la Commission examine chacune des plaintes qui sont renvoyées devant la Commission conformément au paragraphe 45.41(1) ou qui sont portées en



Commission Chairman has previously investigated, or instituted a hearing to inquire into, the complaint under section 45.43.

(2) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is satisfied with the disposition of the complaint by the Force, the Commission Chairman shall prepare and send a report in writing to that effect to the Minister, the Commissioner, the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint and, in the case of a complaint under subsection 45.35(1), the complainant.

(3) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force or considers that further inquiry is warranted, the Commission Chairman may

(a) prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit;

(b) request the Commissioner to conduct a further investigation into the complaint; or

(c) investigate the complaint further or institute a hearing to inquire into the complaint.

**45.43** (1) Where the Commission Chairman considers it advisable in the public interest, the Commission Chairman may investigate, or institute a hearing to inquire into, a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, whether or not the complaint has been investigated, reported on or otherwise dealt with by the Force under this Part.

...

**45.45** (1) For the purposes of this section, the member or members conducting a hearing to inquire into a complaint are deemed to be the Commission.

(2) The Commission shall serve a notice in writing of the time and place appointed for a hearing on the parties.

(3) Where a party wishes to appear before the Commission, the Commission shall sit at such place in Canada and at such time as may be fixed by the Commission, having regard to the convenience of the parties.

(4) The Commission has, in relation to the complaint before it, the powers conferred on a board of inquiry, in relation to the matter before it, by paragraphs 24.1(3)(a), (b) and (c).

(5) The parties and any other person who satisfies the Commission that the person has a substantial and direct

application du paragraphe 45.37(1), à moins qu'il n'ait déjà fait enquête ou convoqué une audience pour faire enquête en vertu de l'article 45.43.

(2) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il est satisfait de la décision de la Gendarmerie, établit et transmet un rapport écrit à cet effet au ministre, au commissaire, au membre ou à l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte et, dans le cas d'une plainte en vertu du paragraphe 45.35(1), au plaignant.

(3) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il n'est pas satisfait de la décision de la Gendarmerie ou s'il est d'avis qu'une enquête plus approfondie est justifiée, peut:

a) soit établir et transmettre au ministre et au commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées;

b) soit demander au commissaire de tenir une enquête plus approfondie sur la plainte;

c) soit tenir une enquête plus approfondie ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte.

**45.43** (1) Le président de la Commission peut, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, tenir une enquête ou convoquer une audience pour enquêter sur une plainte portant sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci, que la Gendarmerie ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard en vertu de la présente partie.

[...]

**45.45** (1) Pour l'application du présent article, le ou les membres qui tiennent l'audience sont réputés être la Commission.

(2) La Commission signifie aux parties un avis écrit de la date, de l'heure et du lieu de l'audience.

(3) Lorsqu'une partie désire comparaître devant la Commission, celle-ci siège à la date, à l'heure et à l'endroit au Canada qu'elle détermine eu égard à la situation des parties.

(4) La Commission dispose, relativement à la plainte dont elle est saisie, des pouvoirs dont jouit une commission d'enquête en vertu des alinéas 24.1(3)a), b) et c).

(5) Les parties et toute personne qui convainc la Commission qu'elle a un intérêt direct et réel dans la plainte

interest in a complaint before the Commission shall be afforded a full and ample opportunity, in person or by counsel, to present evidence, to cross-examine witnesses and to make representations at the hearing.

(6) The Commission shall permit any person who gives evidence at a hearing to be represented by counsel.

(7) In addition to the rights conferred by subsections (5) and (6), the appropriate officer may be represented or assisted at a hearing by any other member.

(8) Notwithstanding subsection (4), the Commission may not receive or accept

(a) subject to subsection (9), any evidence or other information that would be inadmissible in a court of law by reason of any privilege under the law of evidence;

(b) any answer or statement made in response to a question described in subsection 24.1(7), 35(8), 40(2), 45.1(11) or 45.22(8);

(c) any answer or statement made in response to a question described in subsection (9) in any hearing under this section into any other complaint; or

(d) any answer or statement made in the course of attempting to dispose of a complaint under section 45.36.

(9) In a hearing, no witness shall be excused from answering any question relating to the complaint before the Commission when required to do so by the Commission on the ground that the answer to the question may tend to criminate the witness or subject the witness to any proceeding or penalty.

...

(11) A hearing to inquire into a complaint shall be held in public, except that the Commission may order the hearing or any part of the hearing to be held in private if it is of the opinion that during the course of the hearing any of the following information will likely be disclosed, namely,

(a) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(b) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement; and

(c) information respecting a person's financial or personal affairs where that person's interest or security outweighs the public's interest in the information.

dont celle-ci est saisie doivent avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger les témoins et d'y faire des observations, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un avocat.

(6) La Commission doit permettre aux témoins de se faire représenter à l'audience par avocat.

(7) L'officier compétent peut en outre se faire représenter ou assister à l'audience par un autre membre.

(8) Par dérogation au paragraphe (4), la Commission ne peut recevoir ou accepter:

a) sous réserve du paragraphe (9), des éléments de preuve ou autres renseignements non recevables devant un tribunal du fait qu'ils sont protégés par le droit de la preuve;

b) les réponses ou déclarations faites en réponse aux questions visées aux paragraphes 24.1(7), 35(8), 40(2), 45.1(11) ou 45.22(8);

c) les réponses ou déclarations faites à la suite des questions visées au paragraphe (9) lors de toute audience tenue en vertu du présent article pour enquêter sur une autre plainte;

d) les réponses ou déclarations faites dans le cadre d'une tentative de règlement à l'amiable en vertu de l'article 45.36.

(9) Au cours de l'audience, un témoin n'est pas dispensé de répondre aux questions portant sur la plainte dont est saisie la Commission lorsque celle-ci l'exige, au motif que sa réponse peut l'incriminer ou l'exposer à des poursuites ou à une peine.

[ . . ]

(11) Les audiences sont publiques; toutefois, la Commission peut ordonner le huis clos pendant tout ou partie d'une audience si elle estime qu'au cours de celle-ci seront probablement révélés:

a) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives;

b) des renseignements risquant d'entraver la bonne exécution des lois;

c) des renseignements concernant les ressources pécuniaires ou la vie privée d'une personne dans le cas où l'intérêt ou la sécurité de cette personne l'emporte sur l'intérêt du public dans ces renseignements.

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23.

31. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to subsection (2), the Inspector General is entitled to have access to any information under the control of the Service that relates to the performance of the duties and functions of the Inspector General and is also entitled to receive from the Director and employees such information, reports and explanations as the Inspector General deems necessary for the performance of those duties and functions.

(2) No information described in subsection (1), other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies, may be withheld from the Inspector General on any grounds.

...

34. (1) There is hereby established a committee, to be known as the Security Intelligence Review Committee, consisting of a Chairman and not less than two and not more than four other members, all of whom shall be appointed by the Governor in Council from among members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or the House of Commons, after consultation by the Prime Minister of Canada with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader in the House of Commons of each party having at least twelve members in that House.

...

39. (1) Subject to this Act, the Review Committee may determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, but subject to subsection (3), the Review Committee is entitled

(a) to have access to any information under the control of the Service or of the Inspector General that relates to the performance of the duties and functions of the Committee and to receive from the Inspector General, Director and employees such information, reports and explanations as the Committee deems necessary for the performance of its duties and functions; and

(b) during any investigation referred to in paragraph 38(c), to have access to any information under the control of the deputy head concerned that is relevant to the investigation.

(3) No information described in subsection (2), other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23.

31. (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale mais sous réserve du paragraphe (2), l'inspecteur général est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service; à cette fin, il est aussi autorisé à recevoir du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice.

(2) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (1) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée à l'inspecteur général.

[. . .]

34. (1) Est constitué le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, composé du président et de deux à quatre autres membres, tous nommés par le gouverneur en conseil parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font partie ni du Sénat ni de la Chambre des communes. Cette nomination est précédée de consultations entre le premier ministre du Canada, le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacun des partis qui y disposent d'au moins douze députés.

[. . .]

39. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le comité de surveillance peut déterminer la procédure à suivre dans l'exercice de ses fonctions.

(2) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, mais sous réserve du paragraphe (3), le comité de surveillance:

a) est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service ou de l'inspecteur général et à recevoir de l'inspecteur général, du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice;

b) au cours des enquêtes visées à l'alinéa 38c), est autorisé à avoir accès aux informations qui se rapportent à ces enquêtes et qui relèvent de l'administrateur général concerné.

(3) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le

respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies, may be withheld from the Committee on any grounds.

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

34. (1) The Privacy Commissioner has, in relation to the carrying out of the investigation of any complaint under this Act, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Privacy Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) to administer oaths;

(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Privacy Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law;

(d) to enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises;

(e) to converse in private with any person in any premises entered pursuant to paragraph (d) and otherwise carry out therein such inquiries within the authority of the Privacy Commissioner under this Act as the Commissioner sees fit; and

(f) to examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in any premises entered pursuant to paragraph (d) containing any matter relevant to the investigation.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (2) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée au comité.

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 [art. 70(1)f] (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 48(F)).

34. (1) Le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour l'instruction des plaintes déposées en vertu de la présente loi, le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

d) de pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux;

e) de s'entretenir en privé avec toute personne se trouvant dans les locaux visés à l'alinéa d) et d'y mener, dans le cadre de la compétence que lui confère la présente loi, les enquêtes qu'il estime nécessaires;

f) d'examiner ou de se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux visés à l'alinéa d).

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

53. (1) The Governor in Council shall, by commission under the Great Seal, appoint a Privacy Commissioner after approval of the appointment by resolution of the Senate and House of Commons.

...

70. (1) This Act does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, any information contained in

(a) memoranda the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) agenda of Council or records recording deliberations or decisions of Council;

(d) records used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) records the purpose of which is to brief ministers of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(2) For the purposes of subsection (1), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(3) Subsection (1) does not apply to

(a) confidences of the Queen's Privy Council for Canada that have been in existence for more than twenty years; or

(b) discussion papers described in paragraph (1)(b)

(i) if the decisions to which the discussion papers relate have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

53. (1) Le gouverneur en conseil nomme le Commissaire à la protection de la vie privée par commission sous le grand sceau, après approbation par résolution du Sénat et de la Chambre des communes.

[...]

70. (1) La présente loi ne s'applique pas aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux:

a) notes destinées à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) ordres du jour du Conseil ou procès-verbaux de ses délibérations ou décisions;

d) documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) documents d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) avant-projets de loi ou projets de règlement.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) aux documents de travail visés à l'alinéa (1)b), dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 [s. 52(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112)]

36. (1) The Information Commissioner has, in relation to the carrying out of the investigation of any complaint under this Act, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Information Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) to administer oaths;

(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Information Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law;

(d) to enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises;

(e) to converse in private with any person in any premises entered pursuant to paragraph (d) and otherwise carry out therein such inquiries within the authority of the Information Commissioner under this Act as the Commissioner sees fit; and

(f) to examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in any premises entered pursuant to paragraph (d) containing any matter relevant to the investigation.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds.

...

52. (1) An application under section 41 or 42 relating to a record or a part of a record that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 13(1)(a) or (b) or section 15 shall be heard and determined by the Chief Justice of the Federal Court or by any other judge of that Court that the Chief Justice may designate to hear those applications.

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 [art. 52(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112), 69(1)f) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3(F))]

36. (1) Le Commissaire à l'information a, pour l'instruction des plaintes déposées en vertu de la présente loi, le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

d) de pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux;

e) de s'entretenir en privé avec toute personne se trouvant dans les locaux visés à l'alinéa d) et d'y mener, dans le cadre de la compétence que lui confère la présente loi, les enquêtes qu'il estime nécessaires;

f) d'examiner ou de se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux visés à l'alinéa d).

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

[...]

52. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication totale ou partielle du document en litige s'appuyait sur les alinéas 13(1)a) ou b) ou sur l'article 15 sont exercés devant le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

...

**53.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

...

**54.** (1) The Governor in Council shall, by commission under the Great Seal, appoint an Information Commissioner after approval of the appointment by resolution of the Senate and House of Commons.

...

**69.** (1) This Act does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) memoranda the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) agenda of Council or records recording deliberations or decisions of Council;

(d) records used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) records the purpose of which is to brief ministers of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d);

(f) draft legislation; and

(g) records that contain information about the contents of any record within a class of records referred to in paragraphs (a) to (f).

(2) For the purposes of subsection (1), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(3) Subsection (1) does not apply to

(a) confidences of the Queen's Privy Council for Canada that have been in existence for more than twenty years; or

[...]

**53.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

[...]

**54.** (1) Le gouverneur en conseil nomme le Commissaire à l'information par commission sous le grand sceau, après approbation par résolution du Sénat et de la Chambre des communes.

[...]

**69.** (1) La présente loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux:

a) notes destinées à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) ordres du jour du Conseil ou procès-verbaux de ses délibérations ou décisions;

d) documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) documents d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) avant-projets de loi ou projets de règlement;

g) documents contenant des renseignements relatifs à la teneur des documents visés aux alinéas a) à f).

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

(b) discussion papers described in paragraph (1)(b)

(i) if the decisions to which the discussion papers relate have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17(3) (as am. *idem*, s. 25), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.3(1) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 28)]

17. . . .

(3) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

(a) the amount to be paid if the Crown and any person have agreed in writing that the Crown or that person shall pay an amount to be determined by the Federal Court, the Federal Court—Trial Division or the Exchequer Court of Canada; and

(b) any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing shall be determined by the Federal Court, the Federal Court—Trial Division or the Exchequer Court of Canada.

. . .

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

. . .

18.3 (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Federal Court for hearing and determination.

#### The role of the Commission and the Commission Chairperson

[5] Pursuant to section 45.32 of the Act, some functions and duties are assigned to the Commission, others specifically to the Commission Chairperson. Thus, while complaints are addressed to the Commission, it is the Commission Chairperson who has the duty of reviewing a complaint. It is also the Chairperson who may investigate or institute a hearing to inquire into a

b) aux documents de travail visés à l'alinéa (1)b), dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17(3) (mod., *idem*, art. 25), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.3(1) (édicte, *idem*; 2002, ch. 8, art. 28)]

17. [ . . ]

(3) Elle a compétence exclusive, en première instance, pour les questions suivantes:

a) le paiement d'une somme dont le montant est à déterminer, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale—ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada—ou par la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale—ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada—ou par la Section de première instance de la Cour fédérale.

[ . . ]

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[ . . ]

18.3 (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Cour fédérale pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

#### Les rôles de la Commission et de la présidente de la Commission

[5] Selon l'article 45.32 de la Loi, certaines fonctions sont attribuées à la Commission et d'autres sont attribuées spécifiquement à la présidente [ou le président] de la Commission. Ainsi, les plaintes sont soumises à la Commission, mais il appartient à la présidente de la Commission de les examiner. Il appartient également à la présidente de tenir une enquête



complaint: see sections 45.42 and 45.43. However, such hearing is conducted by members of the Commission who are then deemed to be the Commission: see section 45.45. It is the Commission which serves a notice of the hearing and possesses the powers of a board of inquiry.

[6] It is questionable whether the application for judicial review in this case could be brought by the Commission since the Commissioner's duty to furnish relevant material is owed to the Commission Chairperson. In view of the conclusion that I come to on the merits of the appeal and cross-appeal, I need not decide this issue which was not raised by the parties.

#### Facts and judicial history

[7] The Commission (known as the Commission for Public Complaints Against the Royal Canadian Mounted Police since January 1, 2001) is an independent federal agency established in order to review and investigate, in an impartial manner, public complaints about the conduct of the RCMP. The RCMP is the Canadian national police service and provides federal policing service across the country as well as policing services under contract to the three territories, eight of the provinces and to a large number of municipalities and First Nations communities. The Commission is a statutory body that is constituted under and derives its authority from Parts VI and VII of the Act.

[8] The Commission is empowered to receive complaints from any member of the public regarding the RCMP's performance of its duties (subsection 45.35(1)). The Commission Chairperson can investigate such complaints. She can also initiate her own complaint if she is satisfied that there are reasonable grounds to investigate particular conduct (subsection 45.37(1)).

[9] A complaint is first reviewed internally by the RCMP (subsection 45.36(1)) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16]. The Commissioner must

ou de convoquer une audience pour enquêter sur la plainte: voir les articles 45.42 et 45.43. Toutefois, ce sont les membres de la Commission qui tiennent l'audience et qui sont alors réputés être la Commission: voir l'article 45.45. C'est la Commission qui signifie aux parties un avis de l'audience et qui jouit des pouvoirs dont jouit une commission d'enquête.

[6] Il n'est pas certain si la demande de contrôle judiciaire en l'espèce pouvait être présentée par la Commission, puisque c'est à la présidente de la Commission que le commissaire a l'obligation de transmettre les documents pertinents. Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en arrive au sujet du bien-fondé de l'appel et de l'appel incident, il ne m'est pas nécessaire de trancher cette question que les parties n'ont pas soulevée.

#### Les faits et le dossier judiciaire

[7] La Commission (appelée Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001) est un organisme fédéral indépendant qui a été créé pour examiner, d'une manière impartiale, les plaintes du public au sujet de la conduite de la GRC et faire enquête à leur sujet. La GRC est une force de police pour le Canada qui offre des services fédéraux de police partout au pays. La GRC a également conclu des ententes afin de fournir des services policiers dans trois territoires et huit provinces, ainsi que dans un grand nombre de municipalités et de collectivités autochtones. La Commission est un organisme qui a été constitué en vertu des parties VI et VII de la Loi et qui détient les pouvoirs que lui a attribués la Loi.

[8] La Commission a le pouvoir de recevoir des plaintes de tout membre du public concernant la conduite de la GRC dans l'exercice de ses fonctions (paragraphe 45.35(1)). La présidente de la Commission peut tenir une enquête sur ces plaintes. Elle peut également porter plainte si elle est fondée à croire qu'il y a des motifs raisonnables d'enquêter sur une conduite en particulier (paragraphe 45.37(1)).

[9] Toute plainte fait d'abord l'objet d'une enquête interne par la GRC (paragraphe 45.36(1)) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16]. Le commis-

report the results of the internal review to the complainant (section 45.4 [as enacted *idem*]). Thereafter, a complainant, who remains dissatisfied, can submit the matter to the Commission for further review (subsection 45.41(1)). The first step is for the Commission Chairperson to review the complaint on the basis of the materials submitted by the Commissioner (paragraph 45.42(2)(b)).

[10] Following such a review, the Commission Chairperson can report her findings and recommendations to the Commissioner and to the Solicitor General, ask the RCMP to investigate further where she believes the first investigation to have been inadequate, undertake her own further investigation of the matter or institute a public hearing (subsection 45.42(3)). The power to institute a hearing is flexible in that the Commission Chairperson can, if she considers it advisable in the public interest, decide to institute a hearing to inquire into conduct without the RCMP having completed or even initiated an internal investigation of a complaint.

[11] The complaint at issue in this case followed a search conducted as part of an investigation by a Tri-Force Investigation Unit comprised of the RCMP, the Ontario Provincial Police (OPP) and the Thunder Bay Police Service. The RCMP and the OPP searched a green barn on the complainant's property under the authority of a search warrant issued by the Ontario Court of Justice pursuant to section 487.3 [as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 14; 1997, c. 39, s. 1] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. Further authorization was sought to search the complainant's home, but was denied. The search of the complainant's property yielded no evidence of criminal activity.

[12] On February 17, 2000, the complainant filed a complaint with the OPP's Public Complaints Bureau suggesting, among other things, that the search warrant had been improperly obtained. On or about February 23, 2000, the OPP Public Complaints Bureau referred the complaint to the Commissioner pursuant to subsection 45.35(3) of the Act.

[13] By letter dated June 19, 2000, the RCMP non-commissioned officer in charge of Complaints and

saire transmet les résultats de cette enquête au plaignant (article 45.4 [édicte, *idem*]). Par la suite, le plaignant qui n'est pas satisfait du règlement de sa plainte peut renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen (paragraphe 45.41(1)). La présidente de la Commission examine la plainte en se fondant sur les documents qui lui ont été transmis par le commissaire (alinéa 45.41(2)b)).

[10] Après l'examen, la présidente de la Commission peut soit transmettre ses conclusions et recommandations au commissaire et au solliciteur général, soit demander à la GRC de tenir une enquête plus approfondie sur la plainte si elle n'est pas satisfaite de la première enquête, soit tenir une enquête plus approfondie ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte (paragraphe 45.42(3)). Le pouvoir de tenir une audience est souple en ce que la présidente de la Commission peut, si elle estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, convoquer une audience pour enquêter sur une plainte sans que la Gendarmerie ait produit un rapport sur la plainte ou qu'elle ait même entrepris de faire une enquête interne.

[11] Dans l'affaire qui nous occupe, la plainte a été déposée à la suite d'une fouille menée par une cellule d'enquête tripartite composée de la GRC, de la Police provinciale de l'Ontario (PPO) et du Service de police de Thunder Bay. La GRC et la PPO ont exécuté, dans une grange verte appartenant au plaignant, un mandat de perquisition émis par la Cour de justice de l'Ontario en vertu de l'article 487.3 [édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 14; 1997, ch. 39, art. 1] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. L'autorisation d'effectuer une perquisition au domicile du plaignant a été demandée, mais la demande a été refusée. La fouille effectuée sur le terrain du plaignant n'a révélé aucune preuve d'activité criminelle.

[12] Le 17 février 2000, le plaignant a déposé une plainte au Bureau des plaintes de la PPO dans laquelle il affirmait notamment que le mandat de perquisition avait été irrégulièrement obtenu. Le 23 février 2000 ou vers cette date, le Bureau des plaintes de la PPO a renvoyé la plainte au commissaire de la GRC conformément au paragraphe 45.35(3) de la Loi.

[13] Par lettre datée du 19 juin 2000, le sous-officier compétent de la GRC, responsable de la Section des

Internal Investigations (NCO in charge) disposed of the complaint, concluding that the investigation had revealed that the RCMP members who undertook the search of the property had acted properly and were duly authorized to conduct the search. Furthermore, the letter reiterated a discussion that had taken place between the complainant and the investigator assigned to the file on March 28, 2000. During that meeting, the investigator had explained to the complainant that the inability of the RCMP to share some of the information used to obtain the search warrant was due to the fact that such information had come from confidential sources. Following the meeting, the investigator had noted that the complainant was satisfied with the explanations given. As a result, the NCO in charge determined that the file should be closed without further action.

[14] By letter dated June 26, 2000, the complainant demanded that the Commission review his complaint pursuant to subsection 45.41(1) of the Act. In order to commence the review process, by letter dated July 10, 2000, the Commission requested that the RCMP provide the Commission Chairperson with the Commissioner's report (section 45.4) as well as with any other materials under the Force's control as are relevant to the complaint (paragraph 45.41(2)(b)).

[15] On or about September 29, 2000, the Commission received a package of materials from the RCMP. Although the letter enclosed with the package made no mention of any materials having been withheld, it later became apparent that the package did not include the information sworn in support of the search warrant. In addition, the copy of the RCMP member's notes from the day of the search had been vetted prior to inclusion in the package. No mention was made in the package of the reason for having vetted the notes, nor was the name of the individual who had undertaken such editing provided.

[16] On or about October 30, 2000, the Commission Chairperson determined that further enquiry into the complaint was warranted and decided to undertake such investigation (paragraph 45.42(3)(c)). The appellant maintains that the ensuing investigation focussed on aspects of the complaint other than the allegation of

plaintes et des enquêtes internes (le sous-officier responsable), a classé la plainte en concluant que l'enquête avait révélé que les membres de la GRC qui avaient exécuté la fouille du terrain avaient agi convenablement et qu'ils étaient dûment autorisés à l'exécuter. En outre, la lettre mentionnait la discussion qui avait eu lieu entre le plaignant et l'enquêtrice chargée du dossier, le 28 mars 2000. Pendant cette rencontre, l'enquêtrice avait expliqué au plaignant que la GRC ne pouvait lui communiquer certains renseignements ayant servi à obtenir le mandat de perquisition puisque ceux-ci provenaient de sources confidentielles. Après la rencontre, l'enquêtrice a noté que le plaignant était satisfait des explications qui lui avaient été données. Le sous-officier responsable a donc décidé de classer le dossier et de ne prendre aucune autre mesure.

[14] Par lettre datée du 26 juin 2000, le plaignant a demandé à la Commission d'examiner sa plainte, en application du paragraphe 45.41(1) de la Loi. Pour amorcer le processus d'examen, dans une lettre datée du 10 juillet 2000, la Commission a demandé à la GRC de transmettre à la présidente de la Commission le rapport du commissaire (article 45.4) ainsi que les autres documents pertinents sous la responsabilité de la GRC (alinéa 45.41(2)b)).

[15] Le 29 septembre 2000 ou vers cette date, la Commission a reçu, de la GRC, un recueil des documents. La lettre qui accompagnait le recueil ne mentionnait pas que certains documents n'avaient pas été envoyés, mais il est apparu, par la suite, que le recueil ne contenait pas la dénonciation faite sous serment au soutien du mandat de perquisition. En outre, certains renseignements avaient été supprimés, avant l'envoi du recueil, de la copie des notes prises par le membre de la GRC le jour où avait eu lieu la perquisition. Il n'était pas fait mention, dans le recueil, des motifs pour lesquels les renseignements avaient été supprimés et il n'était pas indiqué qui avait supprimé ces renseignements.

[16] Le 30 octobre 2000 ou vers cette date, la présidente de la Commission a conclu qu'une enquête plus approfondie au sujet de la plainte était justifiée et elle a décidé de tenir cette enquête (alinéa 45.42(3)c)). L'appelante soutient que l'enquête qui s'en est suivie a porté essentiellement sur des aspects de la plainte autres

improperly obtaining a search warrant, due to the refusal of the RCMP to provide either the sworn information on which the warrant was based or an unvetted copy of the notes taken by the RCMP members involved in the search.

[17] According to the appellant, in reviewing the evidence assembled by the OPP Complaints Bureau, it became apparent that the OPP investigator had access to the information currently being withheld and indeed was able to interview the confidential source in the course of the investigation of the complaint.

[18] On the same day the original search warrant was issued (December 21, 1999), the RCMP obtained a sealing order from the Ontario Court of Justice pursuant to subsection 487.3(4) of the *Criminal Code* in order to prevent disclosure of the sworn information since the information contained in that document might indirectly reveal the identity of the confidential human source.

[19] Counsel for the Commission, under instruction from its Chairperson, began preparing an application to have the sealing order modified in order to allow the Chairperson full access to the sealed materials. On December 4, 2002, the Chairperson and the Commissioner met to discuss the application. At the meeting and in a subsequent letter dated December 18, 2002, the Commissioner indicated that he did not consider the Chairperson to be entitled to access the materials. The Chairperson then decided to withdraw the application to modify the sealing order and the Commission applied for judicial review of the Commissioner's decision in the Federal Court.

[20] Following this change of approach, on or about May 2, 2003, the Commissioner provided the Commission Chairperson with a vetted copy of a draft Appendix A to an unsworn information in respect of an authorization for a warrant to search the complainant's residence. An even further vetted version of this document formed part of the record for the application in the Federal Court. On or about May 15, 2003, the RCMP

que l'allégation selon laquelle le mandat de perquisition avait été irrégulièrement obtenu, parce que la GRC refusait toujours de transmettre soit la dénonciation faite sous serment sur laquelle le mandat était fondé, soit le texte intégral des notes prises par les membres de la GRC qui avaient participé à la perquisition.

[17] Selon l'appelante, en examinant la preuve réunie par le Bureau des plaintes de la PPO, il est apparu que l'enquêtrice de la PPO avait eu accès aux renseignements qui n'avaient pas été transmis à l'appelante et que, d'ailleurs, cette enquêtrice avait pu s'entretenir avec la source confidentielle pendant qu'elle enquêtait au sujet de la plainte.

[18] Le jour où le mandat de perquisition original a été décerné, soit le 21 décembre 1999, la GRC a obtenu de la Cour de justice de l'Ontario, en conformité avec le paragraphe 487.3(4) du *Code criminel*, une ordonnance interdisant l'accès à la dénonciation faite sous serment, au motif que les renseignements que renfermait ce document étaient susceptibles de révéler indirectement l'identité de l'indicateur.

[19] Conformément aux instructions de la présidente, l'avocat de la Commission a commencé à préparer une demande de modification de l'ordonnance interdisant l'accès pour que la présidente ait pleinement accès aux documents mis sous scellés. Le 4 décembre 2002, la présidente et le commissaire se sont rencontrés afin de discuter de la demande. Pendant la rencontre et dans la lettre subséquente datée du 18 décembre 2002, le commissaire a dit qu'à son avis, la présidente n'avait pas droit à la communication des documents. La présidente a donc décidé de retirer la demande de modification de l'ordonnance interdisant l'accès et la Commission a demandé le contrôle judiciaire de la décision du commissaire à la Cour fédérale.

[20] À la suite de ce changement de démarche, le 2 mai 2003 ou vers cette date, le commissaire a remis, à la présidente, une copie expurgée du projet d'appendice A d'une dénonciation non revêtue du serment qui devait servir à obtenir un mandat autorisant une perquisition au domicile du plaignant. Une version du document encore plus expurgée avait été versée au dossier relativement à la demande devant la Cour fédérale. Le 15 mai 2003 ou

provided the Commission Chairperson with a vetted copy of Appendix A to the sworn information in respect of an authorization for a warrant to search the complainant's green barn. The RCMP had made an *ex parte* application for an order varying the sealing order protecting the sworn information so that an edited version might be provided to the Chairperson. By order dated May 14, 2003, Walneck J. of the Ontario Court of Justice ordered that the sealed packet be opened, that its contents be provided to a federal prosecutor for editing in a manner so as not to compromise the identity of the informant, and that the edited version then be provided to the Chairperson of the Commission and the packet resealed.

[21] Notwithstanding the production of these vetted documents, the Commission proceeded with the application for judicial review of the Commissioner's original decision to refuse disclosure. As previously mentioned, the Commission sought a *mandamus* requiring the Commissioner to comply with his statutory obligation to furnish relevant material in the instance and a declaration to the same effect, presumably in order to avoid encountering similar difficulties in relation to future complaints.

[22] The respondent, in addition to asserting police informer privilege as the basis for its refusal to provide the requested documents, challenged the appellant's jurisdiction and capacity to bring the application, submitting that the Commission does not have the capacity to initiate legal proceedings and suggesting that the act of commencing such proceedings was incompatible with its duty to remain impartial.

[23] Although the Judge expressed concern about the way in which the privileged information had been circulated and shared in this particular case, and recognized the importance of access to information in order for the Commission to effectively play its oversight role, he nevertheless held that the application failed on one ground alone. Since the parties were in agreement that the facts of the case involved a confidential

vers cette date, la GRC a remis à la présidente de la Commission une copie expurgée de l'appendice A de la dénonciation sous serment qui devait servir à obtenir un mandat autorisant une perquisition dans la grange verte du plaignant. La GRC avait présenté une demande *ex parte* en vue d'obtenir une ordonnance de modification de l'ordonnance interdisant l'accès qui s'appliquait à la dénonciation faite sous serment de manière à ce qu'une version expurgée de la dénonciation puisse être remise à la présidente. Dans une ordonnance datée du 14 mai 2003, le juge Walneck de la Cour de justice de l'Ontario a ordonné que l'enveloppe scellée soit ouverte, que son contenu soit remis à un procureur fédéral pour qu'il supprime les mentions pouvant révéler l'identité de l'indicateur, que la version expurgée soit ensuite remise à la présidente de la Commission et que l'enveloppe soit de nouveau scellée.

[21] Malgré la production de ces documents expurgés, la Commission a maintenu sa demande de contrôle judiciaire de la décision originale du commissaire de refuser la communication des documents. Tel que susmentionné, la Commission a sollicité un bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de se conformer à l'obligation qui lui incombe en vertu de la loi de communiquer à la présidente tout document pertinent. La Commission demandait également un jugement déclaratoire à cette fin, probablement pour éviter toute difficulté semblable à l'avenir.

[22] En sus de revendiquer le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de remettre les documents demandés, l'intimé a contesté la compétence et la qualité de l'appelante pour présenter la demande de contrôle judiciaire et il a laissé entendre qu'une telle demande était incompatible avec l'obligation d'impartialité qui incombait à l'appelante.

[23] Le juge a dit qu'il était préoccupé de la manière dont les renseignements protégés avaient été communiqués en l'espèce et il a reconnu qu'il était important que la Commission ait accès aux renseignements pour pouvoir jouer efficacement son rôle de surveillance, mais il a néanmoins décidé que, sur un seul fondement, la demande devrait être rejetée. Puisque les parties avaient convenu que les faits en cause visaient

informant who had provided information to the RCMP, the Judge found that the circumstances that trigger the application of police informer privilege were present. Furthermore, in his view, there was no ability for the Court to create an additional exception to the application of the privilege in order to allow the Chairperson access to privileged information. The application for judicial review was therefore dismissed, with costs to the respondent.

#### Origins, nature and scope of police informer privilege

[24] I should begin by stating, in a nutshell, the nature of police informer privilege and its role and position in the enforcement of criminal law. I will make additional observations when I address the appellant's argument that the definition of "Crown" in this context should include the Commission.

[25] The Supreme Court has instructed that "[a] court considering this issue must begin from the proposition that informer privilege is an ancient and hallowed protection which plays a vital role in law enforcement": see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paragraph 9. Citizens have a civic duty to assist in enforcing the law. Police informer privilege recognizes and supports that role and encourages continued citizen participation in law enforcement by protecting those who come forward with information regarding alleged criminal activity (*ibid.*).

[26] The essential characteristic of the privilege is the guarantee of confidentiality owed to the informer. Not only must this guarantee be effective, it must be seen to be so in order to persuade individuals to brave the potential risks involved in sharing information with law enforcement officials, secure in the knowledge that their identity will not be revealed either intentionally or by inadvertence: see for example *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at page 994. The effectiveness of this guarantee is enhanced by the scope of the privilege, which is broad. Not only must the name of the informant be hidden, but

un indicateur qui avait fourni des renseignements à la GRC à titre confidentiel, le juge a conclu que les circonstances qui donnent lieu à l'application du privilège relatif aux indicateurs de police étaient présentes. En outre, selon lui, la Cour n'avait pas compétence pour créer une autre exception relative à l'application du privilège pour permettre à la présidente d'avoir accès aux renseignements protégés. Le juge a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire et accordé les dépens à l'intimé.

#### L'origine, la nature et la portée du privilège relatif aux indicateurs de police

[24] Je me dois de décrire brièvement la nature du privilège relatif aux indicateurs de police, ainsi que son rôle et sa position en ce qui concerne l'application de la loi en matière criminelle. Je ferai quelques observations supplémentaires quand j'examinerai l'argument de l'appelante selon lequel la définition du terme «Couronne» dans le contexte en cause devrait inclure la Commission.

[25] La Cour suprême a dit que «[l]e tribunal qui analyse cette question doit, au départ, reconnaître que le privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d'application de la loi»: voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au paragraphe 9. Tous les citoyens ont le devoir moral de contribuer à l'application de la loi. La règle du privilège relatif aux indicateurs reconnaît ce rôle et le favorise; elle encourage la participation continue des citoyens à l'application de la loi en protégeant ceux et celles qui divulguent des renseignements concernant un crime prétendu (*ibid.*).

[26] Le privilège a la caractéristique essentielle de garantir le caractère confidentiel de l'identité de l'indicateur. Non seulement cette garantie doit être efficace, il doit être manifeste qu'elle est efficace afin de convaincre les citoyens que leur identité ne sera révélée ni intentionnellement ni par inadvertance s'ils divulguent certains renseignements aux agents d'application de la loi, malgré les risques auxquels ce geste les expose: voir par exemple *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la page 994. La garantie est plus efficace du fait de la large portée du privilège. Le privilège interdit la divulgation

all information, however innocuous, that might allow someone to discover the informant's identity must also remain privileged: *Leipert*, at paragraph 18.

[27] Police informer privilege is held by the Crown, but in a very real sense also belongs to the informant since the Crown may not unilaterally waive the privilege. The Crown must obtain the consent of the informer: *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario et al.)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at page 94. The privilege enjoys a unique status among forms of privilege: once its application has been triggered, there is no ability to balance the privilege against other interests, no matter how compelling these other interests may be: *Leipert*, at paragraph 12. The privilege, by its nature, trumps other policy concerns and admits of only one exception: in a criminal law context, a balancing of interests can occur when there are grounds to believe that the information covered by the privilege would assist in establishing the innocence of an accused. In such circumstances, the "innocence at stake" exception may require a balancing of interests, and an evaluation of whether aspects of such information might be divulged: *Bisaillon v. Keable*, at page 93; *Leipert*, at paragraphs 20-24. Absent such circumstances, the privilege functions as a rule of public order and a judge has no discretion as to its scope or application: *Leipert*, at paragraph 13.

Whether the Commissioner must disclose to the Chairperson of the Commission information covered by police informer privilege

(a) pursuant to paragraph 45.41(2)(b) of the Act

[28] The appellant's argument that the Chairperson of the Commission is entitled to receive and examine the material covered by police informer privilege is based on paragraph 45.41(2)(b) of the Act. According to that paragraph, the Commissioner "shall" furnish material under the control of the Force that is relevant to a complaint.

non seulement du nom de l'indicateur, mais aussi de tout renseignement, même anodin, susceptible de révéler implicitement l'identité de l'indicateur: *Leipert*, au paragraphe 18.

[27] Le privilège relatif aux indicateurs appartient à la Couronne, mais, de façon très réelle, il appartient également à l'indicateur puisque la Couronne ne peut, de son propre chef, renoncer au privilège. La Couronne doit d'abord obtenir le consentement de l'indicateur: *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario et autre)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la page 94. Le privilège relatif aux indicateurs de police a un statut particulier. En effet, une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas comparer l'avantage qui en découle et d'autres intérêts, quelle que soit l'importance de ces autres intérêts: *Leipert*, au paragraphe 12. En raison de sa nature, le privilège l'emporte sur toute autre préoccupation de politique générale et ne souffre qu'une exception: dans un contexte de droit pénal, on peut tenir compte d'autres intérêts lorsqu'il y a des motifs de croire que les renseignements visés par le privilège pourraient établir l'innocence d'un accusé. Dans ces circonstances, l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé peut exiger une évaluation des intérêts en jeu et une évaluation de la question de savoir si certains aspects des renseignements peuvent être divulgués: *Bisaillon c. Keable*, à la page 93; *Leipert*, aux paragraphes 20 à 24. En l'absence de ces circonstances, le privilège est une règle juridique d'ordre public dont la portée ou l'application ne relève en rien du pouvoir discrétionnaire du juge: *Leipert*, au paragraphe 13.

Le commissaire est-il tenu de divulguer les renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs de police à la présidente de la Commission?

a) en vertu de l'alinéa 45.41(2)b) de la Loi

[28] L'appelante prétend que la présidente de la Commission a le droit, en vertu de l'alinéa 45.41(2)b) de la Loi, de recevoir et d'examiner les documents visés par le privilège relatif aux indicateurs de police. Selon cette disposition, le commissaire «transmet» tous les documents pertinents placés sous la responsabilité de la Gendarmerie.

[29] Counsel for the appellant submits that the wording of that paragraph makes it clear that it was Parliament's intention to require the Commissioner to produce for the Chairperson's examination all relevant material, even material containing privileged information, be it information subject to solicitor-client privilege, Crown privilege or, as in this case, police informer privilege. The only exception would be a confidence of the Queen's Privy Council.

[30] If this argument from counsel for the appellant is right, I then fail to see how and why Cabinet confidences should be excluded. Either the wording of the paragraph is inclusive of all privileged information or it is not. One can find no justification, explanation, or indication in the text of the paragraph itself as to Parliament's intent to include some privileges, but not others, and certainly no indication as to which privileges are to be included or excluded from the ambit of the paragraph.

[31] The truth is that paragraph 45.41(2)(b) of the Act contains no derogation to the law of evidence regarding privileges. When Parliament has intended that the protection afforded by privileges not be available, not only has it clearly said so, it has also indicated which privilege, if any, will still prevail. Subsections 34(2), 70(1),(2) and (3) of the *Privacy Act*, subsections 36(2), 69(1),(2) and (3) of the *Access to Information Act*, and subsections 31(1) and (2), 39(2) and (3) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, previously cited, are cogent examples of Parliament's awareness of the law of privilege and of its intent to derogate when necessary.

[32] With respect, I believe that paragraph 45.41(2)(b), whether subjected to a literal or a purposive interpretation or both, can form no valid basis for a conclusion that Parliament intended to place the Commission Chairperson, in the exercise of her functions and duties, above the law of privileges.

[33] Counsel for the appellant tried to obtain assistance from paragraph 45.45(8)(a) of the Act which addresses the issue of privilege. The paragraph prohibits the acceptance, by the Commission, at a public hearing, of evidence or information which would be inadmissible

[29] L'avocat de l'appelante soutient qu'aux termes de la disposition, il est clair que le législateur voulait que le commissaire remette à la présidente, pour examen, tous les documents pertinents, même ceux qui contiennent des renseignements protégés, que ce soit par le secret professionnel de l'avocat, par le privilège de la Couronne ou, comme en l'espèce, par le privilège des indicateurs de police. La seule exception serait celle d'un document confidentiel du Conseil privé.

[30] Si l'avocat de l'appelante a raison sur ce point, je ne vois pas comment et pourquoi les documents confidentiels du Cabinet devraient être exclus. Soit que les termes de l'alinéa visent tous les renseignements protégés, soit qu'ils ne le font pas. La disposition elle-même ne contient aucune justification, explication ou indication que le législateur visait certains privilèges plutôt que d'autres et certainement aucune indication des privilèges inclus ou exclus de la portée de la disposition.

[31] En réalité, l'alinéa 45.41(2)(b) de la Loi ne prévoit aucune dérogation au droit de la preuve en matière de privilège. Lorsque le législateur a voulu qu'un privilège ne s'applique pas, non seulement il l'a dit clairement, mais il a également précisé, le cas échéant, les privilèges qui subsistent. Les paragraphes 34(2), 70(1),(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les paragraphes 36(2), 69(1),(2) et (3) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ainsi que les paragraphes 31(1),(2), 39(2) et (3) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, susmentionnés, sont des exemples convaincants du fait que le législateur connaissait bien le droit en matière de privilège et savait comment y déroger si nécessaire.

[32] Selon moi, l'alinéa 45.41(2)(b), qu'il soit interprété littéralement ou en rapport avec son objet ou les deux, ne saurait valablement permettre de conclure que le législateur voulait que, dans l'exercice de ses fonctions, la présidente de la Commission ne soit pas assujettie au droit en matière de privilège.

[33] Au soutien de son argument, l'avocat de l'appelante a invoqué l'alinéa 45.45(8)(a) de la Loi, une disposition qui porte sur la question des privilèges. Selon cette disposition, lors d'une audience publique, la Commission ne peut accepter des éléments de preuve ou



in a court of law by reason of any privilege under the law of evidence. This, the argument goes, is evidence of Parliament's intent to allow the Chairperson of the Commission to examine privileged information at the review stage of the complaint while protecting such information at the stage of a public hearing because of the increased danger of public disclosure at that stage.

[34] This submission, if accepted, leads to a peculiar situation where the Commission Chairperson would possess more powers at the initial review stage of a complaint than the Commission would at a public hearing although, at this later time, it has all the powers of a board of inquiry, notably the power to summon witnesses and compel them to testify. I seriously doubt that Parliament intended this anomalous result for two reasons.

[35] First, the argument that a privilege is to be upheld at a public hearing because of an increased fear of public disclosure of the privileged information has no merit. Paragraph 45.45(11)(b) of the Act authorizes the Commission to hold the hearing in private where there is a likelihood of disclosure of information "which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement".

[36] Second, paragraphs 45.45(8)(a) and 45.41(2)(b) address two different situations. Section 45.45 enumerates the powers of the Commission as well as the restrictions upon such powers when a hearing is held. Subsection 45.41(2) is concerned with duties upon the receipt of a complaint. Paragraph 45.41(2)(a) places a duty on the Commission Chairperson to give the Commissioner a copy of the complaint. In return, the Commissioner must furnish material relevant to the complaint (paragraph 45.41(2)(b)). One provision (paragraph 45.45(8)(a)) defines the powers of the Commission, the other (paragraph 45.41(2)(b)) the duties of the head of the RCMP in responding to the Commission.

[37] In this regard, a cursory review of section 36 of the *Access to Information Act* or section 34 of the

autres renseignements qui seraient non recevables devant un tribunal du fait qu'ils sont protégés en vertu du droit de la preuve. Selon l'argument, la disposition démontre que le législateur voulait que la présidente de la Commission examine des renseignements protégés à l'étape de l'examen d'une plainte tout en protégeant ces renseignements au moment de l'audience publique à cause du plus grand risque de divulgation.

[34] Cette proposition, si elle était acceptée, entraînerait une situation curieuse où les pouvoirs de la présidente lors de l'examen initial d'une plainte seraient plus vastes que ceux de la Commission lors d'une audience publique même si, à l'audience, la Commission a tous les pouvoirs d'une commission d'enquête, notamment celui d'appeler des témoins et de les contraindre à témoigner. À mon avis, le législateur n'a certainement pas souhaité un tel résultat, et ce, pour deux raisons.

[35] Premièrement, l'argument selon lequel un privilège doit être reconnu pendant une audience publique à cause du plus grand risque de divulgation au public du renseignement protégé n'est pas fondé. L'alinéa 45.45(11)b de la Loi autorise la Commission à ordonner le huis clos si elle estime que des renseignements «risquant d'entraver la bonne exécution des lois» seraient probablement révélés au cours de l'audience.

[36] Deuxièmement, les alinéas 45.45(8)a et 45.41(2)b visent deux situations différentes. L'article 45.45 énumère les pouvoirs de la Commission, ainsi que les restrictions à ces pouvoirs lors de la tenue d'une audience. Le paragraphe 45.41(2) vise les devoirs de la Commission lors de la réception d'une plainte. Selon l'alinéa 45.41(2)a, la présidente de la Commission doit transmettre au commissaire une copie de la plainte. Ensuite, le commissaire transmet à la présidente les documents pertinents (alinéa 45.41(2)b)). Une disposition (alinéa 45.45(8)a) définit les pouvoirs de la Commission alors que l'autre (alinéa 45.41(2)b) décrit les devoirs du responsable de la GRC dans sa réponse à la Commission.

[37] À cet égard, un bref examen de l'article 36 de la *Loi sur l'accès à l'information* ou de l'article 34 de la

*Privacy Act* is instructive. Both sections deal with the powers of the respective commissioners in carrying out investigations. It is in this context of the granting of powers to the investigating body, not in the context of duties placed on the head of a government institution (as in our case the duty imposed on the head of the RCMP), that Parliament dealt coherently with the power to admit evidence governed by the law of evidence relating to privileges and the power to access privileged information. For example, paragraph 34(1)(c) of the *Privacy Act* enables the investigative body to accept evidence not admissible in a court of law. Subsection 34(2) gives it the right to access information privileged under the law of evidence, except for Cabinet confidences. I can find nothing of the kind in the powers conferred upon the Commission, still less in paragraph 45.41(2)(b) of the Act which defines the duties of the head of the RCMP in the context of the referral of a complaint to the Commission.

[38] I shall limit my conclusion to the facts of this case. I am of the view that the Act does not confer upon the Chairperson of the Commission or the Commission the power to access and examine information that is protected by police informer privilege. Consequently, the Commissioner had no duty under the Act to provide the privileged information.

(b) pursuant to an enlarged definition of “Crown”

[39] Counsel for the appellant submitted, and the Judge made a finding of fact to that effect, that the privileged information to which the Chairperson of the Commission seeks access was seen by no less than nine persons: three members of the RCMP, one member of the OPP, two judges, a court registrar, a lawyer in private practice serving as agent for the Attorney General and a federal prosecutor working for the Department of Justice, Canada. Not only did the member of the OPP see

*Loi sur la protection des renseignements personnels* est révélateur. Ces dispositions visent les pouvoirs des deux commissaires lors de l’instruction d’une plainte. C’est donc dans le contexte des pouvoirs qu’il a conférés à un organisme d’enquête plutôt que dans celui des obligations qu’il a imposées au responsable d’une institution fédérale (en l’espèce, l’obligation du responsable de la GRC) que le législateur a légiféré de façon cohérente en ce qui concerne le pouvoir d’accepter un élément de preuve auquel s’applique le droit de la preuve en matière de privilège et celui d’avoir accès à des renseignements protégés. Par exemple, en vertu de l’alinéa 34(1)c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’organisme d’enquête peut recevoir des éléments de preuve indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Aux termes du paragraphe 34(2), il a accès à tous les renseignements protégés en vertu de la loi, à l’exception des renseignements confidentiels du Cabinet. Je ne retrouve aucune mention semblable dans les pouvoirs qui sont conférés à la Commission, et encore moins à l’alinéa 45.41(2)b) de la Loi qui définit les devoirs du responsable de la GRC dans le contexte du renvoi d’une plainte devant la Commission.

[38] Je compte limiter la conclusion que je tire aux faits en cause. Selon moi, la Loi ne confère pas à la présidente de la Commission ou à la Commission le pouvoir d’avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ni d’examiner ces renseignements. Par voie de conséquence, le commissaire n’avait aucune obligation en vertu de la Loi de transmettre les renseignements protégés.

b) conformément à une définition élargie de la «Couronne»

[39] L’avocat de l’appelante a prétendu, et le juge a tiré une conclusion de fait dans le même sens, qu’au moins neuf personnes avaient vu les renseignements protégés demandés par la présidente de la Commission: trois membres de la GRC, un membre de la PPO, deux juges, un greffier de la cour, un avocat d’un cabinet privé qui était mandataire du procureur général et un procureur fédéral du ministère de la Justice du Canada. Non seulement le membre de la PPO a vu les documents en sa

the material in her capacity as complaint-investigator—Professional Standards Bureau under the OPP Complaints Bureau System, she also interviewed the informant: see decision, at paragraph 187 and Appeal Book at page 139.

[40] Counsel for the appellant submits that the Chairperson of the Commission plays an important role and occupies a significant position in the administration of justice and falls under the definition of those representatives of the Crown who may and should be entitled to share the informer's privileged information. Access to that information is necessary to fulfil her duties, we are told, and to improve the administration of justice through an effective oversight of the police force. Since the Chairperson is a person appointed by order of the Governor in Council, possesses in practice the required security clearance and has undertaken in this case to guarantee and protect the confidentiality of the privileged information, she should be included in the group sharing the information on a "need to know" basis.

[41] Counsel for the respondent takes a narrow view and interpretation of the concept of "Crown". Police informer privilege, he says, originates in the context of law enforcement and criminal prosecutions. The notion of "Crown" refers to police officers and Crown prosecutors who assume responsibilities for enforcing and administering criminal law: see respondent's factum, at paragraph 71.

[42] In *Leipert*, McLachlin J. reasserted the importance of the rule of informer privilege. At paragraph 10, she wrote:

The rule is of fundamental importance to the workings of a criminal justice system. As described in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 105:

The rule gives a peace officer the power to promise his informers secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be

qualité d'enquêtrice sur les plaintes du Bureau des normes professionnelles, Bureau des plaintes de la PPO, elle a également interrogé l'indicateur: voir la décision au paragraphe 187 et le dossier d'appel à la page 139.

[40] L'avocat de l'appelante prétend que la présidente de la Commission joue un rôle considérable et occupe un poste important au sein de l'administration de la justice. Selon lui, la présidente est visée par la définition des mandataires de la Couronne qui peuvent et doivent avoir accès aux renseignements protégés concernant un indicateur. Il affirme que la présidente doit avoir accès aux renseignements pour exercer ses fonctions, ainsi que pour contribuer à l'amélioration de l'administration de la justice en exerçant une surveillance efficace de la conduite de la force de police. La présidente est nommée par le gouverneur en conseil, elle a en pratique les autorisations de sécurité nécessaires et elle s'est engagée, dans la présente affaire, à garantir et à protéger le caractère confidentiel des renseignements protégés; elle devrait donc faire partie du groupe des personnes qui ont accès aux renseignements parce qu'elles ont le «besoin de connaître».

[41] L'avocat de l'intimé soutient que le terme «Couronne» doit recevoir un sens et une interprétation restreints. Selon lui, le privilège relatif aux indicateurs de police a pris naissance dans le contexte de l'application du droit criminel et des poursuites pénales. Le terme «Couronne» vise les policiers et les procureurs de la Couronne qui ont des responsabilités en matière d'application et d'administration du droit pénal: voir le mémoire de l'intimé au paragraphe 71.

[42] Dans *Leipert*, la juge McLachlin a réaffirmé l'importance de la règle du privilège relatif aux indicateurs. Elle a écrit, au paragraphe 10:

La règle revêt une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle. Comme on l'explique dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 105:

Le principe confère en effet à l'agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des

extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed.

In *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 994, Cory J. stressed the heightened importance of the rule in the context of drug investigations:

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. It may well be true that some informers act for compensation or for self-serving purposes. Whatever their motives, the position of informers is always precarious and their role is fraught with danger.

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and networks. The investigation often will be based upon a relationship of trust between the police officer and the informer, something that may take a long time to establish. The safety, indeed the lives, not only of informers but also of the undercover police officers will depend on that relationship of trust. [Emphasis added.]

[43] I agree with counsel for the respondent that, in the context of the police informer privilege, the notion of “Crown” should be narrowly defined and refers to those persons who are directly involved in the enforcement of the law. When I say that, I do not want by any means to be seen as diminishing or downplaying the importance of the role played by either the Commission or the Chairperson of the Commission in the administration of justice. Police forces have to be accountable for the exercise of the intrusive powers that society has granted them; the Commission and the Commission Chairperson play a pivotal role in ensuring such accountability.

[44] However, the accountability mechanism, as necessary and useful as it is and should be, is peripheral to the law enforcement process of which police informer privilege partakes. It is not, in my respectful view, a sufficient justification to enlarge the scope and definition of “Crown” so as to increase the number of persons sharing the privileged information. I am supported in my

renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d'exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel.

Dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la p. 994, le juge Cory souligne l'importance accrue de la règle dans les enquêtes en matière de drogues:

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières. Peut-être est-il vrai que certains indicateurs agissent contre rémunération ou dans leur propre intérêt. Peu importe leur mobile, les indicateurs sont dans une position précaire et jouent un rôle dangereux.

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des réseaux de trafiquants [. . .] L'enquête repose souvent sur la confiance qui s'établit entre le policier et l'indicateur; or, cette confiance peut être fort longue à obtenir. La sécurité, voire la vie, non seulement des indicateurs mais encore des agents d'infiltration, dépendent de cette confiance. [Je souligne.]

[43] Je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé qui prétend que, dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police, il faut donner une définition étroite au terme «Couronne» pour ne viser que les personnes qui participent directement à l'exécution de la loi. Cela dit, il ne faut pas conclure pour autant que je veuille diminuer ou atténuer l'importance du rôle de la Commission ou de la présidente de la Commission en matière d'administration de la justice. Les forces policières doivent rendre compte de l'exercice des pouvoirs d'intrusion que la société leur a accordés. La Commission et la présidente de la Commission jouent un rôle critique pour assurer cette imputabilité.

[44] Toutefois, le mécanisme assurant l'imputabilité, si nécessaire et utile soit-il, est accessoire au processus d'application de la loi dans lequel s'insère le privilège relatif aux indicateurs de police. Ce n'est pas, à mon avis, une justification suffisante pour élargir la portée et la définition de la «Couronne» de manière à ce qu'un plus grand nombre de personnes aient accès aux

belief by the following conclusion of the Supreme Court of Canada in *Bisailon v. Keable*, where, at pages 97-98, the Court, in comparing police informer privilege with Crown privilege based on Wigmore's [*Evidence in Trials at Common Law*] four-part test, wrote:

This procedure, designed to implement Crown privilege, is pointless in the case of secrecy regarding a police informer. In this case, the law gives the Minister, and the Court after him, no power of weighing or evaluating various aspects of the public interest which are in conflict, since it has already resolved the conflict itself. It has decided once and for all, subject to the law being changed, that information regarding police informers' identity will be, because of its content, a class of information which it is in the public interest to keep secret, and that this interest will prevail over the need to ensure the highest possible standard of justice.

Accordingly, the common law has made secrecy regarding police informers subject to a special system with its own rules, which differ from those applicable to Crown privilege. [Emphasis added.]

[45] This was reaffirmed in the *Leipert* case, at paragraph 12, following which McLachlin J. wrote at paragraphs 13 and 28:

The Court in *Bisailon v. Keable* summed the matter up by asserting that the application of informer privilege "does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound" (p. 93).

...

Informer privilege is of great importance. Once established, the privilege cannot be diminished by or "balanced off against" other concerns relating to the administration of justice. The police and the court have no discretion to diminish it and are bound to uphold it. [Emphasis added.]

[46] Safety and secrecy are major preoccupations surrounding police informer privilege. I confess that I am deeply troubled by the number of persons who had access to the privileged information in this case, thereby increasing the risk of disclosure and of defeating the purpose of the privilege. If potential informers were made aware of the way information was shared in this

renseignements protégés. Cette opinion est étayée par la Cour suprême du Canada, aux pages 97 et 98 de l'arrêt *Bisailon c. Keable*, qui a conclu comme suit, en comparant le privilège relatif aux indicateurs de police aux privilèges de la Couronne au regard du critère à quatre volets de Wigmore [*Evidence in Trials at Common Law*]:

Cette procédure propre à la mise en œuvre du privilège de la Couronne se trouve sans objet dans le cas du secret relatif à l'indicateur de police. Dans ce cas en effet, la loi ne laisse au ministre et au juge après lui aucun pouvoir d'appréciation ou d'évaluation des divers aspects de l'intérêt public qui entrent en conflit puisqu'elle a déjà elle-même tranché ce conflit. Elle a déjà décidé une fois pour toute, et sous réserve d'un changement apporté à la loi, que les renseignements relatifs à l'identité des indicateurs de police forment, à cause de leur contenu, une classe de renseignements qu'il est dans l'intérêt public de garder secrets et que cet intérêt l'emporte sur la nécessité de rendre une justice plus parfaite.

Ainsi donc, la *common law* a soumis le secret relatif aux indicateurs de police à un régime spécifique dont les règles lui sont particulières et se distinguent de celles qui régissent le privilège de la Couronne. [Je souligne.]

[45] La Cour suprême a confirmé sa position dans l'arrêt *Leipert*, au paragraphe 12, et la juge McLachlin a ajouté, aux paragraphes 13 et 28:

Dans l'arrêt *Bisailon c. Keable*, la Cour a résumé la question en affirmant que l'application du privilège relatif aux indicateurs de police «ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge» (p. 93).

[. . .]

Le privilège relatif aux indicateurs de police a une importance considérable. Une fois son existence établie, le privilège ne peut être réduit ou pondéré en fonction d'autres préoccupations relatives à l'administration de la justice. La police et les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de le réduire et sont tenus de le faire respecter. [Je souligne.]

[46] La sécurité et la confidentialité sont des aspects importants du privilège relatif aux indicateurs de police. Je reconnais que je suis profondément troublé par le fait qu'un grand nombre de personnes ont eu accès aux renseignements protégés dans la présente affaire ce qui augmente le risque de divulgation et, ainsi, le risque que l'utilité du privilège disparaisse. Si les indicateurs

instance, I am not sure that many of them would be keen on coming forward in the future. Furthermore, the fact that information may have been improperly shared in this case cannot serve as support for the appellant's position. To add the Chairperson of the Commission and some of her staff to an already long list would be to add persons who are interested in accessing the privileged information in order "to ensure the highest possible standard of justice". However, as laudable as this goal may be, it cannot justify granting access to persons who are not persons who need to know such information for law enforcement purposes as required in the context of *police informer privilege*: see *Bisaillon*. I am persuaded that, if consulted, informers would, for safety reasons, strongly oppose the opening of an additional circuit of distribution of their names, especially where the justification for this distribution is the furtherance of a purpose other than that of law enforcement in the strict sense.

[47] Again, I believe it is appropriate to refer to the *Bisaillon* case where the Supreme Court, dealing with the confusion of police informer privilege with Crown privilege, stressed the paramount importance of informer privilege and secrecy. At pages 95-97, Beetz J. wrote for a unanimous Court:

The secrecy rule regarding police informers has chiefly taken the form of rules of evidence in criminal and civil proceedings, but it can be said that the rule gives rise to rules of another kind, which impose duties on a peace officer. If the law prohibits a peace officer from disclosing an informer's identity in judicial proceedings based on the public interest which it considers to be superior to that of the administration of justice by the court, a fortiori, it does place on him a duty to maintain confidentiality outside of any judicial proceedings, when the administration of justice by the courts is not in issue.

...

The secrecy rule regarding police informers' identity has been confused with Crown privilege, but this in my view is a mistake.

The reason for the mistake may be that the secrecy rule regarding police informers' identity and Crown privilege have

potentiels étaient mis au courant de la manière dont les renseignements ont été communiqués dans la présente affaire, je ne pense pas qu'ils seraient nombreux à se présenter à l'avenir. En outre, l'appelant ne peut invoquer la divulgation irrégulière des renseignements en l'espèce pour appuyer sa position. Ajouter la présidente de la Commission et certains membres de son personnel à une liste déjà longue, ce serait ajouter des personnes qui ont un intérêt à avoir accès à des renseignements privilégiés dans le but de «rendre une justice plus parfaite». Toutefois, si louable soit-il, ce but ne saurait justifier l'accès à des personnes qui n'ont pas besoin de connaître ces renseignements aux fins de l'application de la loi comme cela est exigé dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police: voir *Bisaillon*. Je suis convaincu que, si on les consultait, les indicateurs s'opposeraient fortement, pour des raisons de sécurité, à l'ajout d'une nouvelle liste de distribution de leur nom, particulièrement si ladite distribution trouvait sa justification dans l'atteinte d'un but autre que celui de l'application de la loi au sens strict de cette expression.

[47] Encore une fois, il est opportun d'invoquer l'affaire *Bisaillon*, dans laquelle la Cour suprême, en se penchant sur la confusion entre le privilège de la Couronne et celui de l'indicateur de police, a insisté sur le rôle primordial du privilège relatif aux indicateurs et du secret. Aux pages 95 à 97, le juge Beetz a écrit, au nom de tous les juges:

Le principe du secret relatif aux indicateurs de police s'est principalement manifesté par des règles de preuve en matière criminelle et en matière civile mais il y a lieu de croire que le principe est générateur de règles d'une autre nature, qui imposent des devoirs à l'agent de la paix. Si la loi interdit au policier de révéler l'identité de l'indicateur dans des procédures judiciaires au nom d'un intérêt public qu'elle considère supérieur à celui de l'administration de la justice par la cour, a fortiori lui fait-elle un devoir de garder la confiance en dehors de toutes procédures judiciaires, lorsque l'intérêt de la justice ne le commande pas.

[...]

Il est arrivé que l'on confonde la règle du secret relatif à l'identité des indicateurs de police avec le privilège de la Couronne mais, à mon avis, il s'agit d'une erreur.

L'erreur s'explique peut-être du fait que la règle du secret relatif à l'identité des indicateurs de police et le privilège de la

several points in common: in both cases relevant evidence is excluded in the name of a public interest regarded as superior to that of the administration of justice; in both cases the secrecy cannot be waived; finally, in both cases it is illegal to present secondary proof of facts which in the public interest cannot be disclosed. However, these points in common should not be allowed to hide the specificity of the set of common law provisions applicable to secrecy regarding police informers' identity, which distinguishes it from the set of rules governing Crown privilege.

In both cases, it is the public interest which makes secrecy necessary, but this public interest, which takes priority over that of the administration of justice, differs depending on whether Crown privilege or secrecy regarding police informers' identity is concerned. The public interest which is the reason behind the Crown privilege lies either in national security or in the effective conduct of government. The public interest which requires secrecy regarding police informers' identity is the maintenance of an efficient police force and an effective implementation of the criminal law. [Emphasis added.]

[48] To summarize, under the existing law, police informer privilege is a legal rule of public order designed to promote efficiency in enforcement and implementation of the criminal law. Essential to the achievement of that objective is the protection of the identity of the informer which can only be obtained if disclosure and circulation of his name, and information likely to reveal his name, are limited to what is necessary to enforce the criminal law. Extending the concept of "Crown" so as to include the Commission Chairperson and some of her staff would be truncating the privilege and, in the long run, jeopardizing its usefulness and eventually its existence. If the concept were extended to the appellant because of its supervisory role over the use of police powers, there would be nothing to prevent further extension to other police complaints commissions and, for that matter, even to *ad hoc* commissions of inquiry. Indeed, in *Canada (Royal Canadian Mounted Police—RCMP) v. Saskatchewan (Commission Inquiry into the death of Leo La Chance)*, [1992] 6 W.W.R. 62, the Saskatchewan Court of Appeal had to issue an order prohibiting a commission of inquiry set up to inquire into a fatal shooting from requiring disclosure of a police informer's identity. Quoting excerpts from the *Bisaillon* case, the Court of Appeal refused to broaden the exception to the rule governing police informer privilege. The position taken by the Saskatchewan Court

Couronne comportent certains traits communs: dans les deux cas il y a exclusion d'une preuve pertinente au nom d'un intérêt public considéré supérieur à celui de l'administration de la justice; dans les deux cas il est impossible de renoncer au secret; enfin, dans les deux cas, il est illégal de faire la preuve secondaire de faits dont l'intérêt public interdit la divulgation. Mais ces traits communs ne doivent pas faire perdre de vue la spécificité du régime réservé par la *common law* au principe du secret relatif à l'identité de l'indicateur de police et qui le distingue du régime fait au privilège de la Couronne.

Dans les deux cas, c'est l'intérêt public qui dicte la nécessité du secret mais cet intérêt public, qui prime sur celui de l'administration de la justice, n'est pas le même selon qu'il s'agit du privilège de la Couronne ou du secret relatif à l'identité de l'indicateur de police. L'intérêt public qui est la raison d'être du privilège de la Couronne se trouve soit dans la sécurité de l'État soit dans le bon fonctionnement de l'administration publique. L'intérêt public qui impose le secret relatif à l'identité de l'indicateur de police est le maintien d'un service de police efficace et l'application effective des lois criminelles. [Je souligne.]

[48] Bref, en vertu du droit en vigueur, le privilège relatif à l'indicateur de police est une règle juridique d'ordre public qui a pour objet de promouvoir l'application et la mise en œuvre efficaces des lois criminelles. Il faut absolument, pour atteindre cet objectif, protéger l'identité d'un indicateur, protection qui ne sera assurée que si la divulgation et la communication de son nom, ainsi que des renseignements susceptibles de révéler son nom, sont limités à ce qui est nécessaire pour l'exécution des lois criminelles. Élargir le terme «Couronne» de manière à inclure la présidente de la Commission et certains membres de son personnel serait porter atteinte au privilège et, en fin de compte, cela mettrait en péril son utilité, voire son existence. Si la notion était élargie de manière à inclure l'appelante à cause de son rôle de surveillance à l'égard de l'utilisation des pouvoirs de la police, rien n'empêcherait que le sens englobe ensuite d'autres commissions de plaintes contre la police, voire les commissions d'enquête *ad hoc*. D'ailleurs, dans *Canada (Royal Canadian Mounted Police—RCMP) v. Saskatchewan (Commission Inquiry into the death of Leo La Chance)*, [1992] 6 W.W.R. 62, la Cour d'appel de la Saskatchewan a dû rendre une ordonnance interdisant à la commission chargée de l'enquête sur une fusillade meurtrière d'exiger la divulgation de l'identité d'un indicateur de police. En citant des extraits de l'arrêt

of Appeal and the one that I adopt are consistent with the teachings of the Supreme Court that there should be no “weakening [of] a rule which should remain firm”: see *Bisailon v. Keable*, at page 95.

*Bisailon*, la Cour d’appel a refusé d’élargir l’exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. La position de la Cour d’appel de la Saskatchewan et celle que j’adopte en l’espèce respectent les principes énoncés par la Cour suprême selon lesquels il ne faut pas «affaiblir une règle qui doit rester ferme»: voir *Bisailon c. Keable*, à la page 95.

The cross-appeal: Whether the Commission had jurisdiction or capacity to seek judicial review of the Commissioner’s refusal to furnish the privileged information

[49] Counsel for the respondent argues on the cross-appeal that the Commission has no legal or statutory authority to initiate proceedings as it did in the present instance. In support of his contention, he advances three arguments. All three deserve to be addressed: the Commission has no standing under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* (FCA), the legislator has given a remedy to the Commission in section 18.3 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and paragraph 17(3)(b) of the FCA, and the Commission is a statutory body whose functions require that it act impartially and not appear as a party adverse to the RCMP.

L’appel incident: la Commission a-t-elle compétence ou qualité pour demander le contrôle judiciaire du refus du commissaire de transmettre les renseignements protégés?

[49] L’avocat de l’intimé prétend, dans l’appel incident, que la Commission n’a pas la capacité juridique ou un pouvoir conféré par une loi nécessaire pour introduire une procédure comme elle l’a fait en l’espèce. Au soutien de sa prétention, il invoque trois arguments qu’il convient d’analyser: la Commission n’a pas qualité pour agir en vertu de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* (la LCF), le législateur a prévu un recours que peut invoquer la Commission à l’article 18.3 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] et à l’alinéa 17(3)(b) de la LCF, et la Commission est un organisme constitué par une loi dont les fonctions exigent qu’elle soit impartiale et qu’elle ne semble pas s’opposer à la GRC.

Whether section 18.3 and paragraph 17(3)(b) of the FCA are effective remedies available to the Commission

[50] Section 18.3, previously cited, enables a federal board like the Commission to refer to the Federal Court a question of law for hearing and determination. Under paragraph 45.41(2)(b) of the Act, as previously mentioned, the Commissioner is under a statutory duty to furnish the Commission Chairperson with material that is relevant to a complaint.

L’article 18.3 et l’alinéa 17(3)(b) de la LCF accordent-ils à la Commission des recours efficaces?

[50] Aux termes de l’article 18.3, susmentionné, un office fédéral, notamment la Commission, peut renvoyer devant la Cour fédérale pour audition et jugement toute question de droit. En vertu de l’alinéa 45.41(2)(b) de la Loi, tel que susmentionné, le commissaire a l’obligation légale de transmettre à la présidente de la Commission tous les documents pertinents à une plainte.

[51] Relevancy is a legal criterion for the admissibility of evidence before courts and tribunals. Here, the criterion serves to determine which evidence must be given to the Commission Chairperson in order to allow her to perform her duties and functions.

[51] La pertinence est un critère juridique relatif à l’admissibilité d’un élément de preuve devant les tribunaux judiciaires et administratifs. En l’espèce, le critère permet de décider quelle est la preuve qui doit être transmise à la présidente de la Commission de manière à ce qu’elle puisse exercer ses fonctions.



[52] Defining relevancy and determining the scope of the concept are questions of law. However, it is trite law that applying the resulting definition to a given document or material in order to determine if such document or material is relevant entails a question of mixed fact and law. It is not one that can be the subject of a reference to the Federal Court. Since debates between the Commission Chairperson and the Commissioner will generally bear on whether documents claimed are relevant or not, the reference procedure is not an available remedy to determine those issues.

[53] In the present instance, the Commission's request to access the privileged information put in issue the scope of police informer privilege. Although the request raised a question of law and could have been made the subject of a reference, this does not mean that no other remedies are available or that the reference procedure must be chosen in preference to other available remedies. Section 18.3 coexists with section 18.1 of the FCA. It belongs to the Commission to choose the remedy that it believes best serves its interests, provided, of course, that the law does not make the use of one remedy over the other mandatory.

[54] Paragraph 17(3)(b) of the FCA is broader in scope than section 18.3 in that it extends to the determination of questions of fact as well as of mixed law and fact. However, the jurisdiction of the Federal Court is conditional on a written consent of the Crown to the determination by the Court. This makes the remedy hollow and uncertain. Again, I do not believe that the Commission's capacity to fulfil the duties imposed upon it by the Act depends upon the goodwill of a third party.

[55] This brings me to an assessment of the Commission's capacity and jurisdiction to act pursuant to section 18.1 of the FCA.

Whether the Commission possesses the jurisdiction and capacity pursuant to section 18.1 of the FCA to bring an application for judicial review

[56] Under subsection 18.1(1) of the FCA, "anyone directly affected by the matter in respect of which relief

[52] La définition de la pertinence et la détermination de la portée de la notion sont des questions de droit. Toutefois, c'est un principe élémentaire de droit que l'application de la définition qui en résulte à un document ou à un élément de preuve en particulier pour décider si le document ou l'élément de preuve est pertinent est une question mixte de droit et de fait. Il ne s'agit pas d'une question qui puisse être renvoyée devant la Cour fédérale. Puisque les discussions entre la présidente de la Commission et le commissaire porteront, en règle générale, sur la question de savoir si les documents demandés sont pertinents, la procédure de renvoi n'est pas un recours qui permet de trancher ces questions.

[53] En l'espèce, la demande d'accès aux renseignements protégés présentée par la Commission soulevait la question de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police. Il s'agissait d'une question de droit qui aurait pu faire l'objet d'un renvoi, mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun autre recours possible, ni que la procédure de renvoi doit l'emporter sur tout autre recours. L'article 18.3 et l'article 18.1 de la LCF coexistent. Il appartient à la Commission de choisir le recours le plus avantageux pour elle pourvu, bien entendu, que la loi n'impose pas un recours plutôt qu'un autre.

[54] L'alinéa 17(3)(b) de la LCF a une portée plus large que l'article 18.3, puisqu'il vise les questions de fait de même que les questions mixtes de droit et de fait. Toutefois, la compétence de la Cour fédérale n'existe que sur le consentement écrit de la Couronne à ce que la Cour fédérale prenne une décision. Le recours est donc incertain et illusoire. Encore une fois, je ne crois pas que la possibilité, pour la Commission, d'exécuter les fonctions que la Loi lui a attribuées dépende de la bienveillance d'une autre partie.

[55] Cela m'amène à l'appréciation de la compétence et de la qualité pour agir de la Commission, en vertu de l'article 18.1 de la LCF.

La Commission a-t-elle compétence et qualité au regard de l'article 18.1 de la LCF pour présenter une demande de contrôle judiciaire?

[56] Aux termes du paragraphe 18.1(1) de la LCF, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée

is sought” is authorized to bring an application for judicial review. Moreover, the subsection’s wording is broad enough to encompass applicants who are not directly affected when they meet the test for public interest standing: see *Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish Tribes v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2003), 227 F.T.R. 96 (F.C.T.D.); affirmed (2003), 313 N.R. 394 (F.C.A.) and leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, May 20, 2004, [2004] S.C.C.A. No. 55 (QL).

[57] There is no doubt that the Commission is directly affected by a decision of the Commissioner not to provide material relevant to a complaint. The Commission and the Commission Chairperson are, thereby, impeded in the carrying out of their functions and duties as they are mandated to do by section 45.32 of the Act.

[58] Without a legal means of ensuring compliance with the Act by the Commissioner, the Commission becomes, for all practical purposes, hindered to the point of uselessness. I entirely agree with the following comments made by the learned Judge when discussing the respondent’s argument that the Commission has no power to initiate legal proceedings. At paragraphs 163 and 164 of his decision, he wrote:

If the Respondent is correct in this regard it would mean that, under ss. 45.41 of the *RCMP Act*, the Complaints Commission has no right to compel the RCMP Commissioner to provide either a copy of the complaint or any material relevant to that complaint. Just as a right without a remedy is no right at all, so an obligation without the means to compel it is no obligation at all. It would mean, in effect, that the RCMP Commissioner would have a complete discretion, not only as regards what is and what is not relevant, but also as to whether any material is provided at all under ss. 45.41 even if it is relevant.

In my opinion, this is an extraordinary argument to make for anyone concerned with the integrity and reputation of the RCMP because its ultimate effect is to deprive the Force of a significant means of vindication in the face of Complaints against its members. If the Complaints Commissioner cannot compel the RCMP Commissioner to provide materials related

«par quiconque est directement touché par l’objet de la demande». En outre, les termes de la disposition sont suffisamment larges pour englober les demandeurs qui ne sont pas directement touchés si toutefois ils ont qualité pour agir dans l’intérêt public: voir l’affaire *Tribus Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (2003), 227 F.T.R. 96 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par (2003), 313 N.R. 394 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 20 mai 2004, [2004] S.C.C.A. n° 55 (QL).

[57] Il n’y a aucun doute que la Commission est directement touchée par la décision du commissaire de ne pas transmettre des documents pertinents à une plainte. La Commission et la présidente de la Commission sont ainsi empêchées d’exécuter les fonctions et les tâches qui leur sont attribuées par l’article 45.32 de la Loi.

[58] Si elle n’a pas juridiquement le pouvoir de forcer le commissaire à respecter la Loi, le travail de la Commission est entravé au point de devenir vain. Je suis tout à fait d’accord avec les observations du savant juge qui soupesait l’argument présenté par l’intimé selon lequel la Commission n’avait pas le pouvoir d’introduire une instance. Aux paragraphes 163 et 164 de sa décision, il a écrit [2004 CF 830]:

Si le défendeur a raison d’affirmer cela, cela voudrait dire que, selon l’article 45.41 de la Loi sur la GRC, la Commission des plaintes n’a aucun droit de forcer le Commissaire de la GRC à lui remettre une copie de la plainte ou un document se rapportant à cette plainte. Tout comme un droit qu’il n’est pas possible de faire respecter équivaut à l’inexistence de ce droit, une obligation dont il n’est pas possible de forcer l’accomplissement équivaut à l’inexistence d’une telle obligation. Cela voudrait dire en fait que le Commissaire de la GRC disposerait d’un pouvoir discrétionnaire absolu, non seulement celui de définir quel document est pertinent et quel autre ne l’est pas, mais également celui de dire si un document doit même être communiqué selon l’article 45.41, quand bien même serait-il pertinent.

À mon avis, c’est là un argument extraordinaire à avancer pour quiconque se préoccupe de l’intégrité et de la réputation de la GRC, parce que l’effet ultime d’un tel argument est de priver la Gendarmerie d’un moyen véritable de défense à l’encontre des plaintes portées contre ses membres. Si la Commission des plaintes ne peut forcer le Commissaire de la

to a Complaint, and it is all a matter of discretion on the part of the RCMP, then the whole concept of civilian supervision is severely undermined and a Complainant and the public will never know whether a Complaint has been truly investigated. It renders the Complaints Commission a token investigative agency. [Emphasis added.]

[59] In support of the argument that Parliament did not intend the Commission to have the capacity to initiate legal proceedings, counsel for the respondent submitted that the Commission has been granted political remedies such as the power, pursuant to section 45.34 of the Act, to submit a report to the Minister, and to include recommendations in that report that must be laid before each House of Parliament.

[60] With respect, this is a desperate argument. Just about every federal board has to make an annual report of its activities and file it with Parliament. This is a measure of Parliamentary control over the activities, effectiveness and spending of its creatures. The Commission is no exception. The necessity of filing an annual report has never preempted the existence or exercise of a legal remedy.

[61] The respondent also suggested that the Commission can resort to a public hearing under section 45.43 of the Act to enforce compliance by the Commissioner with paragraph 45.41(2)(b). It should be recalled that the Commission possesses the powers of a board of inquiry to summon witnesses and compel them to give evidence under oath and produce such documents as the Commission “deems requisite to the full investigation and consideration of [the] matter [before it]”: see subsection 45.45(4) and paragraphs 24.1(3)(a) and (b) of the Act. The Commission could summon the Commissioner to explain publicly why some documents requested are not, in his view, relevant or why, although they are relevant, he still refuses to deliver them. I note in passing that, while it is not clear under paragraph 45.41(2)(b) who, of the Commissioner or the Commission, determines what is relevant, it is the Commission which, pursuant to paragraph 24.1(3)(a) of the Act, possesses that power in the context of a public hearing.

GRC à lui remettre les documents se rapportant à une plainte, et si tout cela dépend du pouvoir discrétionnaire de la GRC, alors toute la notion de surveillance civile est gravement menacée, et ni le plaignant ni le public ne sauront jamais si une plainte a véritablement été étudiée. La Commission des plaintes devient alors un organisme enquêteur de pure forme. [Je souligne.]

[59] À l'appui de l'argument selon lequel le législateur n'avait pas eu l'intention d'accorder à la Commission la qualité pour introduire une instance, l'avocat de l'intimé a fait valoir que la Commission dispose de recours d'ordre politique, notamment qu'elle peut, en vertu de l'article 45.34 de la Loi, présenter un rapport au ministre et y inclure des recommandations qui doivent être présentées à chacune des chambres du Parlement.

[60] Avec égards, l'avocat de l'intimé présente cet argument en désespoir de cause. Presque tous les offices fédéraux sont tenus de présenter un rapport annuel de leurs activités au Parlement. Il s'agit d'une mesure qui permet au Parlement d'exercer un contrôle sur les activités, sur l'efficacité et sur les dépenses des organismes qu'il a créés. La Commission n'en est pas exemptée. L'obligation de présenter un rapport annuel ne l'a jamais emporté sur l'existence ou sur l'exercice d'un recours prévu par la loi.

[61] L'intimé soutient également que la Commission peut tenir une audience publique en vertu de l'article 45.43 de la Loi pour obliger le commissaire à respecter l'alinéa 45.41(2)b). Il convient de rappeler que la Commission dispose de tous les pouvoirs d'une commission d'enquête. Elle peut assigner des témoins, les enjoindre à témoigner sous serment et à produire les documents que la Commission «estime nécessaires à une enquête et étude complètes»: voir le paragraphe 45.45(4), ainsi que les alinéas 24.1(3)a) et b) de la Loi. La Commission pouvait demander au commissaire d'expliquer publiquement pourquoi certains documents demandés n'étaient pas, selon lui, pertinents ou pourquoi, s'ils étaient pertinents, il refusait toujours de les transmettre. Soit dit en passant, si l'alinéa 45.41(2)b) ne prévoit pas clairement qui, du commissaire ou de la Commission, décide de la pertinence d'un document, c'est la Commission qui, en conformité avec l'alinéa 24.1(3)a) de la Loi, possède ce pouvoir dans le cas d'une audience publique.

[62] The holding of a public hearing to compel the Commissioner to perform a statutory duty imposed upon him by the Act is a costly procedure. It is certainly not the one favoured by Parliament or by the Commission itself. Investigation is the rule, a public hearing the exception. The latter only occurs when the Chairperson considers it advisable in the public interest: see section 45.43 of the Act. I share these views and concerns of the Judge expressed at paragraph 166 of the decision under appeal:

Denial of information and materials under 45.41 of the Act does not mean it is advisable or in the public interest to call a hearing. Hearings under s. 45.43 are rare and most complaints are investigated under s. 45.41. It seems highly inappropriate to suggest that, if the Complaints Commission is not satisfied with the materials furnished by the RCMP Commission under s. 45.41, then it should proceed with a hearing under s. 45.43. Perhaps most objectionable is the notion that the words "shall furnish" under s. 45.41 don't really mean what they say, so that the relatively simple and cost effective way of disposing of complaints under s. 45.41 (and the sheer volume of complaints suggest that, except for something truly exceptional, this will be the most appropriate procedure) doesn't really have any teeth and that, indeed, Parliament didn't intend it to have any teeth. I believe that, if the Respondent's argument is correct in this regard, then the Canadian public may well feel it has been misled concerning the investigative process outlined in Part VII of the Act. [Emphasis added.]

[63] There is another reason, in my respectful view, why it is not advisable to resort to this available procedure each time there is a disagreement between the Commission Chairperson and the Commissioner. It would almost inevitably shatter the relationship between the two. Indeed, the Commissioner might find it more constraining and less comfortable to have to personally appear before the Commission and publicly answer its questions than to be represented, as in the present instance, by the Attorney General in a neutral forum.

[64] I should point out that this position taken and advocated by the respondent is at odds with his contention that the Commission should remain and appear to remain impartial and, therefore, should not be entitled to seek judicial review to compel performance of

[62] La tenue d'une audience publique afin d'obliger le commissaire à exécuter une fonction prévue par la Loi est une procédure coûteuse. Ce n'est certes pas la procédure que privilégie le législateur ni même la Commission. L'enquête est la règle, l'audience publique, l'exception. Il n'y a d'audience publique que si la présidente estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte: voir l'article 45.43 de la Loi. Je partage l'opinion et les préoccupations du juge telles qu'exprimées au paragraphe 166 de la décision visée par l'appel:

Le refus de communiquer des renseignements et documents selon ce que prévoit l'article 45.41 de la Loi ne signifie pas qu'il est judicieux ou conforme à l'intérêt public de convoquer une audience. Les audiences dont parle l'article 45.43 sont rares, et la plupart des plaintes sont étudiées selon l'article 45.41. Il semble tout à fait inopportun de dire que, si la Commission des plaintes n'est pas satisfaite des documents remis par le commissaire de la GRC en vertu de l'article 45.41, alors la Commission des plaintes ferait bien de convoquer une audience selon l'article 45.43. Tout à fait déplacée sans doute est l'idée selon laquelle le mot «transmet», dans l'article 45.41, ne veut pas vraiment dire ce qu'il dit, à telle enseigne que le moyen relativement simple et économique de disposer des plaintes, dans l'article 45.41, (et le nombre de plaintes montre à lui seul que, sauf cas véritablement exceptionnel, ce moyen sera la procédure la plus adéquate) n'est pas vraiment efficace et que le législateur ne voulait pas en réalité qu'il le soit. Je crois que, si l'argument avancé ici par le défendeur est juste, alors le public canadien aura des raisons de penser qu'il a été trompé sur le mécanisme d'enquête exposé dans la partie VII de la Loi. [Je souligne.]

[63] Il y a une autre raison, selon moi, pour laquelle il n'est pas indiqué d'avoir recours à cette procédure chaque fois que la présidente de la Commission et le commissaire ne sont pas d'accord. Cette solution détruirait presque inévitablement la relation entre les deux. D'ailleurs, le commissaire pourrait juger qu'il lui est plus difficile et contraignant de comparaître en personne devant la Commission et de répondre publiquement à ses questions que d'être représenté, comme en l'espèce, par le procureur général devant un tribunal neutre.

[64] Il me faut insister sur le fait que la position adoptée par l'intimé et qu'il défend contredit son argument selon lequel la Commission doit être impartiale et paraître impartiale et, par conséquent, qu'elle ne devrait pas avoir recours au contrôle judiciaire pour

the duties imposed upon the Commissioner. This brings me to the third argument advanced by the respondent against the Commission's capacity to seek legal redress.

Whether the Commission is under an obligation to be impartial and whether such obligation denies it the capacity and jurisdiction to initiate legal proceedings

[65] Counsel for the respondent relies upon two cases in support of his objection to the Commission's application for judicial review: *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, [2003] 9 W.W.R. 242 (B.C.S.C.), and *Rankin (Re)*, [1991] 1 F.C. 226 (T.D.).

[66] The first case involved the Privacy Commissioner seeking a declaration by way of an action in the Supreme Court of British Columbia. Metzger J. accepted the argument of the Attorney General that the Privacy Commissioner did not have the capacity to initiate an action. He likened the role of the Privacy Commissioner to that of an ombudsman as the Supreme Court of Canada had done in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at paragraphs 38 and 39. In that case, the Supreme Court distinguished the approach of the Privacy Commissioner and the Official Languages Commissioner from that of a court. "Their unique mission," Gonthier J. wrote for the Court, "is to resolve tension in an informal manner: one reason that the office of ombudsman was created was to address the limitations of legal proceedings."

[67] With respect, although what was said in the Privacy Commissioner's case remains relevant to the case at bar, the legal situation and status of the Commission and Commission Chairperson are somewhat different from those of the Privacy Commissioner.

[68] As the Supreme Court reiterated in the *Lavigne* case (see paragraph 33), the Privacy Commissioner possesses broad powers for the purpose of conducting

exiger que le commissaire exécute les fonctions que lui impose la Loi. Cela m'amène donc au troisième argument proposé par l'intimé qui porte sur la qualité de la Commission pour invoquer un recours légal.

La Commission est-elle tenue d'être impartiale et cette obligation l'empêche-t-elle d'avoir compétence et qualité pour introduire une instance?

[65] L'avocat de l'intimé se fonde sur deux décisions pour contester la demande de contrôle judiciaire de la Commission: *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, [2003] 9 W.W.R. 242 (C.S.C.-B.), et *Rankin (Re)*, [1991] 1 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.).

[66] Dans la première affaire, le commissaire à la protection de la vie privée avait sollicité un jugement déclaratoire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge Metzger avait reconnu le bien-fondé de l'argument présenté par le procureur général selon lequel le commissaire à la protection de la vie privée n'avait pas qualité pour introduire une action. Il avait comparé le rôle du commissaire à la protection de la vie privée à celui d'un ombudsman comme l'avait fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, aux paragraphes 38 et 39. Dans cette affaire, la Cour suprême avait dit que le commissaire à la protection de la vie privée et le commissaire aux langues officielles utilisaient une approche qui les distinguait d'une cour de justice. Le juge Gonthier avait dit: «Ils ont pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle. C'est, entre autres, pour répondre aux limites des recours judiciaires que l'ombudsman a été créé».

[67] Avec égards, même si ce qui a été dit dans l'affaire relative au commissaire à la protection de la vie privée demeure pertinent en l'espèce, la situation et le statut légal de la Commission et de la présidente de la Commission sont quelque peu différents de ceux du commissaire à la protection de la vie privée.

[68] La Cour suprême a répété, dans l'arrêt *Lavigne* (voir le paragraphe 33), que le commissaire à la protection de la vie privée possède de vastes pouvoirs

investigations into complaints that are filed: “He has access to all information held by a government institution, with the exception of confidences of the Queen’s Privy Council for Canada, and no information to which he has access may be withheld from him.” The Privacy Commissioner’s right to access information is not dependent on a relevancy criterion. This is not the case for the Commission and the Commission Chairperson whose right of access is limited to relevant material, with no indication in the Act as to who determines the issue of relevancy.

[69] Moreover, the Privacy Commissioner “may also enter any premises occupied by any government institution . . . , converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within the Privacy Commissioner’s authority under the *Privacy Act* as he sees fit. Lastly, the Privacy Commissioner may examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in the premises occupied by a government institution containing any matter relevant to the investigation”: *ibid.*

[70] Much, if not all, enforcement capacity is built in these powers. The Commission and the Commission Chairperson are far from possessing, at the investigation stage, this kind of power, which makes the need to have the capacity to initiate legal proceedings much more necessary, to say the least.

[71] In the B.C. Privacy Commissioner’s case, the Privacy Commissioner was seeking a judicial declaration that the Kelowna RCMP video surveillance violated the plaintiff’s and the public’s paragraph 2(d), sections 6, 7 and 8 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]] rights and was in breach of the United Nations *Universal Declaration of Human Rights* [GA RES. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948] and the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47]. The Privacy Commissioner was not attempting, as the Commission Chairperson is in this

afin de mener à terme l’instruction des plaintes déposées. «Il a accès à tous les renseignements qui relèvent d’une institution fédérale, à l’exclusion des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et aucun des renseignements auxquels il a accès ne peut lui être refusé.» Le droit du commissaire à la protection de la vie privée d’avoir accès à des renseignements n’est pas assujéti au critère de la pertinence. Par contre, le droit de la Commission et de la présidente de la Commission d’avoir accès aux renseignements est assujéti au critère de la pertinence et rien dans la Loi ne prévoit qui est appelé à trancher cette question.

[69] En outre, le commissaire à la protection de la vie privée «peut également pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, [. . .] s’entretenir en privé avec toute personne s’y trouvant et y mener, dans le cadre de la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les enquêtes qu’il croit nécessaires. Enfin, il peut examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l’enquête et trouvés dans les locaux occupés par une institution fédérale»: *ibid.*

[70] Une grande partie de la capacité d’application de la loi, sinon toute, est fondée sur ces pouvoirs. La Commission et la présidente de la Commission sont loin de jouir, à l’étape de l’enquête, de ce type de pouvoir, qui fait en sorte qu’il est beaucoup plus nécessaire d’avoir qualité pour intenter une action en justice.

[71] Dans l’affaire de la Colombie-Britannique concernant le commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire demandait au tribunal de déclarer que la surveillance vidéo effectuée par la GRC à Kelowna violait les droits du plaignant et du public en vertu de l’alinéa 2d) et des articles 6, 7 et 8 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]], ainsi que la *Déclaration universelle des droits de l’homme* [Rés. AG 217 A (III), Foc, off. AG NU, 10 décembre 1948] des Nations Unies et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47].

case, to enforce a specific duty placed on a public servant, whose failure to perform such duty strikes at the heart of the Commission's capacity to fulfil the duties imposed upon it by Parliament in the public interest.

[72] I believe I have said enough to demonstrate that the *Canada (Privacy Commissioner)* case can and must be distinguished, both factually and legally, from the situation which prevails in this instance.

[73] The *Rankin* case does not stand for the proposition that the Commission has no capacity to initiate legal proceedings in the Federal Court. The question was put by Denault J. in terms of appropriateness of doing so because of the obligation that the Commission has, as a quasi-judicial tribunal, to appear and act impartially: see paragraphs 9 and 14. He held, at paragraph 15, that it was inappropriate for the Commission to take the initiative of an application under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. However, he proceeded to deal with the merits of the issue because the complainant, Mr. Rankin, had adopted the position taken by the Commission. In an *obiter*, since the matter of the Commission's status had become of academic interest, this Court expressly noted that it did not want to be understood as disagreeing with the position taken by Denault J. on the question: see *Canada (Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission) (Re)*, [1992] F.C.J. No. 502 (C.A.)(QL). I believe that a closer look ought to be given to *Rankin* and its relationship with the Act.

[74] In the Federal Court, the Judge distinguished *Rankin* on the basis that Denault J. was examining the power of the Commission to compel the type of evidence mentioned in subsection 45.45(11), i.e. evidence whose disclosure might be injurious to security, national interest or law enforcement. He saw a major difference in the wording of subsection 45.41(2). He limited the ruling in *Rankin* to the interpretation of section 45.45. He then looked at the purpose of the Act in order to ascertain Parliament's intent. In the end, he expressed the view that there was nothing inappropriate about the Commission taking legal action for the limited purpose of securing the materials it needs from the RCMP to

Le commissaire à la protection de la vie privée ne tentait pas d'obliger un fonctionnaire à s'acquitter d'une obligation précise au motif que ce manquement l'empêchait d'exécuter les fonctions fondamentales qui lui étaient imposées par le législateur dans l'intérêt du public, comme c'est le cas en l'espèce.

[72] Je crois en avoir suffisamment dit pour démontrer que l'affaire *Canada (Privacy Commissioner)* est différente, tant sur le plan légal que sur celui des faits, de la situation en l'espèce.

[73] La décision *Rankin* ne pose pas en principe que la Commission n'a pas qualité pour introduire une procédure devant la Cour fédérale. Le juge Denault avait parlé de l'opportunité de le faire puisque la Commission était tenue, en tant que tribunal quasi judiciaire, d'agir et de sembler agir impartialement: voir les paragraphes 9 et 14. Il avait dit, au paragraphe 15, qu'il ne convenait pas que la Commission prenne l'initiative de présenter une demande fondée sur le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Toutefois, il avait examiné le fond de la question puisque le plaignant, M. Rankin, avait adopté la position de la Commission. Dans des remarques incidentes, puisque la question du statut de la Commission n'était plus que théorique, notre Cour avait expressément dit qu'elle ne voulait pas qu'on conclue qu'elle rejetait la position prise par le juge Denault sur la question: voir *Canada (Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada) (Re)*, [1992] A.C.F. n° 502 (C.A.) (QL). J'estime qu'il faut se pencher davantage sur l'arrêt *Rankin* et sur ce qu'il dit au sujet de la Loi.

[74] Le juge de la Cour fédérale a dit que l'affaire *Rankin* était différente puisque le juge Denault examinait le pouvoir de la Commission d'exiger la production d'un élément de preuve conformément au paragraphe 45.45(11), c'est-à-dire un élément de preuve dont la divulgation risquait de porter préjudice à la défense ou à l'intérêt national ou d'entraver la bonne exécution des lois. Selon lui, le paragraphe 45.41(2) est très différent. Il a dit que la décision *Rankin* ne se rapportait qu'à l'article 45.45. Puis il a examiné l'objet de la Loi pour connaître l'intention du législateur. En fin de compte, il a dit qu'il était nullement inopportun que la Commission introduise une procédure à la seule fin d'obtenir de la

perform its statutory duty. I think it is useful, even necessary, to reproduce his analysis of the issue found in paragraphs 170-177 of the decision:

A reading of ss. 45.45(11) confirms the conclusion of Denault J. that the “plain wording of the section does not give the Commission power to compel this type of evidence.” In this regard, however, the plain wording of ss. 45.45(11) is very different from the plain wording of ss. 45.41(2) which says that the RCMP Commissioner “shall furnish the Commissioner with a copy of the complaint” and “shall furnish the Commission Chairman with . . . such other materials under the control of the Force as are relevant to the Complaint.”

I regard everything said by Denault J. in *Rankin* as referring to ss. 45.45 of the Act. There is no discussion of ss. 45.41, a very differently worded and constituted provision intended to deal with a very different kind of investigation.

The Respondent argues that the general dicta found in the *Rankin* case to the effect that “the Commission has the obligation to be and appear to be impartial as a quasi-judicial body” and that it is “inappropriate that the Commission take the initiative” can be taken out of the context of ss. 45.45 and applied generally to the Act and, in particular, to ss. 45.41(2)(d) which is the subject of this Application. I disagree. *Rankin* is concerned solely with ss. 45.45 and with the specific wording of that section.

But the question does have to be asked whether Parliament intended the Complaints Commission to have the capacity and jurisdiction to come before this Court under ss. 45.41(2) of the Act and seek the materials sought in this Application that the RCMP Commissioner has refused to furnish.

Guided by *Rankin*, I believe the first thing I have to look at is the “plain wording of the section.” To me the plain wording is unequivocal. Parliament’s intent was that the RCMP Commission “shall furnish” a copy of the complaint and other materials under the control of the Force relevant to the complaint. This is intended to be mandatory and not discretionary. There is, of course, no specific provision which says that if the RCMP Commission refuses to furnish materials then the Complaints Commission has the right to take legal action to compel compliance with ss. 45.41. So the question becomes, bearing in mind the role of the Complaints Commission in the context of ss. 45.41, was it Parliament’s intent that it should be the Complaints Commission who takes action to compel the furnishing of the materials in question?

GRC les documents dont elle avait besoin pour s’acquitter de son obligation légale. J’estime qu’il est utile, voire nécessaire, de reproduire son analyse des questions qui se trouve aux paragraphes 170 à 177 de la décision:

Une lecture du paragraphe 45.45(11) confirme la conclusion du juge Denault selon laquelle «le texte de l’article ne confère pas à la Commission le pouvoir d’exiger ce genre de preuve». Cependant, le texte du paragraphe 45.45(11) est très différent du texte du paragraphe 45.41(2), qui dit que «le président de la Commission transmet au Commissaire une copie de la plainte» et que «le Commissaire transmet au président de la Commission. . . tout autre document pertinent placé sous la responsabilité de la Gendarmerie».

Je considère les propos tenus par le juge Denault dans l’affaire *Rankin* comme des propos se rapportant à l’article 45.45 de la Loi. Il n’est pas question de l’article 45.41, une disposition dont le texte est très différent et qui concerne un type d’enquête lui aussi très différent.

Le défendeur fait valoir que certaines remarques incidentes qui sont faites dans l’affaire *Rankin* («la Commission a l’obligation d’être impartiale et de paraître impartiale en tant qu’organe quasi judiciaire», et «il est inopportun que la Commission prenne l’initiative») peuvent être sorties du contexte de l’article 45.45 et appliquées de manière générale à la Loi, et en particulier à l’alinéa 45.41(2)d, qui est l’objet de la présente demande. Je ne partage pas ce point de vue. L’affaire *Rankin* se rapporte uniquement à l’article 45.45 et au texte particulier de cette disposition.

Mais il faut se demander si le législateur voulait que la Commission des plaintes ait le pouvoir de se présenter devant la Cour en vertu du paragraphe 45.41(2) de la Loi pour obtenir les documents recherchés dans la présente demande, documents que le Commissaire de la GRC a refusé de lui transmettre.

Me fondant sur le jugement *Rankin*, je crois que la première chose que je me dois de considérer est le «texte même de l’article». Pour moi, le texte de l’article est sans équivoque. L’intention du législateur était que le Commissaire de la GRC doit «transmettre» une copie de la plainte et les autres documents pertinents placés sous la responsabilité de la Gendarmerie. Il s’agit là d’une disposition impérative, et non facultative. Évidemment, aucune disposition particulière ne dit que, si le Commissaire de la GRC refuse de transmettre les documents, alors la Commission des plaintes a le droit d’introduire une procédure judiciaire pour contraindre le Commissaire de la GRC à se conformer à l’article 45.41. Compte tenu du rôle de la Commission des plaintes dans le contexte de l’article 45.41, la question devient alors la



The role of the Complaints Commission under ss. 45.41 is significantly different from its role under ss. 45.43 where, in the context of a public hearing process the Complaints Commission's quasi-judicial function comes to the fore, and, as the Act indicates, a much more circumspect approach is required. But ss. 45.41 provides a discrete process in the context of a hierarchy of forums to deal with a dissatisfied complainant. Subsection 45.41 is an interim procedure situated between internal investigation by the Force and the full-blown quasi-judicial proceedings of ss. 45.43. It is clear from the Act that Parliament intended the Complaints Commission to take the initiative to determine whether further action is necessary on a particular complaint. Subsection 45.42(1) makes review by the Complaints Commission compulsory: "The Commission Chairman shall review every Complaint referred to the Commission pursuant to ss. 45.41(1) . . ." unless there has been a previous investigation or a hearing has been instituted. This process is clearly distinguishable from the "hearing" provisions of the Act and, taken together, ss. 45.41 and ss. 45.42 make it abundantly clear that the Complaints Commission's role in this process is to review how a complaint has been reviewed by the RCMP. The only role of a complainant is to refer the complaint to the Complaints Commission so that it can look at what the RCMP has already done and determine if any further inquiry is necessary. The interaction is then entirely between the Complaints Commission and the RCMP. The mandatory duty imposed upon the Complaints Commission by ss. 45.42 requires a mandatory furnishing of materials under ss. 45.41. The Complaints Commission cannot do its statutory duty unless the RCMP Commissioner does his.

Bearing in mind the purpose of ss. 45.42, there is nothing inappropriate about the Complaints Commission taking legal action for the limited purpose of securing the materials it needs from the RCMP to do its statutory duty. In my opinion, there is nothing analogous here with the process under ss. 45.43 and the *Rankin* situation. To hold otherwise would render ss. 45.42 and 45.41 a nullity because the Complaints Commission cannot fulfil a statutory mandate without the power to compel the furnishing of the materials that ss. 45.41 says it is entitled to in order to fulfil that mandate.

If the Respondent's argument is correct, then the RCMP Commissioner could even refuse to provide a copy of the

suiuante: le législateur voulait-il que ce soit la Commission des plaintes qui engage une procédure pour forcer la communication des documents en cause?

Le rôle de la Commission des plaintes selon l'article 45.41 est fort différent du rôle que lui assigne l'article 45.43, où, dans le contexte d'une audience publique, la fonction quasi judiciaire de la Commission des plaintes est mise en avant, et où, comme la loi l'indique, une approche beaucoup plus circospecte s'impose. Mais l'article 45.41 constitue un mécanisme distinct, dans le contexte d'une diversité de cadres destinés à composer avec un plaignant insatisfait. L'article 45.41 est une procédure provisoire qui se situe entre l'enquête interne de la Gendarmerie et la procédure quasi judiciaire en règle prévue par l'article 45.43. Il ressort clairement de la Loi que le législateur entendait que la Commission des plaintes prenne l'initiative de décider si d'autres mesures s'imposent dans une plainte donnée. Le paragraphe 45.42(1) fait de l'examen de la Commission des plaintes un exercice obligatoire: «Le président de la Commission examine chacune des plaintes qui sont renvoyées devant la Commission conformément au paragraphe 45.41(1) . . .», à moins qu'il n'ait déjà fait enquête ou convoqué une audience. Ce mécanisme se distingue nettement des dispositions de la Loi qui concernent les audiences et, considérés ensemble, les articles 45.41 et 45.42 indiquent très clairement que le rôle de la Commission des plaintes dans ce processus consiste à examiner la manière dont une plainte a été étudiée par la GRC. Le rôle unique du plaignant consiste à renvoyer la plainte à la Commission des plaintes pour qu'elle puisse examiner ce que la GRC a déjà fait, et décider si un complément d'enquête est nécessaire. L'interaction est donc totalement entre la Commission des plaintes et la GRC. L'obligation imposée à la Commission des plaintes par les dispositions impératives de l'article 45.42 requiert la communication obligatoire de documents selon l'article 45.41. La Commission des plaintes ne peut s'acquitter de son obligation si le Commissaire de la GRC ne s'acquitte pas de la sienne.

Si l'on garde à l'esprit l'objet de l'article 45.42, il n'y a rien de fautif à ce que la Commission des plaintes introduise une procédure judiciaire à seule fin d'obtenir de la GRC les documents dont elle a besoin pour s'acquitter de son obligation légale. À mon avis, il n'y a rien ici d'assimilable au processus prévu par l'article 45.43 et aux circonstances de l'affaire *Rankin*. Conclure autrement, ce serait enlever toute signification aux articles 45.42 et 45.41, parce que la Commission des plaintes ne saurait s'acquitter de son mandat officiel si elle n'a pas le pouvoir d'obliger la GRC à lui communiquer des documents auxquels, selon l'article 45.41, elle a droit pour être en mesure de remplir ce mandat.

Si l'argument avancé par le défendeur est juste, alors le Commissaire de la GRC pourrait même refuser de transmettre

complaint under ss. 45.41(a) and the Complaints Commission would have no real way of compelling him to do so. I cannot believe that Parliament would specifically provide for a discrete review process (indeed, order it) and, at the same time, leave it to the RCMP Commissioner to decide what, if anything, is disclosed under 45.41. A mandatory obligation requires a corresponding power to seek its fulfilment. Consequently, I am of the view that the Complaints Commission has the capacity and jurisdiction to seek the assistance of this Court for the limited purpose of ensuring compliance with ss. 45.42 and 45.41 of the Act.

[75] I agree with the learned Judge of the Federal Court that the problems and concerns under paragraph 45.41(2)(b) are different from those addressed by subsection 45.45(11). Subsection 45.45(11) deals with the power of the Commission to order an *in camera* hearing at which evidence might be tendered that could be prejudicial to the defence of Canada or law enforcement. It confers no power on the Commission to compel the disclosure of such evidence. Paragraph 45.41(2)(b) deals with a different issue: it is concerned, not with the powers of the Commission at a public hearing, but with a particular duty imposed on the Commissioner in the context of complaints investigation. Therefore, the *Rankin* case should not be made to say more than it actually says.

[76] In considering in the *Rankin* case whether it was appropriate for the Commission to bring, on behalf of the complainant, an application under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act* to challenge an objection to disclosure of information, Denault J. found instructive the remarks of Estey J. in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 709. Basically, as Estey J. said, “[i]t has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction.” With respect, the *Northwestern* case is of little assistance in the context of the present proceedings.

[77] I do not deny that it makes sense to refuse to allow a board whose decision is under attack to

selon l’alinéa 45.41(2)a) une copie de la plainte, et la Commission des plaintes n’aurait aucun moyen réel de le forcer à le faire. Je ne puis croire que le législateur mette expressément en place un mécanisme distinct d’examen (voire ordonne un tel mécanisme) et que simultanément il laisse au Commissaire de la GRC le soin de décider ce qu’il convient de communiquer à la Commission des plaintes en vertu de l’article 45.41. Une obligation impérative requiert un pouvoir correspondant de voir à ce qu’elle soit accomplie. Par conséquent, je suis d’avis que la Commission des plaintes a le pouvoir d’obtenir l’aide de la Cour aux fins d’assurer la conformité avec les articles 45.42 et 45.41 de la Loi.

[75] J’abonde dans le sens du savant juge de la Cour fédérale, à savoir que les problèmes et préoccupations visés par l’alinéa 45.41(2)b) sont différents de ceux visés au paragraphe 45.45(11). Le paragraphe 45.45(11) porte sur le pouvoir de la Commission d’ordonner le huis clos lors d’une audience au cours de laquelle il peut être présenté des renseignements susceptibles de porter préjudice à la défense du Canada ou d’entraver la bonne exécution de la loi. La disposition ne confère aucun pouvoir à la Commission d’exiger la divulgation de ces éléments de preuve. L’alinéa 45.41(2)b) vise une question différente: il ne s’agit pas des pouvoirs de la Commission pendant une audience publique, mais d’une obligation qui incombe au commissaire dans le cadre d’une enquête sur une plainte. Par conséquent, il faut éviter de faire dire à la décision *Rankin* ce qu’elle ne dit pas.

[76] Dans l’affaire *Rankin*, en examinant la question de l’opportunité que la Commission dépose, au nom du plaignant, une demande en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour contester l’objection à la divulgation de renseignements, le juge Denault s’est inspiré des remarques du juge Estey dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 709. Pour l’essentiel, le juge Estey a dit: «Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître». J’estime, avec égards, que l’affaire *Northwestern* n’est pas très utile en l’espèce.

[77] Je ne nie pas qu’il soit sensé qu’on refuse à une Commission dont la décision est contestée de participer

aggressively participate in the debate and attempt to justify its decision, if not itself. However, that is not what is happening here. The Commission is not trying to justify or defend one of its decisions. Actually, the decision under attack is the Commissioner's decision to refuse to provide requested information, and he is represented, as he ought to be, by the Attorney General of Canada. What the Commission seeks to do here is to enforce a duty that is owed to it in the public interest, as intended and indicated by Parliament in paragraph 45.41(2)(b). I see nothing inappropriate in doing that.

[78] Moreover, I am not sure that Denault J. would have put the same emphasis on the need for the Commission to be and appear to be impartial in exercising its functions if section 45.37 of the Act had been brought to his attention.

[79] Section 45.37 authorizes the Chairperson of the Commission to be "the complainant" against any member of the RCMP, including the Commissioner himself. "Member" is defined in section 2 as any person who has been appointed as an officer or other member of the Force under section 5 or paragraph 6(3)(a) or 7(1)(a) of the Act. Section 5 is the section governing the appointment of the Commissioner. Section 6 makes it clear that the officers of the Force are the Commissioner, Deputy Commissioners, Assistant Commissioners, Chief Superintendents, Superintendents, Inspectors and other ranks as are prescribed by the Governor in Council.

[80] The complaint can be laid by the Chairperson when she is satisfied that there are reasonable grounds to investigate the conduct of these officers "in the performance of any duty or function under this Act": subsection 45.37(1); see also *Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (Re)*, [1993] 2 F.C. 351 (T.D.); affirmed [1994] 3 F.C. 562 (C.A.). Where she does so, subsection 45.37(1) clearly stipulates that, unless the context otherwise requires, a reference in Part VII to a complainant includes a reference to the Commission Chairperson.

[81] With respect, I think that it is obvious that, while Parliament intended the Commission to always be fair, it

de façon combative au débat et de justifier sa décision, sinon elle-même. Toutefois, telle n'est pas la situation en l'espèce. La Commission ne tente ni de se justifier ni de défendre une de ses décisions. En fait, la décision attaquée est celle du commissaire de refuser de transmettre les renseignements demandés et ce dernier est représenté, comme il se doit, par le procureur général du Canada. La Commission tente plutôt d'obliger le commissaire à s'acquitter de l'obligation qu'il a envers la Commission, dans l'intérêt du public, conformément à l'intention du législateur, obligation qui est exprimée à l'alinéa 45.41(2)b). Cela ne me semble en rien inopportun.

[78] En outre, je ne suis pas certain que le juge Denault aurait insisté autant sur la nécessité, pour la Commission, d'être impartiale et de paraître impartiale dans l'exercice de ses fonctions si l'article 45.37 de la Loi avait été porté à son attention.

[79] L'article 45.37 autorise la présidente de la Commission à être le «plaignant» à l'endroit d'un membre de la GRC, y compris le commissaire lui-même. Aux termes de l'article 2, un «membre» est une personne nommée en qualité d'officier ou à tout autre titre en vertu de l'article 5 ou des alinéas 6(3)a) ou 7(1)a) de la Loi. L'article 5 est la disposition qui régit la nomination du commissaire. L'article 6 dit clairement que les officiers comprennent le commissaire, les sous-commissaires, les commissaires adjoints, les surintendants principaux, les surintendants et les inspecteurs, ainsi que les titulaires des autres grades désignés par le gouverneur en conseil.

[80] La présidente peut porter plainte si elle est fondée à croire qu'il faudrait enquêter sur la conduite d'un membre «dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi»: paragraphe 45.37(1); voir également *Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (Re)*, [1993] 2 C.F. 351 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé par [1994] 3 C.F. 562 (C.A.). Quand la présidente porte plainte, selon le paragraphe 45.37(1) et sauf si le contexte s'y oppose, le mot «plaignant» employé dans la partie VII de la Loi s'entend en outre de la présidente de la Commission.

[81] Avec égards, j'estime qu'il est évident que le législateur voulait que la Commission soit toujours juste;

did not intend the Commission to always be neutral. I believe Parliament realized that there may be situations where the Commission and Commission Chairperson have to adopt a position that is adversarial in order to effectively exercise their functions. I believe this is the case with section 45.37 and paragraph 45.41(2)(b) of the Act.

[82] For these reasons, I am satisfied that the Commission Chairperson has the jurisdiction and capacity to compel the performance of the duties imposed upon the Commissioner by paragraph 45.41(2)(b) of the Act. This means seeking a judicial determination as to whether a requested document is relevant or not and privileged or not and, thus, whether the Commissioner is under a duty to furnish it. However, in the circumstances of this case, where both parties agreed that the material sought was protected by police informer privilege, the Commissioner was under no duty to give it to the Commission Chairperson in view of the legal and binding nature of that privilege.

Whether the sealing order issued by the Ontario Court of Justice pursuant to section 487.3 of the Criminal Code authorized the Commissioner to refuse disclosure of the information requested by the Commission

[83] This was a question raised and argued by both parties. It relates to the scope of the sealing order. In view of the conclusion that I have reached on the issue of privilege, there is no need to answer it. It may, however, be useful for future cases to say a word about the respondent's claim.

[84] Counsel for the respondent submits that the Commissioner was bound by the sealing order issued by the Ontario Court of Justice and, therefore, was justified in refusing to disclose information in the RCMP's possession relating to the search warrant which could have revealed the informant's identity. I cannot accept this submission.

[85] The sealing order under section 487.3 deals with documents that are in the possession of the Court and does not extend to documents that are in the possession

cependant, il n'avait pas l'intention que la Commission soit toujours neutre. Selon moi, le législateur a compris que, dans certaines circonstances, la Commission et la présidente de la Commission devaient adopter une position contradictoire afin d'exercer efficacement leurs fonctions. Selon moi, c'est ce dont il s'agit à l'article 45.37 et à l'alinéa 45.41(2)(b) de la Loi.

[82] Pour ces motifs, je suis convaincu que la présidente de la Commission a compétence pour exiger l'exécution des fonctions du commissaire en vertu de l'alinéa 45.41(2)(b) de la Loi. Cela veut dire solliciter une décision judiciaire sur la question de savoir si un document demandé est pertinent ou non ou s'il est protégé ou non, et donc si le commissaire a l'obligation de le lui transmettre. Toutefois, dans les circonstances en cause, alors que les deux parties ont convenu que les documents demandés étaient visés par le privilège relatif aux indicateurs de police, le commissaire n'avait pas l'obligation de remettre ces documents à la présidente de la Commission, compte tenu de la nature obligatoire et légale du privilège.

L'ordonnance interdisant l'accès rendue par la Cour de justice de l'Ontario en vertu de l'article 487.3 du Code criminel autorisait-elle le commissaire à refuser de communiquer les renseignements demandés par la Commission?

[83] Cette question a été soulevée et débattue par les deux parties. Elle vise la portée de l'ordonnance interdisant l'accès. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée sur la question du privilège, il n'est pas nécessaire d'y répondre. Il pourrait toutefois s'avérer utile pour l'avenir d'examiner l'argument de l'intimé.

[84] L'avocat de l'intimé prétend que le commissaire était lié par l'ordonnance interdisant l'accès rendue par la Cour de justice de l'Ontario et qu'il était donc justifié de refuser de communiquer des renseignements relevant de la GRC concernant le mandat de perquisition qui auraient pu révéler l'identité de l'indicateur. Cet argument n'est pas bien fondé.

[85] L'ordonnance interdisant l'accès rendue en vertu de l'article 487.3 vise des documents en la possession de la Cour et ne s'applique pas aux documents de la GRC.

of the RCMP. I agree with counsel for the appellant that the purpose of the order is to limit public access to some of the material that is in the Court's file and would otherwise be accessible. The order is not directed at the RCMP, but at the staff of the Court and subsection 487.3(3) indicates that the sealed packet "shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access."

#### Transparency in the context of complaints investigation

[86] Before concluding, I believe I should say a word about the need for transparency in the context of complaints investigation. The system put in place by Parliament requires the mutual trust and cooperation of the two principal actors in the process: the Commissioner and the Commission Chairperson. Transparency is not the only prerequisite to the establishment of a trusting and cooperative relationship, but it is an important one. I cannot say that, in the present instance, the Commissioner has been overzealous in his respect for transparency.

[87] When requested by the Commission, in a letter dated July 10, 2000, to furnish relevant information regarding the search warrant executed on the complainant's property, the Commissioner provided some, but not all information relevant to the complaint, without indicating that some information had been withheld and without providing any justification for doing so. The answering letter from the RCMP was quite short. It simply stated as it appears from page 130 of the Appeal Book:

Dear Sir,

Reference is made to your letter dated July 10, 2000 following Mr. [X]'s request for a review by the P.C.C.

As required, please find attached a copy of pertinent documents in the complaint lodged by Mr. [X]. I would appreciate receiving an acknowledgement of receipt of these documents as soon as possible.

Yours truly,

[88] It is only after examination of the documents received that the Commission realized that some of the

L'avocat de l'appelante a raison de dire que l'ordonnance a pour objet de limiter l'accès du public à certains documents qui se trouvent dans le dossier de la Cour et qui, sans l'ordonnance, seraient accessibles. L'ordonnance ne vise pas la GRC mais les employés de la Cour. En outre, le paragraphe 487.3(3) prévoit que le paquet scellé «est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès».

#### La transparence dans le contexte d'une enquête concernant une plainte

[86] Avant de conclure, je crois devoir mentionner le besoin de transparence dans le cadre d'une enquête au sujet d'une plainte. Le système mis en place par le législateur exige confiance et collaboration de la part des deux principaux intéressés, à savoir le commissaire et la présidente de la Commission. La transparence n'est pas la seule condition préalable à la création de rapports de confiance et de collaboration, mais elle est importante. Je ne saurais dire, en l'espèce, que le commissaire a fait des efforts excessifs pour être transparent.

[87] Quand la Commission lui a demandé, dans une lettre datée du 10 juillet 2000, de transmettre les documents pertinents concernant le mandat de perquisition qui avait été exécuté sur le terrain du plaignant, le commissaire a transmis quelques renseignements seulement sans indiquer que d'autres n'étaient pas transmis et sans le justifier. La réponse de la GRC était très brève. La lettre disait tout simplement, tel qu'il appert à la page 130 du dossier d'appel:

[TRADUCTION]

Monsieur,

La présente fait suite à votre lettre datée du 10 juillet 2000 suivant la demande d'examen par le CPP présentée par M. [X].

Tel qu'il a été demandé, vous trouverez annexée aux présentes une copie des documents pertinents se rapportant à la plainte déposée par M. [X]. Je vous saurais gré de me faire parvenir un accusé de réception des documents dès que possible.

Je vous prie d'agréer mes sentiments les meilleurs.

[88] Ce n'est qu'après l'examen des documents reçus que la Commission a constaté que certains renseigne-

information provided had been vetted and that some documents were missing, despite their apparent relevance to the complaint. The Commission also discovered a fact never mentioned to it by the RCMP: while a search warrant had been issued for the complainant's barn, an application for a search warrant for his residence had been refused.

[89] Through further investigation, the Commission also discovered that an OPP Sergeant Major working for the OPP Public Complaints Bureau had had access to the same information to which the Commission Chairperson has been denied access. This discovery did nothing to foster a good working relationship. This is reflected in the Chairperson's affidavit where, at paragraph 25, page 104 of the Appeal Book, she wrote:

Simply stated, it would appear that the RCMP is prepared to make the information I seek available to its own public complaint investigator and to an OPP Sergeant Major, a peace officer subject to provincial jurisdiction, but not to the Chair of the CPC, a Governor-in-Council appointee designated to oversee the conduct of members of the RCMP in accordance with Part VII of the Act.

[90] The Commissioner's position that the provision of the material to an OPP Sergeant Major within the OPP Public Complaints Bureau was justifiable because she is a police officer, while the withholding of such information from the Chairperson of the Commission was justified because she is not, did nothing to increase the Chairperson's trust in the institution that she has the mandate to supervise.

[91] When apprised of the fact that the OPP Public Complaints Bureau had access to the confidential information, the Chairperson thought that she was denied access by the Commissioner because of the sealing order issued by the Ontario Court of Justice.

[92] However, after meeting with the Commissioner on December 4, 2002, close to three years after the complaint was lodged, to discuss the issue raised in her application to have access to the sealed packet, she was told by the Commissioner that she would not be given the material on the basis that she had no jurisdiction to

ments demandés avaient été supprimés et que d'autres étaient absents malgré leur apparente pertinence. La Commission a également eu connaissance d'un fait que ne lui avait jamais mentionné la GRC: un mandat de perquisition avait été décerné à l'endroit de la grange du plaignant, mais le mandat de perquisition demandé par la GRC relativement à la résidence du plaignant avait été refusé.

[89] Quand elle s'est renseignée davantage, la Commission a appris qu'un sergent-major de la PPO travaillant au Bureau des plaintes de la PPO avait eu accès aux renseignements qui n'avaient pas été transmis à la présidente de la Commission. Cette constatation n'a pas favorisé de bonnes relations de travail. La situation ressort clairement de l'affidavit de la présidente dans lequel elle dit, au paragraphe 25, à la page 104 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] En termes simples, il semble que la GRC soit disposée à remettre les renseignements que je demande à sa propre enquêtrice sur les plaintes ainsi qu'à un sergent-major de la PPO, un agent de la paix qui relève de la compétence provinciale, et non à la présidente de la CPP, une personne nommée par le gouverneur en conseil qui a pour fonction de surveiller la conduite des membres de la GRC en conformité avec la partie VII de la Loi.

[90] La position du commissaire selon laquelle il était justifié de remettre les documents à un sergent-major de la PPO travaillant au Bureau des plaintes de la PPO parce qu'elle est une policière alors qu'il était également justifié de ne pas transmettre ces renseignements à la présidente de la Commission qui ne l'est pas n'a pas favorisé la confiance de la présidente à l'égard de l'institution qu'elle a le mandat de superviser.

[91] Quand elle a appris que le Bureau des plaintes de la PPO avait eu accès aux renseignements confidentiels, la présidente a cru que le commissaire lui en avait refusé l'accès à cause de l'ordonnance interdisant l'accès rendue par la Cour de justice de l'Ontario.

[92] Toutefois, après avoir rencontré le commissaire le 4 décembre 2002, soit près de trois ans après la plainte, pour discuter de sa demande d'accès aux documents sous scellés, la présidente a appris, de la bouche du commissaire, qu'elle ne recevrait pas les documents puisqu'elle n'avait pas compétence pour

receive and consider relevant materials when they involved information about confidential sources.

[93] It is at that time that the Commission Chairperson withdrew her application for a modification of the sealing order and that the Commission sought relief in the Federal Court to deal with the Commissioner's objection, with the result that we now know.

[94] In paragraph 34 of her affidavit, the Chairperson of the Commission notes that the Commissioner's behaviour in the present instance is not an isolated case: see Appeal Book, page 109. She notes that in another recent complaint, relevant materials provided to her had significant portions removed before she received them, without any indication in the file as to why the material had been vetted. Again, this does not help foster a good trust-based working relationship.

[95] Excerpts of the RCMP policy regarding public complaints and relevant material are found at page 198 of the Appeal Book. Section J.2 of that policy stipulates that the material must be vetted for names of sources or informants prior to forwarding it for review. The policy does not state that the Commission should be notified of the withholding of information and be given the reasons for the vetting of the material. I would have thought that this is simply a matter of civility between two complementary institutions created for the public good and interest. In the same vein, the Commission, in my view, has a legitimate expectation of being given the reasons as to why documents are considered not to be relevant when disclosure is refused on that basis.

[96] The Commissioner had a valid ground for refusing disclosure of information that could identify the informant. Had this been made clear from the beginning, it might be that the matter would not have degenerated as it did. Some of the arguments raised by the respondent to oppose access by the Commission to the requested information were such that they would not enhance

recevoir et examiner des documents pertinents qui contenaient des renseignements sur des sources confidentielles.

[93] C'est alors que la présidente de la Commission a retiré sa demande de modification de l'ordonnance interdisant l'accès et qu'elle a intenté un recours devant la Cour fédérale concernant l'objection du commissaire avec le résultat que nous connaissons.

[94] Au paragraphe 34 de son affidavit, la présidente de la Commission signale que la conduite du commissaire en l'espèce n'est pas un cas isolé: voir le dossier d'appel, à la page 109. Elle mentionne que, dans une autre plainte récente, une grande partie du contenu des documents pertinents qui lui avaient été transmis avait été supprimée avant qu'elle ne les reçoive et que rien n'indiquait, dans le dossier, pour quelle raison ces renseignements avaient été supprimés. Encore une fois, cette situation ne favorise pas de bonnes relations de travail fondées sur la confiance.

[95] Des extraits de la politique de la GRC concernant les plaintes du public et les documents pertinents se trouvent à la page 198 du dossier d'appel. Selon la partie J.2 de la politique, le nom des sources ou des indicateurs doit être supprimé des documents avant qu'ils ne soient transmis pour examen. La politique ne dit pas que la Commission doit être avisée du fait que des renseignements ont été supprimés et qu'elle doit transmettre les motifs pour lesquels cela a été fait. J'aurais été porté à croire qu'il s'agit d'une simple question de politesse entre deux organismes complémentaires créés pour le bien et l'intérêt du public. Dans le même ordre d'idées, la Commission, selon moi, s'attend légitimement à connaître les raisons pour lesquelles les documents ne sont pas jugés pertinents lorsque la communication de ces documents est refusée pour ce motif.

[96] Le commissaire avait un motif valable de refuser de divulguer des renseignements susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur. Si cela avait été précisé dès le début, la situation ne se serait peut-être pas détériorée comme en l'espèce. Quelques-uns des arguments soulevés par l'intimé pour s'opposer à l'accès, par la Commission, aux renseignements demandés étaient tels

public confidence in the RCMP or the Commission's trust in the Commissioner (e.g. the scope of the sealing order, the significance of the fact that the Chairperson is not a police officer, the denial of the existence of a public duty owed to the Commission Chairperson under paragraph 44.41(2)(b), the suggested characterization of the role of public hearings, the submission that remedy lies in making recommendations within the Chairperson's annual report). And, in case added incentive is required for the promotion of a good working relationship between the two offices and institutions, let me repeat the reminder once issued in another context by the Supreme Court of Canada: "Let us face it, we are all here to stay" (*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraph 186).

#### Conclusion

[97] In view of the above, I would dismiss the appeal and the cross-appeal. Success being divided, I would order that each party bear its own costs of the appeal and cross-appeal.

DÉCARY J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

qu'ils ne favoriseraient pas la confiance du public en la GRC ni la confiance de la Commission à l'égard du commissaire (p. ex. la portée de l'ordonnance interdisant l'accès, l'importance du fait que la présidente n'est pas une policière, le refus de reconnaître l'existence d'une obligation publique à l'égard de la présidente de la Commission en vertu de l'alinéa 44.41(2)b), la description proposée du rôle que pourraient jouer les audiences publiques, la proposition selon laquelle le recours serait de présenter des recommandations dans le rapport annuel de la présidente). Et, au cas où il faudrait encore insister sur la promotion de bonnes relations de travail entre les deux organismes, permettez-moi de citer la Cour suprême du Canada dans un autre contexte: «Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester» (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 186).

#### Conclusion

[97] Pour les raisons invoquées ci-dessus, je rejeterais l'appel et l'appel incident. Les deux parties ayant eu gain de cause en partie, j'ordonnerais que chaque partie paye ses propres dépens relativement à l'appel et à l'appel incident.

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

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



T-103-04  
2005 FC 958

T-103-04  
2005 CF 958

**Dr. Shiv Chopra** (*Applicant*)

**D<sup>r</sup> Shiv Chopra** (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by Treasury Board** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor** (*défenderesse*)

*INDEXED AS: CHOPRA v. CANADA (TREASURY BOARD) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : CHOPRA c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (C.F.)*

Federal Court, MacKay D.J.—Ottawa, December 7, 2004; Halifax, July 8, 2005.

Cour fédérale, juge suppléant MacKay—Ottawa, 7 décembre 2004; Halifax, 8 juillet 2005.

*Public Service—Labour Relations—Grievance—Judicial review of adjudicator's decision under Public Service Staff Relations Act dismissing applicant's grievance of five-day work suspension—Applicant, Health Canada microbiologist, veterinarian, making comments reported in media in fall 2001—Comments highly critical of Health Canada's decision to stockpile drugs to deal with bioterrorism threat—Following meetings with applicant to discuss issue, supervisor informing applicant conduct contrary to duty of loyalty to employer, imposing five-day work suspension—Adjudicator upholding suspension—Public servant owing employer duty of loyalty precluding comments adverse to, in favour of, perceived motives, values of government policy initiatives unless comments falling within exceptions established by S.C.C. in Fraser v. Public Service Staff Relations Board—Adjudicator overstating principle in Haydon v. Canada by stating public servants wishing to criticize government having to attempt internal resolution first—Adjudicator also erring in stating public servant's statements generally having to be supported by evidence—These errors not crucial to determination nature of applicant's comments raising questions of impartiality, effectiveness as public servant—Inferences of fact re: tension between applicant, supervisor impeding work, impairing usefulness as public servant, not patently unreasonable—Assessment duty of loyalty breached not unreasonable—Application dismissed—Each party bearing own costs as issue raised one of continuing concern.*

*Fonction publique — Relations du travail — Grief — Contrôle judiciaire d'une décision arbitrale rendue sous le régime de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, rejetant le grief par lequel le demandeur contestait une suspension de cinq jours — Le demandeur, microbiologiste et vétérinaire à Santé Canada, avait formulé des remarques rapportées par les médias à l'automne 2001 — Ces remarques critiquaient vivement la décision de Santé Canada de stocker des médicaments en raison d'une menace de bioterrorisme — À la suite de discussions avec le demandeur, sa supérieure l'avait avisé que sa conduite enfreignait son obligation de loyauté envers l'employeur et lui avait infligé une suspension de cinq jours — L'arbitre a confirmé la suspension — L'obligation de loyauté du fonctionnaire envers son employeur lui interdit de formuler des remarques favorables ou défavorables aux motifs ou aux valeurs qui sous-tendent selon lui les politiques gouvernementales, à moins que ces remarques ne relèvent manifestement des exceptions définies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique — L'arbitre a outrepassé le principe formulé dans Haydon c. Canada en posant que les fonctionnaires qui souhaitent critiquer le gouvernement doivent au préalable essayer de régler le problème à l'interne — L'arbitre a aussi commis une erreur en posant que les déclarations des fonctionnaires doivent en règle générale être étayées de preuves — Ces erreurs n'ont pas influé de manière déterminante sur la conclusion selon laquelle la nature des remarques du demandeur mettait en question son impartialité et son efficacité en tant que fonctionnaire — Les inférences de fait selon lesquelles les tensions entre le demandeur et sa supérieure nuisaient au travail de celui-là et à son utilité en tant que fonctionnaire ne sont pas manifestement déraisonnables — La conclusion selon laquelle il y a eu manquement à l'obligation de loyauté n'est pas déraisonnable — Demande rejetée — Il a été ordonné que chacune des parties supporterait ses propres dépens, étant donné que la question en litige était toujours d'actualité.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Limit on freedom of expression (Charter, s. 2(b)) imposed by duty of loyalty to employer acceptable limitation under Charter, s. 1 when that duty properly applied.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Standard of review — Decision on issues of law reviewable on standard of correctness — For matters within Public Service Staff Relations Act adjudicator's traditional jurisdiction, standard patent unreasonableness — Reasonableness standard for mixed fact/law question relating to applicant's behaviour and disciplinary measure imposed — Procedural fairness — Fact applicant not cross-examined re: adjudicator's credibility concerns unfortunate but issue not one on which decision rested.*

This was an application for judicial review of a decision of the Public Service Staff Relations Board Chairperson dismissing the applicant's grievance. The Chairperson, acting as an adjudicator under the *Public Service Staff Relations Act*, upheld the applicant's five-day suspension from work imposed by his employer, the Government of Canada.

The case concerned the applicant's freedom of expression under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in light of the duty of loyalty owed by a public service employee to his or her employer. More specifically, the issue was whether the duty of loyalty, as given effect by the adjudicator here, was a reasonable limitation under section 1 of the Charter of the applicant's guaranteed right to freedom of expression.

The applicant, a microbiologist and a veterinarian employed at Health Canada in 2001, was suspended for comments that he had made that were reported in the media. The facts giving rise to the suspension were the following. To deal with the apprehended threat of bioterrorism following September 11, 2001, Health Canada established an Emergency Response Team, which recommended the stockpiling of antibiotics and vaccines to combat anthrax and smallpox. On four occasions the applicant made highly critical comments of Health Canada's decision to stockpile drugs, following which, his supervisor convened "fact finding meetings" and raised a number of questions with him. The applicant acknowledged that the quotations attributed to him in the news media were

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La limite à la liberté d'expression (art. 2b) de la Charte) imposée par l'obligation de loyauté à l'employeur est une restriction acceptable sous le régime de l'article premier de la Charte si cette obligation est régulièrement appliquée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Norme de contrôle — La norme de contrôle applicable aux décisions sur des questions de droit est celle de la décision correcte — Pour les questions relevant de la compétence traditionnelle de l'arbitre sous le régime de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable — La norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit touchant la conduite du demandeur et la mesure disciplinaire dont il a fait l'objet est celle du caractère raisonnable — Équité procédurale — Il est regrettable que le demandeur n'ait pas été contre-interrogé au sujet de ses déclarations dont l'arbitre mettait en question la crédibilité, mais ce n'est pas là un point fondamental sur lequel reposait la décision de ce dernier.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, en qualité d'arbitre désigné sous le régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, avait rejeté le grief du demandeur et confirmé la suspension sans traitement de cinq jours prononcée contre celui-ci par son employeur, le gouvernement du Canada.

L'affaire avait trait à la liberté d'expression dont jouissait le demandeur en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu de l'obligation de loyauté du fonctionnaire envers son employeur. Plus précisément, la question en litige était de savoir si cette obligation, telle que l'arbitre lui avait donné effet par la décision faisant l'objet de la demande, constituait sous le régime de l'article premier de la Charte une limite raisonnable à la liberté d'expression garantie au demandeur.

Le demandeur, microbiologiste et vétérinaire employé à Santé Canada en 2001, avait été suspendu pour avoir formulé des remarques que les médias avaient rapportées. Les faits suivants étaient à l'origine de sa suspension. Afin de répondre aux inquiétudes touchant le risque de bioterrorisme qui se sont fait jour à la suite des événements du 11 septembre 2001, Santé Canada a mis sur pied une Équipe d'intervention d'urgence, qui a recommandé le stockage d'antibiotiques et de vaccins pour lutter contre le charbon et la variole. À quatre occasions, le demandeur a vivement critiqué la décision prise par Santé Canada de stocker des médicaments, à la suite de quoi sa supérieure l'a convoqué à une « rencontre pour établir les faits » et a soulevé avec lui un certain nombre de questions. Le

accurate, and several months after the last of the incidents of concern, his supervisor wrote to him, informing him that his conduct was wrong and stressing the duty of loyalty owed by public servants to their employer. The letter also advised the applicant of his five-day suspension from work without pay. That decision was upheld by the adjudicator, whose decision was the subject of this judicial review application.

*Held*, the application should be dismissed.

What gave rise to the perception that the applicant's comments breached his duty of loyalty as a public servant was his public attribution of questionable motives, unrelated to public health purposes, to the Minister and to his Department. A public servant in the position of the applicant owes a duty of loyalty to his employer that precludes public comments adverse to or in favour of perceived motives or values of policy initiatives of government, unless the comments clearly fall within the exceptions established by the S.C.C. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*.

The standard of review of the adjudicator's decision is correctness with regard to issues of law. Matters within the traditional jurisdiction of an adjudicator are reviewable on the standard of patent unreasonableness. Whether the applicant's conduct breached his duty of loyalty and if so, whether it warranted the disciplinary measure imposed, are interrelated questions of mixed fact and law, reviewable on the standard of reasonableness.

The limit imposed by the proper application of the duty of loyalty to a public servant is an acceptable limitation under section 1 of the Charter of the freedom of opinion and expression. At issue here was whether the duty of loyalty was properly applied by the adjudicator.

The adjudicator did not err by not considering the applicant's comments within an exception to the duty of loyalty said to be created by the words "matters of legitimate public concern" in *Haydon v. Canada*. Those words did not constitute a further exception to the duty of loyalty set out in *Fraser*. The adjudicator did however overstate the principle described in *Haydon* when he said that public servants who wish to criticize government policies publicly should as a general rule make reasonable attempts to resolve the matter internally. Still, the adjudicator, in his decision, relied on the

demandeur a reconnu l'exactitude des remarques que lui attribuait la presse. Quelques mois après le dernier des incidents considérés, la supérieure du demandeur lui a adressé une lettre où elle lui reprochait sa conduite et insistait sur l'obligation de loyauté des fonctionnaires envers leur employeur. Elle l'y avisait en outre de sa suspension sans traitement de cinq jours. L'arbitre a confirmé cette suspension par la décision faisant l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La raison pour laquelle les critiques du demandeur ont été perçues comme un manquement à son obligation de loyauté en tant que fonctionnaire est qu'il a attribué publiquement au ministre et à son ministère des motifs discutables, sans rapport avec la santé publique. Un fonctionnaire occupant un poste tel que celui du demandeur a envers son employeur une obligation de loyauté qui lui interdit de formuler publiquement des remarques favorables ou défavorables aux motifs ou aux valeurs qui sous-tendent selon lui les politiques gouvernementales, à moins que ces remarques ne relèvent manifestement des exceptions définies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*.

La norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre est celle de la décision correcte pour ce qui concerne les questions de droit. Quant aux questions relevant de la compétence traditionnelle des arbitres, la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Les points de savoir si les interventions publiques du demandeur constituaient un manquement à son obligation de loyauté et, dans l'affirmative, si elles justifiaient la sanction prononcée contre lui, sont des questions mixtes de fait et de droit, auxquelles s'applique la norme de la décision raisonnable.

La limite imposée par l'application régulière de l'obligation de loyauté au cas d'un fonctionnaire est une restriction acceptable à la liberté d'opinion et d'expression au sens de l'article premier de la Charte. La question était en l'espèce de savoir si l'arbitre avait régulièrement donné effet à cette obligation.

L'arbitre n'a pas commis d'erreur en n'attribuant pas aux remarques du demandeur le bénéfice de l'exception à l'obligation de loyauté prétendument établie par les termes « question[s] [qui] suscite[nt] un intérêt public légitime » de *Haydon c. Canada*. Ces termes n'ajoutaient pas une autre exception à l'obligation de loyauté à celles définies dans l'arrêt *Fraser*. L'arbitre a cependant outrepassé le principe formulé dans *Haydon* en posant que les fonctionnaires qui souhaitent critiquer publiquement les politiques gouvernementales devraient en règle générale faire des efforts raisonnables pour

nature of the comments made by the applicant, not the latter's failure to clarify his concerns internally. The adjudicator's ultimate conclusion was thus not dependent on this error. The adjudicator also erred when he stated, based on *Grahn v. Canada (Treasury Board)*, that generally, the truth or sustainability of critical public comments made by a public servant should be supported by evidence. Such evidence has no significance where the comments are expressions of opinion, not subject to proof by evidence.

With regard to procedural fairness, the fact that the applicant was not cross-examined on the parts of his testimony with which the adjudicator had credibility concerns was unfortunate. However, this issue was not a basic one on which the adjudicator's decision rested.

The ultimate decisions were not dependent on the above-mentioned errors as these errors were not crucial to the determination that the nature of the comments of the applicant raised questions about his impartiality and effectiveness as a public servant. The adjudicator concluded that the tension between the applicant and his supervisor "would create an impediment to [the applicant's] ability to perform his work." He also concluded that the applicant's "repeated comments, which went beyond the realm of acceptable scientific debate, impaired his usefulness as a public servant." These inferences of fact were not patently unreasonable. And the adjudicator's assessment that in the circumstances, the applicant had breached the duty of loyalty owed by him as a public servant, by his conduct in expressing his opinions and attributing inappropriate motives to the Minister and to his Department, was not unreasonable.

Because the issue raised in the application was of continuing concern (i.e. the lawful limits on a public servant's freedom of opinion and expression guaranteed by the Charter, which limits arise from the duty of loyalty to the employer), and the case assisted in refining those limits, each party was ordered to bear its own costs.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

corriger la situation à l'interne. Il n'en reste pas moins qu'il a fondé sa décision sur la nature des remarques du demandeur et non sur le fait que ce dernier n'avait pas essayé d'exprimer ses préoccupations à l'interne. La conclusion finale de l'arbitre n'était donc pas subordonnée à cette erreur. L'arbitre a aussi commis une erreur en posant, sur le fondement de l'arrêt *Grahn c. Canada (Conseil du Trésor)*, qu'en règle générale la vérité ou le caractère soutenable de critiques formulées publiquement par un fonctionnaire doivent être étayés de preuves. Ce principe n'est pas pertinent dans les cas où les remarques en cause constituent l'expression d'opinions, lesquelles ne se prêtent pas à une telle obligation.

Pour ce qui concerne l'équité procédurale, il est regrettable que le demandeur n'ait pas été contre-interrogé au sujet des parties de son témoignage dont l'arbitre mettait en question la crédibilité, mais il ne s'agit pas là d'un point fondamental sur lequel reposait la décision arbitrale.

Les décisions finales de l'arbitre n'étaient pas tributaires des erreurs relevées ci-dessus, étant donné qu'aucune de celles-ci n'a influé de manière déterminante sur la décision selon laquelle la nature des remarques du demandeur jetait un doute sur son impartialité et son efficacité en tant que fonctionnaire. L'arbitre a conclu que les tensions entre le demandeur et sa supérieure réduiraient « la capacité du [demandeur] de faire son travail ». Il a aussi conclu que « les déclarations répétées [du demandeur], des déclarations qui allaient au-delà de ce qui constitue un débat scientifique acceptable, savaient son utilité comme fonctionnaire ». Ces inférences de fait n'étaient pas manifestement déraisonnables, pas plus que n'était déraisonnable l'appréciation de l'arbitre selon laquelle, vu les faits, le demandeur avait manqué à son obligation de loyauté en tant que fonctionnaire en exprimant les opinions considérées et en attribuant des motivations illégitimes au ministre et à son ministère.

Étant donné qu'était encore d'actualité la question soulevée par la demande—soit celle des limites, découlant de l'obligation de loyauté envers l'employeur, qu'on peut légitimement fixer à la liberté d'opinion et d'expression garantie par la Charte dans le cas des fonctionnaires—et que l'affaire contribuait à une définition plus précise de ces limites, il a été ordonné que chacune des parties supporterait ses propres dépens.

#### 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. 1, 2b).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Haydon v. Canada*, [2001] 2 F.C. 82; (2000), 192 F.T.R. 161 (T.D.); *Haydon v. Canada (Treasury Board)*, [2005] 1 F.C.R. 511; (2004), 253 F.T.R. 230; 2004 FC 749; aff'd 2005 FCA 249; [2005] F.C.J. No. 1146 (QL); *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; (1985), 23 D.L.R. (4th) 122; 18 Admin. L.R. 72; 9 C.C.E.L. 233; 86 CLLC 14,003; 19 C.R.R. 152; 63 N.R. 161.

## CONSIDERED:

*Grahn v. Canada (Treasury Board)* (1987), 91 N.R. 394 (F.C.A.); *Chopra v. Treasury Board (Health Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367; 2001 PSSRB 23.

## REFERRED TO:

*Forgie v. Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL).

APPLICATION for judicial review of an adjudicator's decision (2003 PSSRB 115; [2003] C.P.S.S.R.B. No. 95 (QL)) under the *Public Service Staff Relations Act* upholding the applicant's work suspension for comments made that breached the duty of loyalty he owed to his employer, the Government of Canada. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*David G. Yazbeck* for applicant.  
*Patrick D. Bendin* and *Richard E. Fader* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACKAY D.J.: The applicant, Dr. Chopra, seeks judicial review and an order setting aside a decision

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82; (2000), 192 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Haydon c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2005] 1 R.C.F. 511; (2004), 253 F.T.R. 230; 2004 CF 749; conf. par 2005 CAF 249; [2005] A.C.F. n° 1146 (QL); *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; (1985), 23 D.L.R. (4th) 122; 18 Admin. L.R. 72; 9 C.C.E.L. 233; 86 CLLC 14,003; 19 C.R.R. 152; 63 N.R. 161.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Grahn c. Canada (Conseil du Trésor)* (1987), 91 N.R. 394 (C.A.F.); *Chopra c. Conseil du Trésor (Santé Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367; 2001 CRTFP 23.

## DÉCISION CITÉE :

*Forgie c. Conseil du Trésor (Commission d'appel de l'immigration)*, [1986] C.R.T.F.P.C. n° 310 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision arbitrale ((2003 CRTFP 115; [2003] C.R.T.F.P.C. n° 95 (QL)) rendue sous le régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, confirmant la suspension dont le demandeur avait fait l'objet pour avoir formulé publiquement des remarques qui enfreignaient son obligation de loyauté envers son employeur, le gouvernement du Canada. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*David G. Yazbeck* pour le demandeur.  
*Patrick D. Bendin* et *Richard E. Fader* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.r.l.*, Ottawa, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY : Le demandeur, le D<sup>r</sup> Chopra, sollicite le contrôle judiciaire d'une décision

dated December 17, 2003 [2003 PSSRB 115], of the Chairperson of the Public Service Staff Relations Board acting as an adjudicator under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 as amended (the Act). That decision dismissed a grievance of the applicant and upheld a five-day suspension from work without pay imposed upon him by his employer, the Government of Canada.

[2] The application raises the issue of appropriate limits by disciplinary action on the exercise of free speech for public statements made in the fall of 2001 by Dr. Chopra. He is a microbiologist and a veterinarian, a long-time public servant then employed in the Human Safety Division of the Veterinary Drugs Directorate (VDD) of Health Canada. The case concerns his right to free expression under paragraph 2(b) 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]], in light of the duty of loyalty owed by a public service employee to his or her employer as that duty was applied in this case.

[3] The case does not directly raise the Charter issue for decision. The respondent as employer does not dispute that Dr. Chopra's duty of loyalty as a public servant, as recognized in common law may limit his freedom, but that duty as given effect by the adjudicator here, is a reasonable limitation under section 1 of the Charter on his freedom of opinion and expression, as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. For this, the respondent relies upon the decision of Madam Justice Tremblay-Lamer in *Haydon v. Canada*, [2001] 2 F.C. 82 (T.D.), at paragraphs 63-89 [hereinafter *Haydon (No. 1)*] and as applied by Mr. Justice Martineau in *Haydon v. Canada (Treasury Board)*, [2005] 1 F.C.R. 511 (F.C.) at paragraph 69 [hereinafter *Haydon No. 2*)], upheld on appeal 2005 FCA 249.

en date du 17 décembre 2003 [2003 CRTFP 115], rendue par le président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en qualité d'arbitre sous le régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, dans sa version modifiée (la Loi), ainsi qu'une ordonnance annulant cette décision, par laquelle l'arbitre a rejeté un grief du demandeur et confirmé la suspension sans traitement de cinq jours prononcée contre lui par son employeur, le gouvernement du Canada.

[2] La présente demande soulève, à propos de déclarations publiques faites par le D<sup>r</sup> Chopra à l'automne 2001, la question des limites qu'on peut légitimement imposer, par voie de mesures disciplinaires, à l'exercice de la liberté de parole. Le D<sup>r</sup> Chopra est microbiologiste et vétérinaire, ainsi que fonctionnaire de longue date; il travaillait à l'époque pertinente à la Division de l'innocuité pour les humains, un service de la Direction des drogues vétérinaires (la DDV) à Santé Canada. La présente affaire a trait à la liberté d'expression dont il jouit en vertu de l'alinéa 2b) 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]], compte tenu de l'obligation de loyauté du fonctionnaire envers son employeur telle qu'elle a été appliquée en l'occurrence.

[3] La présente affaire n'exige pas directement que soit tranchée la question de la Charte. La défenderesse, en tant qu'employeur, soulève la question de savoir non pas si l'obligation de loyauté du D<sup>r</sup> Chopra en tant que fonctionnaire, telle qu'elle est établie en common law, peut limiter sa liberté, mais plutôt si cette obligation, telle que l'arbitre lui a donné effet par la décision dont le contrôle judiciaire est demandé, constitue sous le régime de l'article premier de la Charte une limite raisonnable à la liberté d'opinion et d'expression que garantit l'alinéa 2b) de ladite Charte. La défenderesse invoque à cet égard les conclusions formulées par la juge Tremblay-Lamer dans *Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 63 à 89 [ci-après *Haydon (n° 1)*], et appliquées par le juge Martineau au paragraphe 69 de la décision *Haydon c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2005] 1 R.C.F. 511 (C.F.) [ci-après *Haydon (n° 2)*], confirmée en appel par 2005 CAF 249.

### Summary of the facts

[4] In the period of uncertainty and apprehension shortly after the tragic events of September 11, 2001, widely referred to as “9/11”, concern was raised among the public, in the United States and in Canada, about possibilities of bioterrorism, particularly involving the possible use of pathogens such as anthrax and smallpox. To deal with this apprehended threat Health Canada established an Emergency Response Team (ERT) to advise the Minister of Health on risks from bioterrorism and measures to deal with those risks.

[5] ERT recommended, among other matters, the stockpiling of antibiotics and vaccines to combat anthrax and smallpox if they should be unleashed by a terrorist attack. This advice was based on broad consultation within a department committee, among federal government departments, with different levels of governments and experts, including specialists in infectious diseases from within and outside Health Canada.

[6] The applicant, a senior scientist in VDD, was not a member of ERT. His division was not responsible for stockpiling of any drugs. In the fall of 2001, until October 12, he was unaware of the existence or role of ERT or of any advice it may have provided for the Minister. He was not a spokesperson for Health Canada and his own evidence is that he did not at any of the times in question purport to act as such.

[7] Nevertheless, Dr. Chopra was perceived by his supervisor to have publicly criticized a decision made by Health Canada to stockpile drugs, including ciprofloxacin. He had done so on the basis of his knowledge as a microbiologist and his knowledge and experience in dealing with anthrax. He claims to have done so because in his view public apprehension about the possible terrorist use of anthrax, for example, was unjustified, since he believed there was no real danger of the contagious spread of the disease. Any limited appearance of it could be dealt with by ordinary supplies of antibiotics at hand, in his view. Moreover, he believed a particular antibiotic, ciprofloxacin, was the least useful

### Récapitulation des faits

[4] Pendant la période d’incertitude et d’appréhension qui a suivi immédiatement les événements tragiques du 11 septembre 2001, des inquiétudes publiques se sont fait jour, aux États-Unis et au Canada, touchant les risques de bioterrorisme, en particulier de recours à des agents pathogènes tels que le bacille du charbon et le virus de la variole. Afin de répondre à cette menace, Santé Canada a mis sur pied une Équipe d’intervention d’urgence (l’EIU) pour conseiller le ministre de la Santé relativement aux risques de bioterrorisme et aux mesures qu’ils rendaient nécessaires.

[5] L’EIU a recommandé, entre autres, le stockage d’antibiotiques et de vaccins pour lutter contre le charbon et la variole dans le cas où ces maladies se propageraient par suite d’attentats terroristes. Cette recommandation était fondée sur de larges consultations menées au sein d’un comité ministériel et auprès d’autres ministères fédéraux, ainsi qu’auprès des autres paliers de gouvernement et de divers experts, notamment de spécialistes des maladies infectieuses de l’intérieur comme de l’extérieur de Santé Canada.

[6] Le demandeur, chercheur scientifique supérieur à la DDV, n’était pas membre de l’EIU, et sa division n’était pas chargée de stocker des médicaments. Jusqu’au 12 octobre 2001, il ignorait l’existence et le rôle de l’EIU comme les recommandations que celle-ci avait pu donner au ministre. Il n’était pas un porte-parole de Santé Canada et, selon ses dires, n’a prétendu agir en cette qualité à aucun des moments pertinents.

[7] Néanmoins, le D<sup>r</sup> Chopra était considéré par sa supérieure comme ayant critiqué publiquement la décision prise par Santé Canada de stocker des médicaments, notamment de la ciprofloxacine. Il avait formulé ces critiques en se fondant sur ses connaissances de microbiologiste, ainsi que sur ses connaissances et son expérience relatives à la maladie du charbon. Il soutient l’avoir fait parce que l’inquiétude publique touchant l’usage possible du bacille du charbon par des terroristes, par exemple, était à son sens injustifiée, puisqu’il n’y avait aucun véritable risque de voir cette maladie se propager par contagion. Selon lui, les réserves normales d’antibiotiques suffiraient à combattre

of antibiotics for anthrax or smallpox and that its possible use to protect children presented unwarranted dangers.

[8] Dr. Chopra's comments were reported in print and broadcast media on four occasions, in each of which he was identified as a Health Canada scientist. Those occasions were as follows:

(i) On October 12, 2001, the *Winnipeg Free Press* carried a story headed "Panic over anthrax attacks unfounded, experts advise". This story included comments of three persons, described as experts, all suggesting that fear of use of anthrax as a weapon in bioterrorism "is not well founded". The first of the persons included in the story was the applicant, Dr. Chopra, described in the article as a microbiologist with Health Canada's Bureau of Veterinary Drugs. He is quoted as saying: "This has been going on since the days of Hitler, where they were looking at the possibilities of creating biological weapons. So far no biological weapon has worked."

The story then continued that Chopra was highly critical of Health Canada's decision to stockpile antibiotics against a possible terrorist attack, calling it a public relations gesture. He is quoted as saying, "Stockpiling of antibiotics only looks good for the Minister of Health . . . to say 'We are prepared'. I think it's just a media hype and unnecessarily scaring people, saying 'Oh something is coming'. Nothing is coming."

(ii) On October 18, 2001 a CJOH television programme included Dr. Chopra, identified as a Health Canada microbiologist, who responded to questions about the Government's stockpiling of antibiotics, saying: "Any organism can be used [*sic*] a crime, but from the terrorist point of view, what you want is [*sic*] organism that will

toute manifestation limitée du charbon. En outre, il pensait que la ciprofloxacine était le moins utile des antibiotiques pour le charbon et la variole, et que son utilisation éventuelle pour protéger les enfants présentait des risques que rien ne justifiait de courir.

[8] Les remarques du D<sup>r</sup> Chopra ont été rapportées dans la presse écrite ou formulées à la télévision à quatre occasions (dont la liste suit), et dans chaque cas il a été présenté comme un chercheur scientifique de Santé Canada.

i) Le 12 octobre 2001, la *Winnipeg Free Press* a publié un article intitulé [TRADUCTION] « Les experts estiment que la panique relative aux attentats au bacille du charbon ne se justifie pas ». On y rapportait les remarques de trois personnes, définies comme des experts, selon lesquelles la crainte de voir des bioterroristes utiliser comme arme le bacille du charbon [TRADUCTION] « n' [était] pas fondée ». La première des personnes citées dans cet article était le demandeur, le D<sup>r</sup> Chopra, présenté comme un microbiologiste de la Direction des drogues vétérinaires à Santé Canada. On lui attribuait les observations suivantes : « Cette histoire remonte à l'époque de Hitler, où on examinait déjà la possibilité de créer des armes biologiques. Or, jusqu'à maintenant, aucune arme biologique n'a jamais marché. »

On lisait ensuite dans cet article que M. Chopra contestait vigoureusement la décision de Santé Canada de stocker des antibiotiques en prévision d'un éventuel attentat terroriste, qui n'était d'après lui qu'une opération de relations publiques. [TRADUCTION] « Le stockage d'antibiotiques [selon les paroles attribuées à M. Chopra] ne fait que présenter le ministre de la Santé sous un jour favorable [. . .] de façon qu'il puisse dire : "Nous sommes prêts". Je pense que ce n'est là qu'une hystérie médiatique. On effraie inutilement les gens en leur disant : "Il va arriver quelque chose". En fait, il ne va rien arriver. »

ii) Le 18 octobre 2001, le D<sup>r</sup> Chopra, présenté encore une fois comme un microbiologiste de Santé Canada, a répondu par les observations suivantes, dans le cadre d'une émission de la station de télévision CJOH, à des questions touchant le stockage d'antibiotiques par l'État fédéral : [TRADUCTION] « N'importe quel organisme peut



infect and then spread by itself. It should be contagious. Anthrax is not contagious. So it is not going to happen. You don't need to stockpile antibiotics. You don't need to take them. You don't need to take them for prevention. Just keep calm." When asked why Government would be stockpiling these, he said, "Well, it puzzles me".

(iii) On October 26, 2001, the *Montréal Gazette* reported that the applicant, identified as a Health Canada scientist, who was scheduled to participate in a symposium in Montréal on the previous day did not do so, after he had, as the story reported, "received a threatening letter from senior Health Canada manager Diane Kirkpatrick suggesting his participation in the symposium should be vetted in the department". The article was headed "Crisis? What crisis? Government is using baseless anthrax scare to justify attack on liberties." The applicant was quoted in the article as saying: "The department feels encouraged by the war, now it is time to hit at people they think are vulnerable". Dr. Chopra is reported to have cancelled his appearance at the McGill symposium, and saying: "I'm concerned for my job, I'm fearful for what they might do. This is putting me into a very dangerous situation".

That article included a report of Dr. Chopra's comments about the "anthrax scare" and his view as a scientist knowledgeable about anthrax that it did not present a threat for bioterrorism use.

(iv) On November 6, 2001 the *Calgary Herald* printed an article which identified the applicant as a Health Canada scientist. In reference to reports of criticism of the Minister of Health in the House of Commons for "alleged inadequate preparation" for apprehended

être utilisé pour commettre un crime, mais, du point de vue des terroristes, ce qu'il faut c'est un organisme qui infecte les gens et se propage ensuite de lui-même. La maladie doit être contagieuse. Or, le charbon ne l'est pas. Donc, cela n'arrivera pas. Il n'est pas nécessaire de stocker des antibiotiques. Il n'est pas nécessaire non plus d'en prendre—je veux dire aux fins de prévention. Il suffit de garder son calme ». À la question du journaliste qui voulait savoir pourquoi dans ce cas l'État stockait des antibiotiques, M. Chopra a répondu : « Je me le demande bien ».

iii) Le 26 octobre 2001 a paru dans la *Gazette de Montréal* un article selon lequel le demandeur, présenté comme un scientifique de Santé Canada, avait annulé sa participation à un colloque à Montréal où il devait faire un exposé la veille, après avoir, écrit le journaliste, [TRADUCTION] « reçu une lettre de menaces de Diane Kirkpatrick, haute fonctionnaire de Santé Canada, selon laquelle sa participation à ce colloque devrait être approuvée par le ministère ». Cet article était intitulé : [TRADUCTION] « La crise? Quelle crise? Le gouvernement utilise la crainte sans fondement d'attentats au bacille du charbon pour justifier une atteinte aux libertés ». Le journaliste attribuait au demandeur les remarques suivantes : « Le ministère se sent encouragé par cette guerre. Le moment est venu pour lui de s'en prendre aux gens qu'il estime vulnérables ». Selon cet article, le D<sup>r</sup> Chopra avait annulé sa participation au colloque de l'Université McGill et aurait déclaré : « Je m'inquiète pour mon emploi. J'ai peur de ce qu'ils pourraient faire. Cela me met dans une situation très dangereuse ».

L'article de la *Gazette* rapportait en outre les observations du D<sup>r</sup> Chopra touchant les « rumeurs alarmistes d'éventuels attentats au bacille du charbon » et son opinion, formulée à titre de scientifique connaissant bien la maladie du charbon, selon laquelle celle-ci ne constituait pas un danger sur le plan du bioterrorisme.

iv) Le 6 novembre 2001, le *Calgary Herald* a publié un article présentant le demandeur comme un scientifique de Santé Canada. Après avoir fait état de critiques formulées à la Chambre des communes contre le ministre de la Santé pour [TRADUCTION] « ce qu'on déclarait être

terrorist attack, and some question “about whether the vaccine is needed”, the applicant is quoted as saying, “There’s no need for it”.

[9] On each of these occasions Dr. Chopra had been sought by a reporter. He did not initiate any of the contacts with reporters. His evidence is that on each occasion he sought to convey that he was speaking as a scientist, a microbiologist, but not a spokesperson for his Department.

[10] Following publication of the article in the *Winnipeg Free Press* on October 12, 2001, that same day the applicant’s supervisor, Diane Kirkpatrick, Director General of the VDD, convened a “fact finding meeting” with Dr. Chopra. She did so again on October 23, 2001, after the television report and just before his scheduled appearance at a McGill symposium. Then on November 16, 2001, by e-mail, she raised a number of questions with the applicant, to which he subsequently replied by e-mail. In those meetings and by his answers to the questions sent by e-mail, Dr. Chopra affirmed that when one speaks to the media one does not control how a story gets reported, but he acknowledged that the quotations attributed to him were accurate in the news media stories of interest here.

[11] He was advised at the meeting on October 12, of the existence of the ERT and its dealing with issues concerning stockpiling of drugs. At both fact finding meetings he was advised that he was not a departmental spokesperson. About a year before those meetings the Department had issued a policy directive, warning against public comments on departmental matters except by designated spokespersons.

[12] Neither his supervisor nor the adjudicator appear to have appreciated the apparent inappropriateness of the supervisor’s instruction to Dr. Chopra, in advance of his presentation at the McGill symposium scheduled for October 25, from which he withdrew, that in view of

une préparation insuffisante » à d’éventuels attentats terroristes, ainsi que des doutes de certains qui se demandaient « si l’on [avait] vraiment besoin de ce vaccin », l’auteur cite les propos du demandeur selon lesquels « [ce vaccin] n’est pas nécessaire ».

[9] À chacune de ces occasions, le D<sup>r</sup> Chopra avait été invité par un journaliste à s’exprimer : il n’avait pris l’initiative d’aucun de ces contacts. Selon son témoignage, il avait chaque fois essayé de bien faire comprendre qu’il s’exprimait en tant que savant, que microbiologiste, mais non en qualité de porte-parole de son Ministère.

[10] Le jour même de la publication de l’article du 12 octobre 2001 dans la *Winnipeg Free Press*, M<sup>me</sup> Diane Kirkpatrick, directrice générale de la DDV et supérieure du demandeur, a convoqué ce dernier à une [TRADUCTION] « rencontre pour établir les faits ». Elle a fait de même le 23 octobre 2001, après l’entrevue télévisée et juste avant sa participation prévue au colloque de l’Université McGill. Le 16 novembre 2001, elle a envoyé au demandeur un courriel où elle lui posait un certain nombre de questions, auxquelles il a répondu également par courriel. Au cours des rencontres susdites et dans son courriel, le D<sup>r</sup> Chopra a fait valoir que lorsqu’on parle aux médias, on ne contrôle pas la manière dont on sera cité, mais il a reconnu l’exactitude des remarques qui lui sont attribuées dans les articles qui nous intéressent ici.

[11] Il a été informé à la rencontre du 12 octobre de l’existence de l’EIU et de ses travaux concernant le stockage de médicaments. Aux deux rencontres destinées à établir les faits, il a été avisé qu’il n’était pas un porte-parole du Ministère. Environ un an avant ces rencontres, le ministère de la Santé avait publié une directive d’orientation mettant en garde les fonctionnaires autres que les porte-parole désignés contre l’expression publique d’opinions sur des questions relevant de ce Ministère.

[12] Ni l’arbitre ni M<sup>me</sup> Kirkpatrick ne semblent s’être rendu compte de l’irrégularité manifeste de la directive donnée par cette dernière au D<sup>r</sup> Chopra avant la présentation de son exposé au colloque de l’Université McGill prévu pour le 25 octobre et dont il s’est

“the need to ensure the accuracy of your presentation” it should be checked with a certain person at Health Canada. That seems to me a most unusual direction to a senior scientist who was invited to participate in an external public discussion of scientific matters, not including possible bioterrorism, in which there is no suggestion his participation was as a spokesperson for Health Canada.

[13] The apprehension about the use of anthrax in bioterrorism and the stockpiling of antibiotics to deal with it was a matter of public discussion and some debate in the media involving others as well as the applicant. It was not a matter of further communication between Dr. Chopra and the Director General of VDD until March 25, 2002, more than four months after the last of the incidents of concern. On that day the Director General wrote to him, reviewing the circumstances of his four reported interviews with the media, of the two fact finding meetings in October and of the exchange of correspondence by e-mails in November. The letter then set out the Director General’s belief that Dr. Chopra’s conduct was wrong, stressing the duty of loyalty owed by public servants to their employer. The letter concluded, stating its purpose thus:

... this is to formally indicate that I find your conduct unacceptable. This criticism of a Government decision at a time of international crisis lacked objectivity and your action was inconsistent with your responsibility as an employee in the public service. It erodes the necessary employer/ employee relationship and is in disregard of your duty of loyalty.

This letter is to advise you that you will be suspended without pay for a period of 5 working days. This suspension is to be served from Thursday, April 4, 2002 to Wednesday April 10, 2002 inclusive.

#### The adjudicator’s decision

[14] The discipline imposed by his supervisor, for speaking to the media as he had done, was grieved by Dr. Chopra and that grievance was ultimately heard by

décommandé, laquelle directive portait qu’en raison de [TRADUCTION] « la nécessité de s’assurer de l’exactitude de [son] exposé », celui-ci devait être soumis à l’examen d’une personne désignée de Santé Canada. Cette directive me paraît tout à fait inhabituelle, adressée comme elle l’était à un scientifique de niveau supérieur invité à participer à une discussion publique extérieure sur des questions scientifiques—celle du bioterrorisme éventuel étant exclue—dans le cadre de laquelle rien ne donne à penser qu’il devait participer à titre de porte-parole de Santé Canada.

[13] La crainte de l’utilisation du bacille du charbon à des fins bioterroristes et le stockage d’antibiotiques pour parer à ce danger faisaient l’objet d’un débat dans l’opinion publique et les médias, auquel participaient d’autres personnes en plus du demandeur. Il n’en a plus été question entre le D<sup>r</sup> Chopra et la directrice générale de la DDV avant le 25 mars 2002, soit plus de quatre mois après le dernier des incidents considérés. À cette date, la directrice générale a adressé au demandeur une lettre où elle passait en revue les circonstances de ses quatre entrevues, des deux rencontres d’octobre destinées à établir les faits et de l’échange de courriels de novembre. M<sup>me</sup> Kirkpatrick exprimait ensuite dans sa lettre l’opinion que le D<sup>r</sup> Chopra s’était mal conduit, insistant sur l’obligation de loyauté des fonctionnaires envers leur employeur. Elle terminait sa lettre par les observations suivantes, où elle formulait l’objet de celle-ci :

[TRADUCTION] [. . .] je vous informe officiellement par la présente que je considère votre conduite comme inacceptable. Vos critiques d’une décision du gouvernement, formulées dans une période de crise internationale, manquaient d’objectivité, et vos actions d’alors sont incompatibles avec votre responsabilité de fonctionnaire. Ces actions minent la relation nécessaire entre employeur et employé et constituent un manquement à votre obligation de loyauté.

Je vous avise que vous serez en conséquence suspendu sans traitement pendant cinq jours ouvrables. Cette suspension prendra effet du jeudi 4 au mercredi 10 avril 2002 inclusivement.

#### La décision de l’arbitre

[14] Le D<sup>r</sup> Chopra a contesté la mesure disciplinaire que sa supérieure a prononcée contre lui pour ses entretiens avec les médias en formant un grief, qui a en

the adjudicator acting under the Act. The adjudicator's decision is the subject of this application for judicial review.

[15] In reasons for decision, the adjudicator said in part, at paragraphs 80-81:

This case once again raises the ever-important but difficult issue surrounding the balance that must exist between the constitutionally protected right of free expression and the duty of a federal public servant to ensure that the public service to which he/she owes a duty of loyalty is impartial and effective.

It has long been recognized that federal employees must be careful and show restraint in their public criticism of government policy. In our society, the right of free speech for public servants carries with it some obligations.

He then made reference to the Supreme Court of Canada decision in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, to *Forgie v. Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL), to *Haydon (No. 1)* and to *Grahn v. Canada (Treasury Board)* (1987), 91 N.R. 394 (F.C.A.). I note that among those cases only the decision in *Haydon (No. 1)* deals with the right to free expression under paragraph 2(b) of the Charter. The Supreme Court decision in *Fraser* is specifically determined to be made without reference to the Charter, since the events raising that case antedated enactment of the Charter. *Grahn* is relied upon by the adjudicator for the proposition that the truth or sustainability of critical public comment by a public servant should be supported by evidence, but in my opinion the decision in *Grahn*, and the stated principle based upon it, has relevance only where the public comments in issue accuse government or its representatives of illegalities (see Hugessen J.A. in *Grahn*, at pages 394-395). In those circumstances, the exception to the duty of loyalty requires some evidence of illegalities alleged, but public comments about other matters may not require such evidence, e.g. expressions of opinion (see: *Chopra v. Treasury Board (Health Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367 (P.S.S.R.B.) or comments on issues of public health concerns where efforts at internal department resolution were unsuccessful (see, *Haydon (No. 1)*).

fin de compte été instruit par l'arbitre sous le régime de la Loi. C'est la décision de l'arbitre qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

[15] L'arbitre formule les observations suivantes dans l'exposé des motifs de sa décision, aux paragraphes 80 et 81 :

Cette affaire soulève une fois de plus la question toujours importante, mais difficile, de l'équilibre à respecter entre la liberté d'expression protégée par la Constitution et le devoir d'un fonctionnaire fédéral de faire en sorte que la fonction publique à l'endroit de laquelle il a une obligation de loyauté soit impartiale et efficace.

Il est depuis longtemps reconnu que les fonctionnaires fédéraux doivent faire preuve de prudence et de modération lorsqu'ils critiquent publiquement la politique gouvernementale. Dans notre société, le droit des fonctionnaires de s'exprimer est assorti de certaines obligations.

Il cite ensuite un certain nombre d'arrêts et de décisions, soit : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Forgie c. Conseil du Trésor (Commission d'appel de l'immigration)*, [1986] C.R.T.F.P.C. n° 310 (QL); *Haydon (n° 1)*; et *Grahn c. Canada (Conseil du Trésor)* (1987), 91 N.R. 394 (C.A.F.). Je note que, parmi ces affaires, seule la décision *Haydon (n° 1)* porte sur la liberté d'expression envisagée sous le régime de l'alinéa 2b) de la Charte. La Cour suprême a rendu l'arrêt *Fraser* explicitement sans tenir compte de la Charte, puisque celle-ci avait été promulguée après les événements ayant donné lieu à cette affaire. L'arbitre invoque l'arrêt *Grahn* à l'appui de la thèse selon laquelle la vérité ou le caractère soutenable des critiques formulées publiquement par un fonctionnaire devraient être étayés de preuves, mais à mon sens cet arrêt et le principe susdit fondé sur celui-ci n'ont de pertinence que lorsque les remarques publiques en question accusent le gouvernement ou ses représentants d'actes illégaux (voir les observations du juge Hugessen, J.C.A., aux pages 394 et 395 de *Grahn*). Dans ce cas, la dérogation à l'obligation de loyauté exige des preuves des illégalités imputées à l'État, mais il se peut qu'il n'en soit pas ainsi pour les remarques publiques formulées à propos d'autres questions, par exemple les expressions d'opinion (voir *Chopra c. Conseil du Trésor (Santé Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367 (C.R.T.F.P.), ou

[16] The adjudicator's decision continued, *inter alia*; at paragraphs 93-94, 96-98, 101-107:

The grievor's continued and at times aggressive comments in opposition to his employer's policies were unacceptable. Mr. Chopra contends that he was merely trying to calm down media hype in a period of international crisis. He argues that his comments dealt with public health and safety issues and are protected by the Charter.

Although one can readily accept that the overuse of antibiotics can lead to their ineffectiveness and that they may be contra-indicated for small children, the fact remains that, in cases of emergency, a government might be called upon to administer massive quantities of antibiotics and vaccines.

...

Mr. Chopra's categorical assertions that the stockpiling of antibiotics or vaccines was unnecessary is not supported by evidence. His attack on the motives of the Minister of Health, regardless of his explanation at the hearing that he meant no harm, was completely unwarranted. The grievor admitted that he had no specific knowledge to justify this statement, which clearly impugned the integrity and motives of the Minister in charge of his department.

Mr. Chopra's comments . . . show that the grievor was more interested in criticizing and attacking his department than in calming things down. Comments such as "The department feels encouraged by the war" and "Now is the time to hit at people they think are vulnerable" are theatrical in tone, derogatory and unproven in substance.

Given Mr. Chopra's testimony, I find that the comments attributed to him reflect closely the discussions he chose to have with various journalists. Furthermore, Mr. Chopra's repeated contacts with the media lead me to conclude that he was not concerned that his views and comments on previous occasions had been misinterpreted.

...

The grievor can also be faulted in this case for not using internal review and discussion mechanisms. I simply cannot

les observations sur des problèmes de santé publique qu'on a d'abord essayé en vain de résoudre à l'intérieur du Ministère (voir *Haydon (n° 1)*).

[16] On lit en outre ce qui suit dans la décision de l'arbitre, aux paragraphes 93 et 94, 96 à 98, 101 à 107 :

Les commentaires persistants et parfois agressifs du fonctionnaire s'estimant lésé contestant les politiques de son employeur étaient inacceptables. M. Chopra prétend qu'il tentait simplement d'apaiser l'hystérie médiatique en période de crise internationale. Il affirme que ses commentaires portaient sur des questions de santé et de sécurité publiques et qu'ils sont par conséquent protégés par la Charte.

Bien qu'on puisse facilement accepter l'idée qu'une surutilisation d'antibiotiques puisse finir par les rendre inefficaces et que des antibiotiques puissent être contre-indiqués pour de jeunes enfants, le fait reste que, dans des situations d'urgence, le gouvernement peut devoir disposer d'importantes quantités d'antibiotiques et de vaccin.

[. . .]

M. Chopra a affirmé catégoriquement que l'accumulation de stocks d'antibiotiques et de vaccin était inutile, sans avancer de preuves. Il n'avait aucune justification pour s'en prendre aux motifs du ministre de la Santé, et ce nonobstant son explication à l'audience, où il a déclaré n'avoir eu aucune intention de nuire. Il a admis n'avoir eu connaissance d'aucun fait précis pour justifier cette déclaration, qui attaquait clairement l'intégrité et les motifs du Ministre responsable de son Ministère.

Enfin, les commentaires de M. Chopra [. . .] montrent qu'il tenait davantage à critiquer et à attaquer son Ministère qu'à calmer les esprits. Des remarques comme [TRADUCTION] « Le Ministère se sent encouragé par cette guerre » et [TRADUCTION] « Le moment est venu pour lui de s'en prendre aux gens qu'il croit vulnérables » ont une allure théâtrale, en plus d'être dérogatoires et de ne reposer sur aucune preuve.

Après avoir entendu le témoignage de M. Chopra, je conclus que les commentaires qui lui sont attribués reflètent étroitement les discussions qu'il a choisi d'avoir avec des journalistes. En outre, les contacts répétés qu'il a eus avec les médias m'amènent à conclure que la possibilité que ses opinions et ses commentaires antérieurs aient été mal interprétés ne l'inquiétait pas.

[. . .]

Le fonctionnaire s'estimant lésé est en défaut aussi dans cette affaire parce qu'il ne s'est pas prévalu des mécanismes

accept Mr. Chopra's feeble excuse that he did not know whom to talk to. He knew or should have known that he could raise the issue with his immediate supervisor and obtain from her the names of other contacts within the department. That is exactly what Ms. Kirkpatrick did in Exhibit E-6 when she suggested to the grievor "the need to ensure the accuracy of your presentation and to this end you can contact . . . in PMRA."

Mr. Chopra has not shown that the situation post-9/11 required bypassing normal internal discussion venues. The merits and disadvantages of stockpiling antibiotics and vaccines were being discussed publicly during the same time period by other scientists not employed by HC. There was no criminal activity being committed, nor was there immediate danger to the health or safety of Canadians which might have justified some of the comments made by Mr. Chopra.

I should add that even if Mr. Chopra had unsuccessfully attempted to discuss and resolve his concerns internally, some of the comments, in particular those dealing with the Minister's motives as well as the comments alleging a gag order, would remain inappropriate.

There is in this case evidence of impairment on both levels referred to by the SCC in *Fraser* (*supra*). First, Ms. Kirkpatrick testified that the grievor's public criticism of the Department and Minister had detrimentally affected her relationship with the grievor. That fact was confirmed by Mr. Chopra when he testified that his relationship with his supervisor was tense. The tension between Ms. Kirkpatrick and Mr. Chopra, resulting from these incidents, is evident from a reading of the transcripts of the two fact-finding meetings (Exhibits E-9 and E-11). There is no doubt that this tension would create an impediment to the grievor's ability to perform his work.

Second, I conclude that Mr. Chopra's repeated comments, which went beyond the realm of acceptable scientific debate, impaired his usefulness as a public servant. His attacks on the Minister, his department and his supervisor were repeated and derogatory. There is no doubt in my mind that Mr. Chopra's conduct in this case seriously impaired his usefulness as a public servant.

Counsel for the grievor suggested that I reduce the penalty imposed to a reprimand if I were to conclude that discipline was warranted. Given what precedes, I believe that the 5-day suspension imposed on Mr. Chopra was well within the

internes d'examen et de discussion. Je ne peux tout simplement pas accepter sa piètre excuse qu'il ne savait pas à qui s'adresser. Il savait ou aurait dû savoir qu'il pouvait soulever la question avec sa superviseure immédiate et obtenir d'elle les noms d'autres contacts au Ministère. C'est d'ailleurs exactement ce que M<sup>me</sup> Kirkpatrick a fait dans la pièce E-6, en lui rappelant qu'il devait s'assurer que tout ce qu'il dirait dans son exposé serait fondé et que, à cette fin, il pouvait [TRADUCTION] « communiquer avec [ . . . ] à l'ARLA ».

M. Chopra n'a pas démontré que la situation qui a suivi les attentats du 11 septembre exigeait qu'il passe outre aux mécanismes internes normaux de discussion. Les avantages et les inconvénients de l'accumulation de stocks d'antibiotiques et de vaccin faisaient l'objet d'une discussion publique par d'autres scientifiques qui n'étaient pas au service de SC, au cours de cette même période. Le gouvernement ne commettait pas d'actes criminels et il n'existait pas non plus de danger immédiat pour la santé et la sécurité des Canadiens qui aurait pu justifier certains des commentaires de M. Chopra.

Je devrais ajouter que, même si M. Chopra avait tenté sans succès de soulever ces préoccupations et de régler le problème à l'interne, certains de ses commentaires, particulièrement ceux qui concernaient les motifs du Ministre, de même que ses déclarations qu'on aurait essayé de le bâillonner, n'en seraient pas moins inacceptables.

En l'espèce, les déclarations publiques du fonctionnaire s'estimant lésé ont eu une incidence néfaste sur son emploi des deux façons que la CSC a décrites dans l'arrêt *Fraser, supra*. Premièrement, M<sup>me</sup> Kirkpatrick a témoigné que les critiques publiques du Ministère et du Ministre que le fonctionnaire s'estimant lésé a faites avaient sapé sa relation avec lui. Ce fait a été confirmé par M. Chopra lui-même lorsqu'il a témoigné que sa relation avec sa superviseure était tendue. Les tensions entre M<sup>me</sup> Kirkpatrick et M. Chopra qui résultent de ces incidents sont évidentes à la lecture de la transcription des deux rencontres organisées pour établir les faits (pièces E-9 et E-11). Il est certain que ces tensions réduisent la capacité du fonctionnaire s'estimant lésé de faire son travail.

Deuxièmement, je conclus que les déclarations répétées de M. Chopra, des déclarations qui allaient au-delà de ce qui constitue un débat scientifique acceptable, savaient son utilité comme fonctionnaire. Ses attaques contre le Ministre, contre son Ministère et contre sa superviseure étaient répétées et dérogatoires. Je n'ai aucun doute que sa conduite en l'espèce a sérieusement sapé son utilité comme fonctionnaire.

L'avocat du fonctionnaire s'estimant lésé a proposé que je ramène la sanction imposée à une réprimande si je devais conclure que des mesures disciplinaires étaient justifiées. Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la suspension de

parameters of appropriate discipline.

For all of these reasons, the grievance is denied.

### The issues

[17] The basic issue is whether by his decision the adjudicator erred in finding, in effect, that Dr. Chopra's duty of loyalty was breached in a manner that supported the imposition of the five-day suspension from employment here imposed as a disciplinary measure. In reviewing that decision other subordinate issues are raised by the applicant, including:

1. the standard of review;
2. alleged errors of law by the adjudicator, including alleged failure to observe procedural fairness;
3. alleged errors of fact by the adjudicator.

[18] Before dealing with the issues it is important, in my opinion, to clarify the aspects of Dr. Chopra's comments that give rise to the discipline imposed and to his grievance. It is useful to recall that in *Fraser*, Dickson C.J. bases his reasoning (at page 467) on the importance of "free and robust public discussion of public issues", including discussion by public servants, subject only to the duty of loyalty aptly applied. As a person in Canada, even though he was a public servant, Dr. Chopra enjoyed the right to freedom of opinion and expression pursuant to paragraph 2(b) of the Charter. His public comments of opinion on a matter of public debate, even about his own Department's adopted policy and program, is generally exempt from any duty to remain silent, unless he were senior enough to share active responsibility for departmental policy decisions, or his comments give rise to concern about his impartiality or effectiveness in performance of his public service. Dr. Chopra was not responsible for public policy decisions of the nature here subjected to debate. Moreover, concern here cannot be simply that he expressed personal opinions about the merits of stockpiling antibiotics as he did, or that those opinions were not

cinq jours dont M. Chopra a écoupée était tout à fait justifiée compte tenu des critères applicables aux sanctions disciplinaires.

Pour tous ces motifs, le grief est rejeté.

### Les questions en litige

[17] La question fondamentale en litige est de savoir si l'arbitre s'est trompé en concluant, comme il l'a fait dans sa décision, que le D<sup>r</sup> Chopra avait manqué à son obligation de loyauté d'une manière qui justifiait la suspension de cinq jours prononcée contre lui à titre de mesure disciplinaire. Le demandeur soulève d'autres questions accessoires dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision, soit :

1. la norme de contrôle;
2. des erreurs de droit que l'arbitre aurait commises, notamment le manquement à son obligation d'équité procédurale;
3. des erreurs de fait que l'arbitre aurait commises.

[18] Avant d'aborder ces questions, il est à mon sens important de se faire une idée précise des aspects des interventions du D<sup>r</sup> Chopra qui ont donné lieu à la mesure disciplinaire et au dépôt de son grief. On se rappellera à ce propos que dans l'arrêt *Fraser*, le juge en chef Dickson fondait son raisonnement sur l'importance d'« une discussion libre et franche des questions d'intérêt public » (à la page 467), y compris par les fonctionnaires, sous la seule réserve de l'obligation de loyauté bien comprise. En tant que personne résidant au Canada, même s'il était fonctionnaire, le D<sup>r</sup> Chopra jouissait de la liberté d'opinion et d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Les remarques publiques sur un sujet de débat public telles que celles qu'il a formulées, même touchant une politique et un programme adoptés par son propre ministère, échappent en général à l'obligation de silence, à moins que le fonctionnaire soit de niveau assez élevé pour participer activement à la prise des décisions d'orientation de son ministère ou que ses interventions fassent douter de son impartialité ou de son efficacité dans l'exercice de ses fonctions. Le D<sup>r</sup> Chopra ne participait pas à l'élaboration des décisions d'intérêt public de la nature de celles qui étaient ici débattues. En

supported by evidence as statements of fact might be expected to be.

[19] Both his supervisor, representing the employer, and the adjudicator referred to Dr. Chopra's failure to produce evidence to support his comments, presumably to establish that stockpiling was unnecessary or detrimental to health. He in turn stated that no one from the Department contradicted his comments about the nature of anthrax or smallpox and no one had specifically told him not to comment as he did. The tenor of his comments, based on his knowledge of microbiology, was the expression of opinions in relation to policy, not of scientific or legal conclusions based on facts. About those opinions, so far as they concerned policy, there was public debate among those interested, including Dr. Chopra.

[20] If his comments had been limited to personal opinion about adopted policy or program, it would be reasonably comparable to the circumstances in *Chopra v. Treasury Board (Health Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367. There, an arbitrator upheld Dr. Chopra's grievance against discipline imposed upon him for opinion comments at a public forum on progress by Health Canada in dealing with human rights practices of the Department, a matter of public concern upon which opinions expressed by him were found not to be in breach of his duty of loyalty.

[21] What brings his comments into perceived breach of his duty of loyalty as a public servant, in this case, in my opinion, was his public attribution of questionable motives, unrelated to public health purposes, to the Minister of the day and to his Department. Accepting there is a general right to freely express opinions on matters of public policy even on matters beyond his normal responsibilities, a public servant in the position

outré, ce qu'on lui reproche en l'occurrence ne peut être simplement d'avoir exprimé comme il l'a fait des opinions personnelles sur l'opportunité de stocker des antibiotiques ou que ces opinions ne fussent pas fondées sur des preuves comme on pourrait s'attendre à ce que le soient les déclarations factuelles.

[19] Sa supérieure, représentant l'employeur, aussi bien que l'arbitre ont fait état de ce que le D<sup>r</sup> Chopra n'avait pas étayé ses critiques, c'est-à-dire, vraisemblablement, pour établir que le stockage de médicaments était inutile ou nuisible à la santé. Le D<sup>r</sup> Chopra a pour sa part déclaré qu'aucun membre du Ministère n'avait contredit ses remarques sur la nature de la maladie du charbon ou de la variole ni ne lui avait dit explicitement ne pas s'exprimer comme il l'avait fait. La substance de ses remarques publiques, fondées sur ses connaissances en microbiologie, était l'expression d'opinions sur la politique gouvernementale, et non de conclusions scientifiques ou juridiques fondées sur des faits. Quant à ces opinions, dans la mesure où elles concernaient la politique gouvernementale, il y avait un débat public en cours entre les intéressés, y compris le D<sup>r</sup> Chopra.

[20] Si les remarques du D<sup>r</sup> Chopra s'étaient limitées à l'expression d'une opinion personnelle sur une politique ou un programme adoptés, les faits de la présente espèce seraient raisonnablement comparables à ceux de *Chopra c. Conseil du Trésor (Santé Canada)* (2001), 96 L.A.C. (4th) 367. L'arbitre, dans cette affaire, a confirmé le bien-fondé du grief déposé par le D<sup>r</sup> Chopra contre la sanction qu'on lui avait infligée pour avoir exprimé ses opinions dans une discussion publique sur les progrès accomplis par Santé Canada en matière de droits de la personne, question d'intérêt public sur laquelle il a été conclu que les opinions exprimées par lui ne contrevenaient pas à son obligation de loyauté.

[21] La raison pour laquelle, à mon avis, ses critiques ont été perçues comme un manquement à son obligation de loyauté en tant que fonctionnaire a trait au fait qu'il ait attribué publiquement au ministre d'alors et à son Ministère des motifs discutables, sans rapport avec la santé publique. En admettant l'existence pour lui d'un droit général à la libre expression d'opinions sur des questions d'intérêt public, même sur des questions qui



of Dr. Chopra still owes a duty of loyalty to his employer that precludes public comments adverse to or in favour of perceived motives or values of policy initiatives of government, unless the comments clearly fall within the exceptions established by *Fraser*.

[22] I turn now to the issues raised by the parties.

#### The standard of review

[23] There is no dispute that for issues of law, including Charter issues if those were at stake here, the appropriate standard of review is correctness. For matters within the traditional jurisdiction of an adjudicator, i.e., matters of fact or matters of acceptable custom or conduct in an employment situation, or matters of interpretation or application of a collective agreement, the appropriate standard is patent unreasonableness.

[24] Here the ultimate issues are interrelated, whether Dr. Chopra's conduct by his public statements breached his duty of loyalty as a public servant and if so did that warrant the discipline imposed. Those issues are of mixed law and fact for which the standard of review is reasonableness. In the application of that standard considerable deference is warranted for the assessment by the experienced labour adjudicator (see e.g. Dickson C.J. for the Supreme Court in *Fraser*, at page 473).

#### Alleged errors of law

[25] For Dr. Chopra it is urged that discipline imposed in relation to the free expression of opinion is invalid where it is not established to be required by clear and cogent evidence of a substantial pressing concern which

vont au-delà du cadre de ses attributions, un fonctionnaire occupant un poste tel que celui du D<sup>r</sup> Chopra n'en a pas moins envers son employeur une obligation de loyauté qui lui interdit de formuler publiquement des remarques favorables ou défavorables aux motifs ou aux valeurs qui sous-tendent selon lui les politiques gouvernementales, à moins que ces remarques ne tombent manifestement sous le coup des exceptions définies dans l'arrêt *Fraser*.

[22] J'examinerai maintenant les questions soulevées par les parties.

#### La norme de contrôle

[23] Nul ne conteste que, s'agissant des questions de droit, y compris de celles qui touchent la Charte (dans l'hypothèse où elles se poseraient ici), la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. En ce qui concerne les questions relevant de la compétence traditionnelle des arbitres, c'est-à-dire les questions de fait ou relatives aux pratiques et à la conduite acceptables dans le cadre d'un emploi, ou encore les questions d'interprétation ou d'application d'une convention collective, la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable.

[24] Dans la présente espèce, les questions fondamentales sont liées, étant celles de savoir si les interventions publiques du D<sup>r</sup> Chopra constituaient un manquement à son obligation de loyauté en tant que fonctionnaire et si, dans l'affirmative, elles justifiaient la sanction prononcée contre lui. Ce sont là des questions mixtes de droit et de fait auxquelles s'applique la norme de la décision raisonnable. Dans l'application de cette norme, il convient de faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision rendue par un arbitre du travail expérimenté (voir par exemple les observations formulées par le juge en chef Dickson s'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*, à la page 473).

#### Les erreurs de droit imputées à l'arbitre

[25] L'avocat du D<sup>r</sup> Chopra soutient que les sanctions infligées en rapport avec la libre expression d'opinions ne sont pas valides dans les cas où leur nécessité n'est pas établie par la preuve claire et convaincante d'une

requires minimal impairment of the right. As earlier noted in accord with the decisions of Madam Justice Tremblay-Lamer in *Haydon (No. 1)* and of Mr. Justice Martineau in *Haydon (No. 2)*, the limit imposed by the proper application of the duty of loyalty to a public servant is an acceptable limitation under section 1 of the Charter of the freedom of opinion and expression. That rationale of the basic law here applicable, I accept.

[26] For the applicant it is urged that the decision in *Fraser* did not preclude further exceptions than those there suggested to the duty of loyalty, and moreover, in *Haydon (No. 1)*, Madam Justice Tremblay-Lamer had articulated an additional exception, that is where the comment in issue concerns a matter of legitimate public interest requiring public debate. The adjudicator erred, it is said by not considering Dr. Chopra's comments within that exception.

[27] I am not persuaded that my colleague did recognize a further exception. Her use of generic words, "matters of legitimate public concern", in my opinion, were intended only as a general description underlying the exceptions already established by *Fraser*. Indeed, in *Haydon (No. 1)* the decision of an Associate Deputy Minister imposing discipline in relation to public comments of Dr. Chopra and another, was found to be unreasonable, *inter alia*, in failing to recognize that the public comments were within the first exception set out by *Fraser*, i.e., public criticism in relation to safety and efficacy of the drug approval process of Health Canada, a matter of public health and safety.

[28] A second alleged error in law by the adjudicator is said to be that he misstated the "internal recourse" principle in the *Haydon (No. 1)* decision by describing it as confirming [at paragraph 90] "the principle that public servants who wish to criticize government policies publicly should as a general rule make reasonable attempts to resolve the matter internally". I agree that may overstate the principle as described in *Haydon (No. 1)* where Madam Justice Tremblay-Lamer noted (at

préoccupation urgente et réelle exigeant une atteinte minimale à ce droit. Comme je le faisais remarquer plus haut en citant avec approbation la juge Tremblay-Lamer dans *Haydon (n° 1)* et le juge Martineau dans *Haydon (n° 2)*, la limite imposée par l'application régulière de l'obligation de loyauté au cas d'un fonctionnaire est une restriction acceptable à la liberté d'opinion et d'expression au sens de l'article premier de la Charte. Je souscris à la thèse que ces principes constituent en substance le droit applicable à la présente espèce.

[26] L'avocat du demandeur fait valoir que l'arrêt *Fraser* n'interdit pas d'établir d'autres exceptions à l'obligation de loyauté que celles qui y sont prévues et qu'en outre, la juge Tremblay-Lamer avait formulé dans *Haydon (n° 1)* une autre exception de cette nature, à savoir lorsqu'une question suscite un intérêt public légitime et doit être débattue ouvertement. L'arbitre a commis une erreur, affirme l'avocat, en n'accordant pas aux remarques du D<sup>r</sup> Chopra le bénéfice de cette exception.

[27] Je ne suis pas convaincu que ma collègue ait effectivement établi une autre exception. À mon sens, l'expression générale qu'elle a employée—« question[s] [qui] suscite[nt] un intérêt public légitime »—ne visait qu'à désigner collectivement les exceptions déjà définies dans l'arrêt *Fraser*. En effet, dans *Haydon (n° 1)*, la décision d'un sous-ministre délégué de prononcer une sanction relativement aux interventions publiques du D<sup>r</sup> Chopra et d'une autre personne a été déclarée déraisonnable du fait, notamment, qu'on n'a pas reconnu que ces interventions tombaient sous le coup de la première exception définie dans *Fraser*, à savoir la critique publique touchant la sécurité et l'efficacité de la procédure d'approbation des médicaments de Santé Canada, une question de santé et de sécurité publiques.

[28] L'avocat du demandeur reproche à l'arbitre une autre erreur de droit, soit d'avoir mal interprété le principe du « recours interne » énoncé dans *Haydon (n° 1)* en l'invoquant comme une confirmation du [au paragraphe 90] « principe que les fonctionnaires qui souhaitent critiquer publiquement les politiques gouvernementales devraient en règle générale faire des efforts raisonnables pour corriger la situation à l'interne ». Je conviens que cette formulation dépasse peut-être la

paragraph 112), “I believe that public criticism will be justified where a reasonable attempt to resolve the matter internally would have been unsuccessful.” In that case, the public comments in issue were found to be related to public health and safety, and the public servants concerned had endeavoured on several occasions to have their concerns addressed internally without success.

[29] In this case, the adjudicator found no effort made by Dr. Chopra to resolve his professed concerns internally, but even if he had done so unsuccessfully, his comments [at paragraph 103], “particularly those dealing with the Minister’s motives . . . would remain inappropriate.” Thus, the adjudicator indicates his reliance on the nature of the comments, not on Dr. Chopra’s failing to clarify his concerns internally, as the principle focus of his attention. I am not persuaded that his ultimate conclusion was dependent on Dr. Chopra not clarifying his concerns internally.

[30] A third error in law alleged is the adjudicator’s statement, based on *Grahn*, that generally the truth or sustainability of critical public comments made by a public servant should be supported by evidence. I agree that *Grahn* should be read in light of its facts, i.e. there the public comments of concern described alleged illegal activities of government for which there was no supporting evidence. I agree also that the adjudicator’s decision does reflect a concern that the public servant whose statements are in issue should be required to produce evidence in support. That could hardly have significance in any case where the comments are expression of opinion, not subject to proof by evidence but conclusions reached by persuasion and reasoning on which views may differ.

[31] That said, the adjudicator’s decision does not stand or fall on his view of the law concerning the

pensée de la juge Tremblay-Lamer dans *Haydon (n° 1)* qui écrivait (au paragraphe 112) : « je suis d’avis que la critique ouverte sera justifiée lorsqu’une tentative raisonnable de résoudre la question à l’interne n’a eu aucun résultat ». Dans cette affaire, la juge a conclu que les interventions publiques en question étaient liées à la santé et à la sécurité publiques et que les fonctionnaires en cause avaient essayé à plusieurs reprises, en vain, de faire examiner leurs préoccupations à l’interne.

[29] Dans la présente espèce, l’arbitre a conclu que le D<sup>r</sup> Chopra n’avait fait aucun effort pour régler à l’interne les problèmes qu’il a révélés au grand jour, mais que même s’il l’avait fait sans succès, certains de ses commentaires [au paragraphe 103], « particulièrement ceux qui concernaient les motifs du Ministre [. . .] n’en seraient pas moins inacceptables ». Ainsi, l’arbitre déclare se fonder principalement sur la nature des commentaires, et non sur le fait que le D<sup>r</sup> Chopra n’a pas essayé d’exprimer ses préoccupations à l’interne. Je ne suis pas convaincu que sa conclusion finale était tributaire du défaut du D<sup>r</sup> Chopra d’émettre ses réserves à l’interne.

[30] La troisième erreur de droit reprochée à l’arbitre est sa déclaration, fondée sur l’arrêt *Grahn*, qu’en règle générale la vérité ou le caractère soutenable de remarques formulées publiquement par un fonctionnaire doivent être étayés de preuves. Je conviens que l’arrêt *Grahn* doit être interprété à la lumière des faits auxquels il s’applique, c’est-à-dire que les remarques publiques en question faisaient état de prétendues activités illégales du gouvernement sans preuves à l’appui. Je suis également d’accord pour dire que la décision de l’arbitre est guidée par la nécessité, pour le fonctionnaire dont les déclarations sont en cause, d’étayer ses propos. Or, on voit mal quelle pourrait être la pertinence de ce principe dans les cas où les remarques en cause constituent l’expression d’opinions, c’est-à-dire non pas des propositions devant être étayées, mais bien des conclusions auxquelles mènent la persuasion et le raisonnement et sur lesquelles les points de vue peuvent différer.

[31] Cela dit, la validité de la décision de l’arbitre ne dépend pas de son interprétation du droit concernant la

necessity for prior internal resolution before public comments are made.

[32] A fourth error in law alleged by the adjudicator concerns procedures that are said to result in a lack of procedural fairness. One was the adjudicator's reliance on a newspaper article to make a point in contradiction to Dr. Chopra's opinion, an article that was essentially hearsay and was admitted at the hearing expressly on the basis that it could not be relied upon for the truth of its contents. I am not persuaded that the news article was relied on for the truth of its content rather than simply as an indication of another opinion contrary to that of Dr. Chopra. In any event it was not a basis of the adjudicator's ultimate finding.

[33] A further allegation of a lack of procedural fairness concerns the adjudicator's conclusion about the credibility of Dr. Chopra in his testimony about whether a reporter had learned from him about a letter from Dr. Chopra's supervisor which caused him to withdraw from participation in a symposium at McGill in November 2001. Dr. Chopra had not been cross-examined on this aspect at the hearing before the adjudicator and had no notice that this would be made an issue in the decision. The result is unfortunate, but an adjudicator is not bound to accept the unquestioned testimony of any witness. Moreover, the issue is not a basic one on which the adjudicator's decision rests for in my opinion, even if the evidence of Dr. Chopra had been accepted and his credibility on that issue were not questioned, the ultimate issues for the adjudicator would have been determined as they were.

[34] In summary, I agree the adjudicator erred in stating the law, concerning the significance of failure to seek internal resolution of differences, the need to provide evidence of truth of all public comments, and in relation to aspects of procedural fairness. It is unusual to find such errors but also to conclude, as I do here, that the ultimate decisions in question were not dependent on these errors. None of the errors, in my opinion, are crucial to the determination that the nature of the comments of Dr. Chopra, questioning the motives of the Minister and the Department, raised questions of his

nécessité de tenter de résoudre les questions à l'interne avant d'exprimer publiquement son opinion.

[32] Une quatrième erreur de droit reprochée à l'arbitre concerne le manquement à l'obligation d'équité procédurale. On lui reproche par exemple de s'être fondé sur un article de journal pour faire valoir un point à l'encontre du D<sup>r</sup> Chopra, article qui relevait pour l'essentiel du oui-dire et qui avait été admis à l'audience expressément à condition qu'on ne puisse l'invoquer pour la véracité de son contenu. Je ne suis pas convaincu que l'arbitre ait invoqué cet article pour véracité de son contenu; je crois plutôt qu'il l'a fait simplement pour faire état d'une opinion contraire à celle du D<sup>r</sup> Chopra. Quoi qu'il en soit, l'article en question n'a pas servi de fondement à la conclusion finale de l'arbitre.

[33] Un autre manquement allégué à l'équité procédurale concerne la conclusion de l'arbitre sur la crédibilité des déclarations du D<sup>r</sup> Chopra quant à savoir si c'est de ce dernier qu'un journaliste avait appris l'existence de la lettre de sa supérieure qui l'avait amené à annuler sa participation à un colloque à l'Université McGill en novembre 2001. Le D<sup>r</sup> Chopra n'a pas été contre-interrogé sur ce point à l'audience devant l'arbitre et n'a pas été avisé que la question serait prise en compte dans la décision de l'arbitre. Le résultat est malheureux, mais l'arbitre n'est pas tenu d'accepter le témoignage de quiconque n'aurait pas été contre-interrogé. Qui plus est, il ne s'agit pas là d'un point fondamental sur lequel reposerait la décision de l'arbitre, car à mon avis, même si la preuve du D<sup>r</sup> Chopra avait été acceptée et que sa crédibilité sur ce point n'était pas mise en cause, l'arbitre n'aurait pas tranché autrement les questions selon lui déterminantes.

[34] En résumé, je suis d'accord pour dire que l'arbitre a commis une erreur en décrivant l'état du droit comme il l'a fait concernant l'importance de l'omission de recourir à des mécanismes de résolution à l'interne, la nécessité d'établir la véracité de toutes les remarques formulées publiquement et certains aspects de l'équité procédurale. Il est inhabituel que, ces erreurs ayant été constatées, on n'en conclue pas moins, comme je le fais ici, que les décisions finales en cause n'ont pas été tributaires de ces erreurs. En effet, aucune de celles-ci n'influe de manière déterminante sur la décision selon

impartiality and effectiveness as a public servant.

#### Alleged errors of fact

[35] The applicant alleges errors of fact by the adjudicator in his findings, both by inferences without direct evidence other than Dr. Chopra's supervisor's opinion, that his public statements had impaired his ability to perform his job. In a wider sense it had impaired his suitability as a member of the public service, for whom perceived impartiality and effectiveness are essential characteristics.

[36] In *Fraser*, Chief Justice Dickson, for the Supreme Court, commented at page 472:

As to impairment to perform the specific job, I think the general rule should be that direct evidence of impairment is required. However, this rule is not absolute.

[37] In that case the extreme conduct of the public servant in question, who was head of a business audit division of a district taxation office, was found to support a reasonable inference that his performance of his job was impaired. The lack of direct evidence of impairment did not preclude determination on the basis of inferences in *Fraser* that job performance and the essential impartiality of the public servant were impaired by his conduct. That conduct was described by Dickson C.J. as "criticisms (two major government policies and the character and integrity of the Prime Minister and Government), the context of those criticisms (prolonged, virtually full time, in public meetings, on radio, on television, in newspapers, local, national, international), and the form of the criticisms (initially restrained, but increasingly vitriolic and vituperative)". (*Fraser*, at page 474).

laquelle la nature des remarques du D<sup>r</sup> Chopra, qui remettait en question les motifs du ministre et du Ministère, jetait un doute sur son impartialité et son efficacité en tant que fonctionnaire.

#### Les erreurs de fait imputées à l'arbitre

[35] Le demandeur reproche à l'arbitre d'avoir commis des erreurs de fait en concluant—dans les deux cas par inférence, sans autre preuve directe que l'opinion de la supérieure du D<sup>r</sup> Chopra— que ses interventions publiques avaient nui à sa capacité de remplir ses fonctions et, de façon plus générale, eu une incidence néfaste sur son aptitude à occuper un poste de fonctionnaire, pour lequel l'impartialité et l'efficacité sont essentiels.

[36] S'exprimant au nom de la Cour suprême, le juge en chef Dickson a dit dans l'arrêt *Fraser* (à la page 472) :

En ce qui a trait à l'empêchement d'accomplir le travail précis, je crois que selon la règle générale la preuve directe de l'incidence néfaste devrait être exigée. Toutefois cette règle n'est pas absolue.

[37] Dans cette affaire, il a été conclu que les excès du fonctionnaire en question, qui était chef de groupe de la Division de la vérification des dossiers d'entreprises dans un bureau de district de Revenu Canada, étaient la déduction raisonnable de l'incidence néfaste sur son aptitude à remplir ses obligations professionnelles. L'absence de preuve directe de l'incidence néfaste n'a pas empêché la Cour suprême, dans *Fraser*, de conclure sur la base d'inférences que la conduite du fonctionnaire avait porté atteinte à sa capacité d'exécuter ses obligations professionnelles et—chose essentielle— d'être perçu comme impartial. « Lorsqu'on examine [écrit le juge en chef Dickson] le fond des critiques (deux politiques gouvernementales importantes et la personnalité et l'intégrité du Premier ministre et du gouvernement), le contexte de ces critiques (prolongées, pratiquement à temps plein, dans des assemblées publiques, à la radio, à la télévision, dans les journaux, aux niveaux local, national et international) et la forme de ces critiques (au départ limitées, mais de plus en plus cinglantes et injurieuses), on peut constater la justesse de la conclusion de l'arbitre » (*Fraser*, à la page 474).

[38] The circumstances of this case are not comparable to those in *Fraser*. One major difference is the “public climate” of the day, here widespread apprehension about possible terrorist activities in North America following “9/11”, a factor unknown in 1982 when Mr. Fraser made public attacks on Government policies. That factor is a matter fully described by the adjudicator in this case. Of course, another difference is that Dr. Chopra’s comments were less “vituperative and vitriolic” than those of Mr. Fraser.

[39] As for the matter of possible impairment to perform his job, Dr. Chopra maintains that he was not told of any perceived impairment, and there is no direct evidence of ways in which his job performance was affected. Nevertheless, there was some evidence from which the adjudicator inferred impairment. That evidence was the testimony of his supervisor that Dr. Chopra’s public criticisms of the Minister and of the Department affected her relationship with him, and the transcripts of two fact finding meetings were found to demonstrate the tension between them. The adjudicator concluded [at paragraph 104] “There is no doubt that this tension would create an impediment to the grievor’s ability to perform his work.”

[40] The second aspect of impairment is dealt with by the adjudicator drawing an inference, from the facts, as he found them, as follows, at paragraph 105:

Second, I conclude that Mr. Chopra’s repeated comments, which went beyond the realm of acceptable scientific debate, impaired his usefulness as a public servant. His attacks on the Minister, his department and his supervisor were repeated and derogatory. There is no doubt in my mind that Mr. Chopra’s conduct in this case seriously impaired his usefulness as a public servant.

[41] These inferences of the impairment to performance of his particular job, and to his perceived effective performance as an impartial public servant, are inferences of fact. There is some evidence to support the first inference, and for the second the determination of a skilled labour adjudicator (here the Chairperson of the P.S.S.R.B.) warrants deference by this Court in accord with the decision of Dickson C.J. in *Fraser*, at page 473.

[38] Les faits en l’espèce ne sont pas comparables à ceux de *Fraser*. Une différence importante est le « climat public » de l’époque considérée, ici caractérisée par la crainte générale d’éventuelles activités terroristes en Amérique du Nord dans la foulée du 11 septembre, facteur inconnu en 1982, lorsque M. Fraser s’en prenait publiquement aux politiques gouvernementales. L’arbitre a pleinement rendu compte de ce facteur dans la présente espèce. Une autre différence est évidemment que les critiques du D<sup>r</sup> Chopra étaient moins « cinglantes et injurieuses » que celles de M. Fraser.

[39] En ce qui concerne l’empêchement possible d’accomplir son travail, le D<sup>r</sup> Chopra soutient qu’on ne lui a rien dit à cet égard, et il n’existe aucune preuve directe de la façon dont l’exécution de ses obligations professionnelles aurait été compromise. Il y avait cependant des éléments de preuve dont l’arbitre a déduit l’existence d’une incidence néfaste, à savoir le témoignage de la supérieure du D<sup>r</sup> Chopra portant que ses critiques publiques du ministre et du Ministère avaient nui à leurs rapports, ainsi que les transcriptions des deux rencontres destinées à établir les faits, qui ont confirmé les relations tendues entre M<sup>me</sup> Kirkpatrick et le D<sup>r</sup> Chopra. « Il est certain [conclut l’arbitre] que ces tensions réduisent la capacité du fonctionnaire s’estimant lésé de faire son travail » [au paragraphe 104].

[40] Le second aspect de l’incidence néfaste est inféré par l’arbitre, qui tire la conséquence suivante des faits tels qu’ils lui ont été présentés, au paragraphe 105 :

Deuxièmement, je conclus que les déclarations répétées de M. Chopra, des déclarations qui allaient au-delà de ce qui constitue un débat scientifique acceptable, sapèrent son utilité comme fonctionnaire. Ses attaques contre le Ministre, contre son Ministère et contre sa superviseure étaient répétées et dérogatoires. Je n’ai aucun doute que sa conduite en l’espèce a sérieusement sapé son utilité comme fonctionnaire.

[41] Ces conclusions selon lesquelles les interventions du D<sup>r</sup> Chopra ont nui à l’exécution de ses obligations professionnelles particulières et miné son aptitude générale à remplir efficacement son rôle de fonctionnaire devant être perçue comme impartial constituent des inférences de fait. Il existe des éléments de preuve étayant la première inférence, et pour ce qui est de la seconde, la décision d’un arbitre du travail qualifié (en

[42] In my opinion, neither inference of fact can be said to be patently unreasonable in the circumstance of this case and there is no basis for the Court to ignore the deference owed to the adjudicator's findings of fact.

### Conclusion

[43] I turn to the ultimate issues. As I read the decision of the adjudicator, it is clear that the nature of Dr. Chopra's public comments was a matter of prime concern. This is set out particularly at paragraphs 96-98 of the decision. After referring to the applicant's "continued and at times aggressive comments in opposition to his employer's policies" which he found unacceptable, and finding that the comments attributed to Dr. Chopra by the media reports accurately reflected the discussions he had with journalists, the adjudicator commented, in part, at paragraphs 96-97:

His attack on the motives of the Minister of Health, regardless of his explanation at the hearing that he meant no harm, was completely unwarranted. . . [it] clearly impugned the integrity and motives of the Minister in charge of his department.

Mr. Chopra's comments . . . show that the grievor was more interested in criticizing and attacking his department than in calming things down. Comments such as "The department feels encouraged by the war" and "Now is the time to hit at people they think are vulnerable" are theatrical in tone, derogatory and unproven in substance.

[44] The assessment of the adjudicator is not unreasonable, that in the circumstances of this case Dr. Chopra had breached the duty of loyalty owed by him as a public servant, by his conduct in expressing his opinions and attributing inappropriate motives to the Minister and to his Department. That conduct, the adjudicator found, impaired his impartiality and effectiveness in discharging his duties and thus was a

l'occurrence le président de la C.R.T.F.P.) mérite la déférence de notre Cour, comme en a conclu le juge en chef Dickson à la page 473 de l'arrêt *Fraser*.

[42] À mon avis, aucune des deux inférences de fait ne peut être considérée manifestement déraisonnable eu égard aux circonstances de la présente espèce, et rien ne justifie que la Cour fasse fi de la retenue judiciaire dont il convient de faire preuve à l'égard des conclusions de fait de l'arbitre.

### Conclusion

[43] Passons maintenant aux questions déterminantes. Il ressort selon moi de sa décision que l'arbitre s'est principalement attaché à examiner la nature des remarques publiques du D<sup>r</sup> Chopra, comme en témoignent en particulier les paragraphes 96 à 98. Après avoir évoqué les « commentaires persistants et parfois agressifs [du demandeur] contestant les politiques de son employeur », commentaires qu'il considère inacceptables, et après avoir conclu que les propos attribués au D<sup>r</sup> Chopra par les journalistes rendaient fidèlement compte des entrevues en question, l'arbitre formule les observations suivantes, aux paragraphes 96 et 97 :

Il n'avait aucune justification pour s'en prendre aux motifs du ministre de la Santé, et ce nonobstant son explication à l'audience, où il a déclaré n'avoir eu aucune intention de nuire [. . .] Cette déclaration [. . .] attaquait clairement l'intégrité et les motifs du Ministre responsable de son Ministère.

Enfin, les commentaires de M. Chopra [. . .] montrent qu'il tenait davantage à critiquer et à attaquer son Ministère qu'à calmer les esprits. Des remarques comme [TRADUCTION] « Le Ministère se sent encouragé par cette guerre » et [TRADUCTION] « Le moment est venu pour lui de s'en prendre aux gens qu'il croit vulnérables » ont une allure théâtrale, en plus d'être dérogatoires et de ne reposer sur aucune preuve.

[44] On ne peut qualifier de déraisonnable l'appréciation de l'arbitre selon laquelle, vu les faits, le D<sup>r</sup> Chopra avait manqué à son obligation de loyauté en tant que fonctionnaire en exprimant de telles opinions et en attribuant des motivations illégitimes au ministre et à son Ministère. Cette conduite, a conclu l'arbitre, portait atteinte à l'impartialité et à l'efficacité auxquelles les fonctionnaires sont tenus et constituait à ce titre un

breach of his duty of loyalty. In the circumstances there is no basis for the Court to intervene to set aside the ultimate assessment of the adjudicator.

[45] No persuasive argument was made to support variation of the penalty imposed on Dr. Chopra, a five-day suspension from work without pay. There is no basis for the Court to vary the penalty, upheld by the adjudicator as “well within the parameters of appropriate discipline.”

[46] An order goes dismissing this application. While both parties requested costs, in my opinion, the application raised an issue of continuing concern, the lawful limits on a public servant’s freedom of opinion and expression guaranteed by the Charter, which limits arise from the duty of loyalty to the employer. In my view, this case assists in refining those limits and each party should bear its own costs.

manquement à l’obligation de loyauté du demandeur. Dans les circonstances, rien n’autorise la Cour à intervenir pour annuler l’appréciation finale de l’arbitre.

[45] Aucun argument convaincant n’a été avancé en faveur d’une modification de la sanction prononcée contre le D’ Chopra, soit une suspension sans traitement de cinq jours. Rien n’autorise la Cour à modifier cette sanction, confirmée par l’arbitre qui la décrit comme « tout à fait justifiée compte tenu des critères applicables aux sanctions disciplinaires ».

[46] Une ordonnance sera prononcée en faveur du rejet de la présente demande. Les deux parties ont demandé les dépens. Or, à mon sens, la présente demande soulevait une question encore d’actualité, soit les limites légitimes qu’il convient d’imposer à la liberté d’opinion et d’expression garantie par la Charte dans le cas des fonctionnaires, lesquelles limites découlent de l’obligation de loyauté envers l’employeur. Comme la présente espèce contribue selon moi à une définition plus précise de ces limites, j’estime que chacune des parties devrait supporter ses propres dépens.



IMM-8156-04  
2005 FC 714

IMM-8156-04  
2005 CF 714

**Lul Mahamed Shafi** (*Applicant*)

**Lul Mahamed Shafi** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

*INDEXED AS: SHAFI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)*

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

Federal Court, Phelan J.—Ottawa, April 13 and May 18, 2005.

Cour fédérale, juge Phelan—Ottawa, 13 avril et 18 mai 2005.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of dismissal of applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) application — Refugee Protection Division (RPD) dismissing applicant's refugee claim on basis not credible re: claimed nationality — RPD so concluding despite granting applicant's sister refugee status a few years before — PRRA officer finding evidence presented by applicant not new evidence pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 113(a), not establishing applicant's nationality — Act, s. 113(a) providing only new evidence PRRA applicant not reasonably expected to have presented at time of rejection by RPD may be presented — Here, affidavits, letter submitted by applicant re: nationality, clan/tribe membership not necessary before RPD in view of RPD's previous findings re: sister — PRRA officer's conclusion evidence not new evidence in accordance with Act, s. 113(a) unreasonable — As to applicant's national identity, PRRA officer finding applicant, witnesses not credible — Act, s. 113(b), Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 167 creating presumption in favour of oral hearing when enumerated factors arising — Here, officer embarking on independent research, reaching conclusions without allowing applicant to address results — Failure to conduct oral hearing breach of principle of natural justice, fairness — Negative inference re: filing of letter instead of affidavit, failure to consider other sources of national identity, conclusions based on independent research all patently unreasonable — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire du rejet de la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) présentée par la demanderesse — La Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté la demande d'asile de la demanderesse après avoir conclu que son assertion quant à sa nationalité n'était pas digne de foi — La SPR est parvenue à cette conclusion bien qu'elle eût reconnu à la sœur de la demanderesse le statut de réfugiée quelques années plus tôt — L'agente d'ERAR a conclu que la preuve produite par la demanderesse ne constituait pas une « preuve nouvelle » conformément à l'art. 113a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, et n'établissait pas la nationalité de la demanderesse — Selon l'art. 113a), le demandeur ne peut présenter que des éléments de preuve à l'égard desquels il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet — En l'espèce, les affidavits et la lettre présentés par la demanderesse afin d'établir sa nationalité et son appartenance au clan ou à la tribu n'étaient pas nécessaires devant la SPR vu les conclusions antérieures de la SPR sur la sœur — La conclusion tirée par l'agente d'ERAR que les preuves nouvelles ne remplissaient pas les conditions de l'art. 113a) de la Loi était déraisonnable — Quant à la nationalité de la demanderesse, l'agente d'ERAR a conclu que la demanderesse et ses témoins n'étaient pas crédibles — L'art. 113b) de la Loi et l'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs qui y sont énumérés sont présents — En l'espèce, l'agente a entrepris des recherches indépendantes et tiré des conclusions mais n'a pas permis à la demanderesse de se faire entendre à ce sujet — Le défaut de tenir une audience constitue une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité — Étaient manifestement déraisonnables l'inférence défavorable tirée du fait qu'un témoin avait déposé par lettre et non par affidavit, la décision de l'agente de ne pas chercher à savoir s'il existait une autre preuve de nationalité et ses conclusions tirées de recherches indépendantes — Demande accueillie.*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Principles of natural justice and fairness — Immigration and Refugee Protection Act, s. 113(b), Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 167 creating presumption in favour of oral hearing when enumerated factors arising — That presumption becoming obligation where decision maker embarking on independent research, rejecting applicant's submissions based on research results without giving applicant opportunity to address those results — Failure to conduct oral hearing breach of principle of natural justice, fairness.*

This was an application for judicial review of the dismissal of the applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) application. The PRRA officer found that the applicant had not explained why new evidence had not been presented at her Refugee Protection Division (RPD) hearing.

The RPD denied the applicant's refugee claim on the basis that she was not credible with respect to her claimed nationality as a Somali, despite having granted the applicant's sister refugee status a few years earlier on the basis of her Somali nationality and her membership in the Somali clan or tribe Reer Baraawe. The PRRA officer found that the evidence presented by the applicant (statutory declarations and a letter from the Executive Director of the Somali Centre for Family Services confirming the applicant's tribe membership) was not "new evidence" pursuant to paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and that in any event, this evidence did not establish the applicant's Somali nationality or her membership in the Reer Baraawe tribe or clan.

*Held*, the application should be allowed.

The PRRA officer's decision was strongly influenced by the RPD's decision, a decision which was itself problematic as it was a clear effort to resile from the RPD's own finding in respect of the sister's positive refugee finding even though there was no evidence that efforts were made to reopen the findings with respect to the sister. Paragraph 113(a) of the Act provides that a PRRA applicant may present "only new evidence . . . that the applicant could not have reasonably been expected in the circumstances to have presented, at the time of rejection [by the RPD]." There was nothing to suggest that the applicant should have anticipated the RPD's attack on her sister's credibility and her own. The two affidavits and one letter submitted by the applicant to establish her nationality and her membership in the Reer Baraawe clan or tribe were not necessary before the RPD in view of the latter's previous findings in respect of the sister. The PRRA officer's

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Principes de justice naturelle et d'équité — L'art. 113b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs qui y sont énumérés sont présents — Cette présomption a valeur d'obligation lorsque l'autorité administrative engage des recherches indépendantes et, se fondant sur ces recherches, tire des conclusions défavorables à l'égard des prétentions de la demanderesse sans lui avoir permis de se faire entendre au sujet de ces recherches — Le défaut de tenir une audience était une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du rejet de la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) présentée par la demanderesse. L'agente d'ERAR a conclu que la demanderesse n'avait pas expliqué pourquoi les preuves nouvelles n'avaient pas été administrées à l'audience de la Section de la protection des réfugiés (SPR).

La demande d'asile de la demanderesse a été refusée par la SPR, celle-ci ayant conclu que son assertion qu'elle était de nationalité somalienne n'était pas digne de foi, bien qu'elle eût reconnu à la sœur de la demanderesse quelques années plus tôt le statut de réfugiée du fait de sa nationalité somalienne et de son appartenance au clan ou tribu somalien Reer Baraawe. L'agente d'ERAR a conclu que les éléments de preuve produits par la demanderesse (déclarations solennelles et lettre du directeur du Somali Centre for Family Services confirmant que la demanderesse faisait partie de la tribu) ne constituaient pas des « preuves nouvelles » conformément à l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et que, de toute façon, ces preuves n'établissaient pas qu'elle était de nationalité somalienne ni qu'elle appartenait à la tribu ou au clan Reer Baraawe.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision de l'agente d'ERAR a été fortement influencée par la décision de la SPR, elle-même une décision problématique en ce qu'elle consistait clairement à revenir sur la conclusion que la SPR avait elle-même tirée lors de la demande d'asile de la sœur, même si rien n'indique que la SPR ait fait quoi que ce soit pour revoir ses conclusions concernant la sœur. Selon l'alinéa 113a) de la Loi, le demandeur ne peut présenter que « des éléments de preuve [. . .] [à l'égard desquels] il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet [par la SPR] ». Rien dans le dossier ne permettait de penser que la demanderesse aurait dû prévoir les conclusions défavorables de la SPR sur la crédibilité de sa sœur et la sienne. Les deux affidavits et la lettre présentés par la demanderesse afin d'établir sa nationalité et son appartenance au clan ou à la tribu Reer Baraawe n'étaient pas nécessaires devant la SPR vu les

conclusion that the new evidence did not meet the requirements of paragraph 113(a) of the Act was therefore unreasonable. The applicant could not have been expected in the circumstances to have presented the evidence to the RPD.

With regard to the question of national identity, the PRRA officer did not find the applicant and her witnesses credible. Paragraph 113(b) of the Act and section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, when read together, raise a presumption in favour of an oral hearing when the factors enumerated in section 167 arise. This presumption is strong where credibility of the type seen here is in issue. The PRRA officer, who did not consider the applicability of these provisions, embarked on independent research, concluded that there was no evidence of the existence of the applicant's clan or tribe, and did not allow the applicant to address the results of this independent research. The failure to conduct an oral hearing was a breach of the principle of natural justice and fairness. The PRRA officer also made patently unreasonable findings of fact. There was no basis for drawing a negative inference from the fact a witness filed a letter rather than an affidavit. The officer's decision to give little weight to the other witnesses' affidavit evidence because that evidence came from a close family friend and a cousin was arbitrary. Section 106 of the Act recognizes the difficulty in providing national identity with the usual documentation from countries having unstable civil administration. The officer failed to consider what other sources of national identity could or should have been produced. Finally, the officer's conclusions based on independent research were not supported by any evidence, and failed to consider evidence presented in the PRRA application.

conclusions antérieures de la SPR sur la sœur. La conclusion tirée par l'agente d'ERAR que les preuves nouvelles ne remplissaient pas les conditions de l'alinéa 113a) de la Loi était donc déraisonnable. Il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce que la demanderesse les ait présentées à la SPR.

Quant à la question de la nationalité, l'agente d'ERAR a conclu que la demanderesse et ses témoins n'étaient pas dignes de foi. L'alinéa 113b) de la Loi et l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, conjugués, créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs énumérés à l'article 167 sont présents. Cette présomption est très forte lorsque se pose la question de la crédibilité telle qu'elle est en cause en l'espèce. L'agente, qui ne s'est pas demandé si ces dispositions étaient applicables, a entrepris des recherches indépendantes et conclu qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence du clan ou de la tribu de la demanderesse, mais ne lui a pas permis de se faire entendre au sujet des résultats de ces recherches. Le défaut de tenir une audience était une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité. L'agente a également tiré des conclusions de fait manifestement déraisonnables. Rien ne justifiait l'inférence défavorable de l'agente du fait qu'un témoin avait déposé par lettre et non par affidavit. La décision de l'agente de ne pas attacher de valeur probante au témoignage par affidavit des autres témoins parce qu'il émane d'un ami intime de la famille et d'un cousin était arbitraire. L'article 106 de la Loi reconnaît la difficulté de prouver la nationalité par les documents habituels provenant de pays qui n'ont pas une administration civile stable. L'agente n'a pas cherché à savoir quelle autre preuve de nationalité pourrait ou devrait être produite. Enfin, les conclusions que l'agente a tirées de ses recherches indépendantes n'étaient étayées d'aucune preuve et elle n'a pas pris en considération les preuves jointes à la demande d'ERAR.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 106, 113(a),(b).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 167, 178 (as am. by SOR/2004-167, s. 49).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Said v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1854 (T.D.) (QL); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 106, 113a),b).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 167, 178 (mod. par DORS/2004-167, art. 49).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Said c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1854 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

APPLICATION for judicial review of the dismissal of the applicant's pre-removal risk assessment application on the basis that new evidence was not presented in accordance with paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and alternatively on the basis that this evidence did not establish the applicant's nationality. Application allowed.

APPEARANCES:

*Jean Lash* for applicant.  
*Lynn Marchildon* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*South Ottawa Community Legal Services*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

PHELAN J.:

BACKGROUND

[1] The applicant is a refused refugee claimant; the Refugee Protection Division (RPD) having concluded that she was not credible with respect to her claimed nationality as a Somali.

[2] Her pre-removal risk assessment (PRRA) application was dismissed firstly on the ground that she had not produced "new evidence" in accordance with paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA); secondly and in any event, her evidence did not establish her Somali nationality.

[3] The PRRA officer found that the applicant had not explained why the "new" evidence was not presented at

*l'Immigration*), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet de la demande d'examen des risques avant renvoi qu'avait présentée la demanderesse pour le motif que celle-ci n'avait pas produit de nouvelle preuve conformément à l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et subsidiairement, que les preuves produites n'établissaient pas sa nationalité. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Jean Lash* pour la demanderesse.  
*Lynn Marchildon* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Services juridiques communautaires du sud d'Ottawa*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE PHELAN :

CONTEXTE

[1] La demanderesse est une demanderesse d'asile déboutée, la Section de la protection des réfugiés (SPR) ayant conclu que son assertion qu'elle était de nationalité somalienne n'était pas digne de foi.

[2] Sa demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a été rejetée pour le motif en premier lieu, qu'elle n'avait pas produit de « preuves nouvelles » conformément à l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la Loi) et, en second lieu et de toute façon, que les preuves qu'elle produisait n'établissaient pas qu'elle était de nationalité somalienne.

[3] L'agente d'examen des risques avant renvoi a conclu que la demanderesse n'avait pas expliqué

the RPD hearing which had denied her claim for refugee protection. In finding against the applicant, the officer drew a negative inference as to credibility from the fact that one of the pieces of new evidence was a letter rather than an affidavit; held that the officer's own research did not provide evidence of the existence of the applicant's tribe; concluded that evidence of the applicant's nationality given by a close family friend and by a cousin held little weight because those individuals were not disinterested in the outcome. The officer reached these conclusions without conducting a hearing into this matter.

[4] The applicant sought judicial review of the PRRA decision. For the following reasons, this judicial review application will be granted.

#### FACTS

[5] The applicant is a 24-year-old single female who claimed that she is a citizen of Somalia. She has a sister in Ottawa who arrived in Canada a few years earlier and whose identity as a Somali and a refugee or person in need of protection had been accepted by the RPD.

[6] The applicant came to Canada in April 2001 via the U.S.A. The RPD concluded, despite the evidence of the applicant and her sister, that her claim to being a Somali national was not credible. A fair reading of this RPD decision is that the RPD did not accept the sister's evidence of their respective Somali nationality. This conclusion was reached despite the RPD previously having granted the sister refugee status on the basis of her Somali nationality, her membership in the Somali clan/tribe Reer Baraawe (or Brava) and the persecution of members of this clan/tribe in Somalia.

[7] In the PRRA decision, the officer dismissed the new evidence which consisted of:

— A statutory declaration of Mr. Ouseman Haji Ibrahim, a Canadian citizen, who swore that he knew the applicant in Somalia, that she had lived in Somalia and he had visited her family from time to time when she was a

pourquoi les « preuves nouvelles » n'avaient pas été administrées à l'audience de la SPR où sa demande du statut de réfugié avait été rejetée. En se prononçant contre la demanderesse, l'agente a tiré une conclusion défavorable sur sa crédibilité du fait que l'un des nouveaux éléments de preuve était une lettre et non un affidavit, que ses propres recherches n'avaient pas trouvé trace de la tribu de la demanderesse, que le témoignage sur la nationalité de la demanderesse, émanant d'un ami intime de la famille et d'un cousin, n'avait guère de valeur probante puisque ceux-ci avaient un intérêt dans l'issue de l'affaire. L'agente est parvenue à ces conclusions sans avoir tenu une audience à ce sujet.

[4] La demanderesse a introduit un recours en contrôle judiciaire contre la décision ERAR. Pour les motifs qui suivent, il y sera fait droit.

#### LES FAITS DE LA CAUSE

[5] La demanderesse est une jeune femme célibataire de 24 ans qui se dit de nationalité somalienne. Elle a à Ottawa une sœur qui est arrivée il y a quelques années, et dont l'identité de Somalienne et de réfugiée ou personne ayant besoin de protection avait été acceptée par la SPR.

[6] La demanderesse est arrivée au Canada en avril 2001 par les États-Unis. La SPR a conclu, malgré son témoignage et celui de sa sœur, que l'assertion qu'elle était de nationalité somalienne n'était pas digne de foi. Il ressort de la décision de la SPR que celle-ci n'ajoutait pas foi au témoignage de la sœur au sujet de leur nationalité somalienne. Elle est parvenue à cette conclusion bien qu'elle eût auparavant reconnu à cette dernière le statut de réfugiée du fait de sa nationalité somalienne, de son appartenance au clan ou tribu somalien Reer Baraawe (ou Brava) et de la persécution des membres de ce clan/tribu en Somalie.

[7] Dans la décision ERAR, l'agente a rejeté les nouveaux éléments de preuve consistant en ce qui suit :

— la déclaration solennelle d'un M. Ouseman Haji Ibrahim, citoyen canadien, qui affirmait sous serment qu'il connaissait la demanderesse en Somalie, qu'elle avait vécu dans ce dernier pays et qu'il avait rendu visite

baby. He also confirmed that she was a member of the Brava clan. He was a cousin of the applicant's mother and had last seen her in 1990 before seeing her again in Canada in 2001;

— A statutory declaration of a Mr. Mohamed Rashid Haji, a Canadian citizen who attested to his own membership in the Brava clan, his knowledge that the applicant was from the same clan, acquainted with her father and her grandfather who also was a member of the Reer Baraawe minority in Somalia;

— A letter from Mr. Abdinzak Kasod, Executive Director of the Somali Centre for Family Services in Ottawa stating that the applicant was a member of the Reer Baraawe minority tribe in Somalia.

[8] In rejecting the applicant's evidence, the officer made the following critical findings or reached the following conclusions:

— The RPD decision turned on credibility and having reviewed it and the applicant's submission, the officer accepted the RPD's conclusion on credibility;

— The new evidence did not meet the requirements of paragraph 113(a) of IRPA and should not be accepted;

— Even considering the new evidence, it does not establish Somali or tribal/clan identity;

— Mr. Karod should have been aware of the decision in *Said v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1854 (T.D.) (QL) and therefore should have filed an affidavit rather than a letter; (the officer drew a negative inference from his failure to do so);

— Mr. Karod failed to explain how he knew that the applicant was a member of the Reer Baraawe tribe and the officer's own independent research did not provide any information on such a tribe or clan in Somalia;

à sa famille de temps en temps quand elle était un nourrisson. Il confirmait aussi qu'elle faisait partie du clan Brava. Il était un cousin de la mère de la demanderesse, et l'avait vue la dernière fois en 1990 avant de la revoir au Canada en 2001;

— la déclaration solennelle d'un M. Mohamed Rashid Haji, citoyen canadien, qui affirmait que lui-même faisait partie du clan Brava, qu'il savait que la demanderesse appartenait au même clan, qu'il connaissait son père et son grand-père qui appartenaient également à la minorité Reer Baraawe en Somalie;

— une lettre émanant de M. Abdinzak Kasod, directeur du Somali Centre for Family Services à Ottawa, qui affirmait que la demanderesse faisait partie de la tribu minoritaire Reer Baraawe en Somalie.

[8] L'agente a fait les constatations cruciales ou tiré les conclusions suivantes pour rejeter les éléments de preuve produits par la demanderesse :

— la décision de la SPR portait sur la crédibilité et, après examen de cette décision et des preuves produites par la demanderesse, l'agente a fait sienne la conclusion de la SPR sur la crédibilité;

— les preuves nouvelles ne satisfont pas aux conditions prescrites par l'alinéa 113a) de la Loi et ne sont pas admissibles;

— à supposer même qu'elles soient prises en considération, elles n'établissent pas la nationalité somalienne ou l'appartenance à la tribu ou au clan en question;

— M. Karod aurait dû être au courant de la décision *Said c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1854 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), et soumettre un affidavit au lieu d'une lettre (l'agente a tiré une conclusion défavorable de ce défaut);

— M. Karod n'a pas expliqué comment il savait que la demanderesse appartenait à la tribu Reer Baraawe et les recherches indépendantes effectuées par l'agente elle-même n'avaient mis au jour aucune information sur

— The two affidavits came from persons identified as a close family friend and a cousin each of whom are not disinterested in the outcome;

— The documents filed were entitled to little weight.

### ANALYSIS

[9] There are two key issues in this case:

(a) Whether the new documents meet the requirements of IRPA paragraph 113(a);

(b) Whether the decision on the facts should be subject to judicial review.

[10] The standard of review with respect to the first issue is correctness as to law and reasonableness *simpliciter* as to the application of the facts to the law. The standard of review with respect to the officer's factual analysis is patent unreasonableness.

### PARAGRAPH 113(a) CONSIDERATIONS

[11] The relevant provision of IRPA reads as follows:

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

[12] The officer, in reaching the conclusion that the evidence did not fall within paragraph 113(a), was significantly influenced by the RPD decision. That RPD decision is itself problematic as it is a clear effort to

l'existence d'une tribu ou d'un clan de ce nom en Somalie;

— les deux affidavits émanaient de deux personnes respectivement identifiées comme étant un ami intime de la famille et un cousin, auxquels l'issue de l'affaire n'était pas indifférente;

— les documents versés au dossier n'avaient guère de valeur probante.

### ANALYSE

[9] Deux questions principales se posent en l'espèce, savoir :

a) si les documents nouveaux satisfont aux conditions de l'alinéa 113(a) de la Loi;

b) si la décision sur les faits est susceptible de contrôle judiciaire.

[10] La norme de contrôle judiciaire applicable à la première question ci-dessus est celle de la décision correcte sur le plan juridique et de la décision raisonnable *simpliciter* pour ce qui est de l'appréciation des faits au regard de la loi. La norme applicable à l'appréciation des faits par l'agente en l'espèce est celle de la décision manifestement déraisonnable.

### APPLICATION DE L'ALINÉA 113(a)

[11] La disposition de la Loi en jeu en l'espèce est la suivante :

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;

[12] L'agente, dans sa conclusion que les preuves nouvelles produites ne remplissaient pas la condition prévue à l'alinéa 113(a), a été fortement influencée par la décision de la SPR. Celle-ci est elle-même problématique

resile from the RPD's own finding in respect of the sister's positive refugee finding that the sister was Somali, a member of the specific tribe and subject to persecution. That decision suggests an opaque finding that the two are not sisters. The RPD's decision raises a question of whether there was an issue of estoppel both with respect to the sister's and the applicant's nationality. There is no evidence that any efforts have been made to reopen the findings with respect to the sister. There was no finding that they were not in fact sisters. Therefore it must be taken that the two sisters, similarly situated, received very different treatment by the RPD.

[13] For purposes of this judicial review, the relevant phrase of paragraph 113(a) is the right of a PRRA applicant to present "only new evidence . . . that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of rejection [by the RPD]".

[14] It is difficult to contemplate a better witness as to the applicant's identity than her sister whose claim was almost identical to that of the applicant and whose claim had been accepted by the same decision making body. There is nothing before the Court which would suggest that the applicant should have anticipated the RPD's attack on the applicant and, more importantly, her sisters's credibility.

[15] The officer is critical of the applicant and her counsel for not explaining why the new evidence, two affidavits and a letter, was not before the RPD. With respect, the answer seems obvious: that there was no need for this type of evidence in view of the previous findings of the RPD in respect of the sister. At least on the point of national identity, if one sister was found to be Somali by birth, except for some unusual circumstances, the other sister would also be found to be Somali.

[16] Therefore, the Court finds that the officer's conclusion that the new evidence did not meet the requirements of paragraph 113(a) of IRPA is not reasonable because the applicant could not reasonably

que en ce qu'elle consiste clairement à revenir sur la conclusion que la SPR avait tirée elle-même lors de la demande d'asile de la sœur, savoir que celle-ci était Somalienne, qu'elle appartenait à la tribu en question et qu'elle était en proie à la persécution. Cette décision signifie obscurément que les deux ne sont pas sœurs. La décision de la SPR engage à se demander s'il ne se pose pas la question de la préclusion pour question déjà tranchée au sujet de la nationalité de la demanderesse comme de sa sœur. Rien n'indique que la SPR ait fait quoi que ce soit pour revoir ses conclusions concernant la sœur. Elle n'a jugé nulle part que les deux n'étaient pas en fait deux sœurs. Il faut donc en conclure que les deux sœurs, qui sont dans la même situation, ont été traitées très différemment l'une de l'autre par la SPR.

[13] Pour notre propos, le passage pertinent de l'alinéa 113a) concerne le droit d'un demandeur de ne présenter que « des éléments de preuve [. . .] qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet [par la SPR] ».

[14] Il est difficile d'imaginer meilleur témoin sur l'identité de la demanderesse que sa sœur dont la demande d'asile, qui était presque identique à la sienne propre, avait été accueillie par la même autorité. Rien dans le dossier soumis à la Cour ne permet de penser que la demanderesse aurait dû prévoir les conclusions défavorables de la SPR sur son cas et, ce qui est plus important encore, sur la crédibilité de sa sœur.

[15] L'agente reproche à la demanderesse et à son avocate de ne pas avoir expliqué comment les preuves nouvelles, savoir deux affidavits et une lettre, n'avaient pas été produites devant la SPR. La réponse paraît évidente : elles n'étaient pas nécessaires vu les conclusions antérieures de la SPR sur la sœur. Sur la question de la nationalité à tout le moins, s'il est jugé qu'une sœur est Somalienne de naissance, il faut conclure, sauf circonstances extraordinaires, que l'autre sœur est aussi Somalienne.

[16] En conséquence, la Cour juge que la conclusion tirée par l'agente que les preuves nouvelles ne remplissaient pas les conditions de l'alinéa 113a), n'est pas raisonnable parce qu'il n'était pas raisonnable, dans



have been expected in the circumstances to have presented the evidence to the RPD.

#### FACTUAL CONSIDERATION—NATIONAL IDENTITY

[17] As the officer went on to consider the issue of whether national identity had been established, it is necessary to deal with that finding. While the standard of review of the factual finding is patent unreasonableness, where the process of reaching that conclusion involves issues of fairness, natural justice or law, the standard is correctness.

[18] The respondent argues that since the finding of national identity is based on sufficiency of evidence, there was no requirement to hold a hearing pursuant to IRPA paragraph 113(b) and section 167 of the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227]; each of which reads:

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

(b) a hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;

**167.** For the purpose of determining whether a hearing is required under paragraph 113(b) of the Act, the factors are the following:

(a) whether there is evidence that raises a serious issue of the applicant's credibility and is related to the factors set out in sections 96 and 97 of the Act;

(b) whether the evidence is central to the decision with respect to the application for protection; and

(c) whether the evidence, if accepted, would justify allowing the application for protection.

[19] The officer's finding of sufficiency of evidence cannot be divorced from the officer's credibility findings. The first of these findings is the officer's adoption of the RPD's credibility conclusions. While that conclusion alone may not be sufficient to trigger the

les circonstances, de s'attendre à ce que la demanderesse les ait présentées à la SPR.

#### APPRÉCIATION DES FAITS—LA NATIONALITÉ

[17] Puisque l'agente s'est ensuite attachée à examiner si la nationalité était prouvée, il est nécessaire de se prononcer sur sa conclusion en la matière. La norme de contrôle judiciaire applicable aux conclusions de fait est celle de la décision manifestement déraisonnable, mais quand le processus aboutissant à cette conclusion met en jeu des principes d'équité, de justice naturelle ou de droit, la norme applicable est celle de la décision correcte.

[18] Le défendeur soutient que puisque la conclusion sur la nationalité est fondée sur le caractère suffisant des éléments de preuve, il n'est pas nécessaire de tenir une audience en application de l'alinéa 113(b) de la Loi et de l'article 167 du Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227], lesquels portent respectivement ce qui suit :

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit :

[. . .]

b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

**167.** Pour l'application de l'alinéa 113(b) de la Loi, les facteurs ci-après servent à décider si la tenue d'une audience est requise :

a) l'existence d'éléments de preuve relatifs aux éléments mentionnés aux articles 96 et 97 de la Loi qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité du demandeur;

b) l'importance de ces éléments de preuve pour la prise de la décision relative à la demande de protection;

c) la question de savoir si ces éléments de preuve, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que soit accordée la protection.

[19] La conclusion de l'agente sur le caractère suffisant des preuves prises en compte ne peut être séparée de ses conclusions sur la crédibilité. La première de ces conclusions est celle par laquelle elle a fait sienne la conclusion de la SPR sur la crédibilité. Bien que cette

need for a hearing, that conclusion combined with the officer's adverse inference about a letter in lieu of an affidavit and the comments about not finding any information about the clan or tribe, leads to the conclusion that the officer did not find the applicant and her witnesses to be believable.

[20] Paragraph 113(b) of IRPA and section 167 of the Regulations do not create a statutory obligation to conduct an oral hearing even where credibility is in issue.

[21] However, the two sections when read together raise a presumption in favour of an oral hearing where the enumerated factors arise. This is nothing more than a codification of some of the principles of natural justice and of fairness.

[22] In this case, the officer never considered the applicability of these provisions. Moreover where credibility of this type is in issue, the presumption in favour of an oral hearing is strong. It becomes more than a presumption where the decision-maker embarks on independent research, concludes in the negative as to the applicant's submission and never allows the applicant to address the results of this independent research.

[23] The Court is of the view that the failure to conduct an oral hearing was, at the very least, a breach of the principle of natural justice and fairness.

[24] The officer's factual conclusions can only be reviewed on a standard of patent unreasonableness which is defined as "unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures." The decision is said to be patently unreasonable where "it was made arbitrarily or in bad faith, it cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors." *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 41 and 29.

conclusion ne suffise pas à elle seule à rendre nécessaire la tenue d'une audience, sa conjugaison avec la conclusion défavorable de l'agente sur la valeur probante de la lettre par opposition à un affidavit et son observation qu'elle n'avait pu trouver aucune information sur l'existence du clan ou de la tribu en question, engage à conclure qu'elle n'a pas trouvé dignes de foi la demanderesse et les témoins cités par cette dernière.

[20] L'alinéa 113b) de la Loi et l'article 167 du Règlement ne font pas obligation de tenir une audience lors même que la crédibilité est en cause.

[21] Cependant, ces deux dispositions, conjuguées, créent une présomption en faveur de la tenue d'une audience lorsque les facteurs énumérés sont présents. Il n'y a là rien de plus que la codification de certains principes de justice naturelle et d'équité.

[22] En l'espèce, l'agente ne s'est à aucun moment demandé si ces dispositions étaient applicables. Qui plus est, lorsque se pose la question de la crédibilité telle qu'elle est en cause en l'espèce, la présomption en faveur de la tenue d'une audience est très forte. Elle est même davantage qu'une présomption lorsque l'autorité administrative engage des recherches indépendantes, tire des conclusions défavorables des éléments de preuve produits par la demanderesse et ne permet jamais à cette dernière de se faire entendre au sujet des résultats de ces recherches.

[23] La Cour estime que le défaut de tenir une audience était, à tout le moins, une atteinte au principe de justice naturelle et d'équité.

[24] La norme applicable au contrôle judiciaire des conclusions de fait de l'agente est celle de la décision manifestement déraisonnable, qui est définie comme étant la décision « déraisonnable à première vue, non étayée par la preuve ou viciée par l'omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d'appliquer la procédure appropriée ». La décision est jugée manifestement déraisonnable si elle est « prise arbitrairement ou de mauvaise foi, [si elle] n'est pas étayée par la preuve ou [si] le ministre a omis de tenir compte des facteurs pertinents »; voir *Suresh c. Canada (Ministre de*

[25] The first factual finding subject to attack is the negative inference drawn because a witness filed a letter rather than an affidavit. The officer based this conclusion on the premise that the witness should have known of the Court's decision in *Said v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1854 (T.D.) (QL).

[26] There are two points to be made in regard to this conclusion. The first is that the decision does not hold that a letter is not acceptable evidence or that identity has to be established by affidavit. The second is that the decision is an unreported consent order of Justice Lutfy (as he then was) which the applicant said was, at that time, only available upon request to the Court. There is no sound basis for the officer's conclusion or the drawing of a negative inference. The officer might reject the letter for non-compliance with section 178 [as am. by SOR/2004-167, s. 49] of the Regulations but there is no basis for drawing a negative inference.

[27] The officer gives little weight to the other witnesses' affidavit evidence because it comes from a close family friend and a cousin. The officer fails to explain from whom such evidence should come other than friends and family. Section 106 of IRPA recognizes the difficulty in providing national identity with the usual documentation (birth certificates, passports, etc.) from countries having unstable civil administration.

[28] The officer failed to consider what other sources of national identity could or should have been produced when she rejected the sworn affidavit of two Canadian citizens. There must be a better basis for rejecting this evidence otherwise the decision is plainly arbitrary.

[29] Lastly, the officer engaged in independent research from which she concluded that there was no evidence of the Reer Baraawe tribe/clan. This conclusion clearly affects the officer's determination as to proof of national identity. It also goes to the officer's credibility findings.

*la Citoyenneté et de l'Immigration*), [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 41 et 29.

[25] La première conclusion de fait contestée est la conséquence défavorable tirée de ce qu'un témoin a déposé par lettre et non par affidavit. L'agente a fondé cette conclusion sur la prémisse que ce témoin aurait dû être au courant de la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Said c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1854 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[26] Il y a deux points à relever à ce sujet. Le premier est que la décision invoquée ne pose pas qu'une lettre est inacceptable ou que l'identité doit être prouvée par affidavit. Le second est qu'il s'agit d'une ordonnance non motivée du juge Lutfy (tel était alors son titre) qui, d'après le demandeur n'était à l'époque disponible que sur demande à la Cour. Rien ne justifie la conclusion ou l'inférence défavorable de l'agente. Elle pourrait déclarer la lettre inadmissible en preuve pour défaut de conformité avec l'article 178 [mod. par DORS/2004-167, art. 49] du Règlement, mais rien ne justifie d'en tirer une conclusion défavorable.

[27] L'agente n'attache guère de valeur probante au témoignage par affidavit des deux autres témoins parce qu'il émane d'un ami intime de la famille et d'un cousin. Elle n'explique pas qui d'autre que des amis et des parents devrait donner ce genre de témoignage. L'article 106 de la Loi reconnaît la difficulté de prouver la nationalité par les documents habituels (certificats de naissance, passeports, etc.) provenant de pays qui n'ont pas une administration civile stable.

[28] L'agente n'a pas cherché à savoir quelle autre preuve de nationalité pourrait ou devrait être produite lorsqu'elle a rejeté l'affidavit établi sous serment par deux citoyens canadiens. Il faut qu'il y ait un meilleur motif pour rejeter ce témoignage, autrement la décision est clairement arbitraire.

[29] Enfin, elle a entrepris des recherches indépendantes dont elle a conclu qu'il n'y a aucune preuve de l'existence de la tribu ou du clan Reer Baraawe. Cette conclusion affecte visiblement sa décision quant à la preuve de la nationalité, ainsi que ses conclusions sur la crédibilité.

[30] Assuming, without concluding, that a PRRA officer may conduct independent research, there are at least two further requirements. Firstly, it has to be full, fair and accurate research. Secondly, where it is to be used against a party, that party is entitled to notice and to an opportunity to be heard on the results of the research.

[31] The tribe/clan and its members are also referred to in evidence and other documents by various spelling similar to Reer Baraawe (i.e. Brava). The people are referred to as Bravanese or similar spellings. There are several references to the Bravanese clan in the documents listed under the heading "Summary of Supporting Documents" which was attached to the applicant's PRRA application. These are documents from such organizations as the UNHCR, Amnesty International and U.S. Department of State.

[32] Since there is no evidence of how or what was independently researched by the officer and yet there exists documents which refer to the applicant's tribe/clan (or a reasonable approximation), the officer's conclusions are not supported by any evidence and the officer failed to consider evidence presented in the PRRA application.

[33] For these reasons the Court finds that the officer's decision does not adhere to the principles of natural justice and fairness and is patently unreasonable.

## CONCLUSIONS

[34] For these reasons, the application for judicial review will be granted. An order will be issued quashing the PRRA decision and remitting the matter back for a determination by a different officer.

[35] At the time of the hearing, the parties did not believe that there was a question for certification. In fairness to the parties, I will refrain from issuing the order for 14 days from the issuance of these reasons (subject to no enforcement action under the PRRA decision) to allow the parties to consider their position and make submissions on a certified question, if they have altered their position.

[30] À supposer, sans le décider, qu'un agent chargé de l'évaluation des risques avant renvoi puisse entreprendre des recherches indépendantes, il y a au moins deux autres conditions. En premier lieu, il faut que ces recherches soient complètes, justes et exactes. En second lieu, si elles sont invoquées contre une partie, cette partie a le droit d'en être informée et de se faire entendre au sujet de leurs résultats.

[31] La tribu ou le clan et ses membres sont aussi mentionnés dans les preuves et d'autres documents sous diverses orthographes proches de Reer Baraawe (c.-à-d. « Brava »). Ces gens sont appelés Bravanais ou un nom dont la graphie s'y apparente. On trouve nombre de mentions du clan Bravanais dans les documents joints à la demande ERAR de la demanderesse sous la rubrique « Sommaire des documents à l'appui ». Il s'agit de documents émanant d'organismes comme le HCNUR, Amnistie Internationale et le Département d'État des États-Unis.

[32] Comme il n'y a aucune preuve sur l'objet ou les méthodes des recherches indépendantes effectuées par l'agente et qu'il existe des documents où est mentionné la tribu ou le clan de la demanderesse (ou une approximation raisonnable), les conclusions de l'agente à ce sujet ne s'appuient sur aucune preuve et elle n'a pas pris en considération les preuves jointes à la demande ERAR.

[33] Pour ces motifs, la Cour conclut que la décision de l'agente ne se conforme pas aux principes de justice naturelle et d'équité, et est manifestement déraisonnable.

## CONCLUSIONS

[34] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. Une ordonnance sera rendue pour annuler la décision ERAR et renvoyer l'affaire pour nouvelle instruction par un autre agent.

[35] À l'audience, les parties ne pensaient pas qu'il y ait une question à certifier. Pour être juste envers elles, je ne rendrai pas l'ordonnance pendant les 14 jours qui suivent le prononcé des présents motifs (à condition qu'il n'y ait pas de mesure d'exécution de la décision ERAR) pour qu'elles aient le temps de revoir leur position et de présenter leurs conclusions sur la question de la certification au cas où elles auraient changé d'avis.

A-595-04  
2005 FCA 140

A-595-04  
2005 CAF 140

**Hoffmann-La Roche Limited** (*Appellant*)

**Hoffmann-La Roche Limited** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Health and The Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Le ministre de la Santé et le procureur général du Canada** (*intimés*)

*INDEXED AS: HOFFMANN-LA ROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : HOFFMANN-LA ROCHE LTD. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Rothstein, Sharlow and Malone JJ.A.—Toronto, March 2; Ottawa, May 12, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Sharlow et Malone, J.C.A.—Toronto, 2 mars; Ottawa, 12 mai 2005.

*Patents — Practice — Appeal from F.C.'s dismissal of application for order requiring Minister of Health to add two patents to patent register — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4 requiring patent list to be submitted at same time as notice of compliance (and consequently at same time as new drug submission) — Appellant submitting patent list when supplemental new drug submission filed to reflect new manufacturing site — Minister refusing to list patents — Appellant, relying on Apotex v. Canada (Minister of Health), arguing "submission" in NOC Regulations, s. 4 meaning either new drug submission or supplemental new drug submission — Since Apotex, supplemental new drug submissions excluded from scope of NOC Regulations, s. 4 when made only because of name change — Same exclusion applying to change in manufacturing site — Principle for exclusion must be related to purpose of NOC Regulations, i.e. prevention of patent infringement — Change in name, manufacturing site, not relevant to potential infringement claim, thus outside scope of NOC Regulations, s. 4 — Appeal dismissed.*

*Brevets — Pratique — Appel d'une décision de la C.F. rejetant la demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé d'ajouter deux brevets au registre des brevets — L'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) exige que la liste de brevets soit soumise au moment du dépôt de l'avis de conformité (donc en même temps que la présentation de drogue nouvelle) — L'appelante a soumis sa liste de brevets lorsqu'elle a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle afin d'indiquer de nouvelles installations de fabrication — Le ministre a refusé d'inscrire les brevets au registre — S'appuyant sur Apotex c. Canada (Ministre de la Santé), l'appelante a fait valoir que le terme « demande » à l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés peut désigner soit une présentation de drogue nouvelle, soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle — Depuis Apotex, les suppléments à la présentation de drogue nouvelle échappent à l'application de l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés lorsqu'ils sont déposés uniquement à cause d'un changement de la marque nominative — La même exclusion s'applique au changement des installations de fabrication — Le principe sur lequel est fondé l'exclusion doit être lié à l'objet du Règlement sur les médicaments brevetés, soit empêcher la contrefaçon de brevets — Le changement de la marque nominative ou des installations de fabrication ne peut avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet, et ne tombe donc pas sous le coup de l'application de l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés — Appel rejeté.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant's application for an order requiring the Minister of Health to add two patents to the patent register in respect of medicine sold in Canada under the brand name "Herceptin."

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la demande de l'appelante qui cherchait à obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé d'ajouter deux brevets au registre des brevets à l'égard d'un médicament vendu au Canada sous le nom commercial « Herceptin ».

No drug may be marketed in Canada unless it is the subject of a "notice of compliance" issued by the Minister under the

Aucune drogue ne peut être commercialisée au Canada à moins de faire l'objet d'un « avis de conformité » délivré par

*Food and Drug Regulations*. To obtain such a notice, a manufacturer (the appellant in the present instance) must provide the Minister with a “new drug submission” that establishes the drug’s safety and efficacy. If the manufacturer also wishes to submit a patent list, section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) requires that this be done at the time the submission for a notice of compliance is filed.

In the case at bar, the appellant did not submit its patent lists at the time it filed its new drug submissions for “Herceptin.” Rather, the appellant submitted those lists when it filed a supplemental new drug submission for “Herceptin” to reflect an additional drug substance manufacturing site.

The Minister refused to list the appellant’s patents on the patent register because the application for doing so was not submitted within the deadlines set out in section 4 of the NOC Regulations.

The basis of the appellant’s argument was that the term “submission” in section 4 of the NOC Regulations may mean either a new drug submission or a supplemental new drug submission. The appellant relied on *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)*, in which it was held that a manufacturer was entitled to have a patent listed in relation to drugs for which supplemental new drug submissions had been filed.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Since *Apotex*, supplemental new drug submissions have been excluded from the scope of section 4 of the NOC Regulations when they are made only because of a change in the brand name of the drug or the manufacturer. The same exclusion applies to a supplemental new drug submission that is made only because of a change of the manufacturing site. However, contrary to the Federal Court Judge’s comment that a supplemental new drug submission is outside the scope of section 4 of the NOC Regulations unless it relates in some way to the safety and efficacy of the drug, these Regulations have no bearing on the assessment of safety or efficacy. The principle for exclusion must be related to the purpose of the Regulations, i.e. the prevention of patent infringement by providing certain drug manufacturers with certain advantages (such as the right to be notified when a generic drug manufacturer has applied for a notice of compliance, and the right to apply under section 6 of the NOC Regulations to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance to the generic manufacturer). A change in the name of a drug or a drug manufacturer, or a change of manufacturing site, is not relevant to any potential claim for infringement of a patent for

le ministre conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*. Pour obtenir cet avis, le fabricant (l’appelante en l’espèce) doit fournir au ministre une « présentation de drogue nouvelle » qui démontre l’innocuité et l’efficacité de la drogue. Si le fabricant tient également à soumettre une liste de brevets, l’article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* exige que cela soit fait au moment du dépôt de la demande d’avis de conformité.

En l’espèce, l’appelante n’a pas soumis ses listes de brevets au moment du dépôt des présentations de drogue nouvelle pour l’« Herceptin ». Elle a plutôt soumis ces listes lorsqu’elle a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour l’« Herceptin » afin d’indiquer de nouvelles installations pour la fabrication de la drogue.

Le ministre a refusé d’inscrire les brevets de l’appelante au registre des brevets parce que la demande d’inscription n’a pas été soumise dans les délais indiqués à l’article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*.

L’argument de l’appelante avait pour fondement que le terme « demande » à l’article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* peut désigner soit une présentation de drogue nouvelle, soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle. L’appelante s’est appuyée sur *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, décision dans laquelle il a été jugé que le fabricant avait le droit de faire inscrire au registre le brevet concernant les drogues à l’égard desquelles les suppléments à la présentation de drogue nouvelle avaient été déposés.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Depuis *Apotex*, les suppléments à la présentation de drogue nouvelle échappent à l’application de l’article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* lorsqu’ils sont déposés uniquement à cause d’un changement de la marque nominative du médicament ou du nom du fabricant. La même exclusion s’applique à un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé uniquement à cause du changement des installations de fabrication. Toutefois, contrairement au commentaire du juge de la Cour fédérale, selon lequel un supplément à la présentation de drogue nouvelle échappe à l’application de l’article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* sauf s’il est lié d’une façon ou d’une autre à l’innocuité ou à l’efficacité de la drogue, le *Règlement* n’a aucune incidence sur l’évaluation de l’innocuité et de l’efficacité. Le principe sur lequel est fondée l’exclusion doit être lié à l’objet du *Règlement*, soit empêcher la contrefaçon de brevets en procurant à certains fabricants de médicament quelques avantages (comme le droit d’être informé de toute tentative d’un autre fabricant de drogues d’obtenir un avis de conformité et le droit de présenter une demande en vertu de l’article 6 du *Règlement sur les*

a medicine found in the drug, and is thus outside the scope of section 4 of the NOC Regulations. Patent holders should not be permitted to use such a change to submit patent lists not submitted within the deadlines and thus enhance the advantage they obtain under the NOC Regulations.

*médicaments brevetés (avis de conformité)* afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant du produit générique). Le changement de la marque nominative d'une drogue, du nom du fabricant d'une drogue ou des installations de fabrication ne peut avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet concernant un médicament contenu dans la drogue, et ne tombe donc pas sous le coup de l'application de l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Il ne devrait pas être permis aux titulaires de brevets d'utiliser une telle modification pour soumettre des listes de brevets qui n'avaient pas déjà été soumises dans les délais et ainsi renforcer les avantages qu'ils obtiennent en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.003 (as am. by SOR/95-411, s. 6).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 6 (as am. *idem*, ss. 5, 9; 99-379, s. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 371; 165 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *affd* (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.); *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155; 310 N.R. 186; 2003 FCA 274; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318; 199 F.T.R. 142 (F.C.T.D.); *affd* (2002), 16 C.P.R. (4th) 425; 288 N.R. 24; 2002 FCA 32; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232; 227 F.T.R. 261; 2002 FCT 927; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58; 253 F.T.R. 195; 2004 FC 736; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 FCA 154.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 38 C.P.R. (4th) 47; 2004 FC 1547) dismissing the appellant's application for an order requiring the Minister of Health to add two patents to the patent register in respect of a medicine sold in Canada under the brand name "Herceptin." Appeal dismissed.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.003 (mod. par DORS/95-411, art. 6).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 6 (mod., *idem*, art. 5, 9; 99-379, art. 3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 371; 165 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (C.A.F.); *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155; 310 N.R. 186; 2003 CAF 274; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318; 199 F.T.R. 142 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (2002), 16 C.P.R. (4th) 425; 288 N.R. 24; 2002 CAF 32; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232; 227 F.T.R. 261; 2002 CFPI 927; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58; 253 F.T.R. 195; 2004 CF 736; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 CAF 154.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2004), 38 C.P.R. (4th) 47; 2004 FC 1547) rejetant la demande de l'appelante qui cherchait à obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé d'ajouter deux brevets au registre des brevets à l'égard d'un médicament vendu au Canada sous le nom commercial « Herceptin ». Appel rejeté.

## APPEARANCES:

*Gunars A. Gaikis and Nancy P. Pei* for appellant.  
*F.B. Woyiwada* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal of a judgment of the Federal Court (*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 47), dismissing the application of Hoffmann-La Roche Limited for an order requiring the Minister of Health to add Canadian Patent No. 1218613 (the '613 patent) and Canadian Patent No. 1341082 (the '082 patent) to the patent register in respect of trastuzumab 21 mg/ml lyophilized powder, a medicine used in the treatment of patients with breast cancer and sold in Canada under the brand name "Herceptin". The Minister refused to list the two patents because the application for listing was submitted too late.

[2] The patent register is maintained by the Minister pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133. For the purposes of this appeal, it is necessary to understand certain elements of the scheme of those Regulations and the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.

[3] No drug may be marketed in Canada unless it is the subject of a "notice of compliance" issued by the Minister under the *Food and Drug Regulations*. To obtain a notice of compliance, the manufacturer must provide the Minister with specified information in the form of a "new drug submission". If the Minister is satisfied as to the drug's safety and efficacy, then a notice of compliance is issued. The safety and efficacy of a proposed new drug may be established either by proof in the form of detailed clinical studies, or by establishing that the proposed new drug is equivalent to another drug

## ONT COMPARU :

*Gunars A. Gaikis et Nancy P. Pei* pour l'appelante.  
*F.B. Woyiwada* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Smart & Biggar*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale (*Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 47) rejetant la demande d'Hoffmann-La Roche Limited qui cherchait à obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé d'ajouter le brevet canadien n° 1218613 (le brevet '613) et le brevet canadien n° 1341082 (le brevet '082) au registre des brevets à l'égard de la poudre lyophilisée de 21 mg/ml de trastuzumab, un médicament utilisé dans le traitement des patientes souffrant de cancer du sein et vendu au Canada sous le nom commercial « Herceptin ». Le ministre a refusé d'inscrire les deux brevets sur la liste parce que la demande d'inscription avait été soumise trop tard.

[2] Le ministre tient un registre des brevets en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133. Aux fins du présent appel, il faut comprendre certains éléments du régime établi par ledit règlement et par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.

[3] Aucune drogue ne peut être commercialisée au Canada à moins de faire l'objet d'un « avis de conformité » délivré par le ministre conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*. Pour obtenir un avis de conformité, le fabricant doit fournir au ministre des renseignements précis dans une « présentation de drogue nouvelle ». Si le ministre est convaincu de l'innocuité et de l'efficacité de la drogue, il délivre un avis de conformité. L'innocuité et l'efficacité d'une drogue nouvelle projetée peuvent être démontrées à l'aide d'études cliniques détaillées ou en établissant que



(a Canadian reference product), that has already been established to be safe and effective.

[4] Typically, a drug manufacturer that owns or is licensed to use a patent for a medicine found in a drug will file a “new drug submission” that contains detailed clinical studies, while a generic drug manufacturer will file an “abbreviated new drug submission” that makes a comparison to a Canadian reference product. Such a comparison becomes the link between the *Food and Drug Regulations* and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* if, but only if, the manufacturer of the Canadian reference product has submitted a patent list to be included in the patent register in respect of that product. The listed patents are those that are owned by or licensed to the manufacturer, and that contain a claim for the medicine, or for the use of the medicine, found in the drug.

[5] Where there is a patent list for a Canadian reference product, the Minister is not entitled to issue a notice of compliance for the generic version unless a specified notice is first given to the manufacturer of the Canadian reference product. That notice may result in an application by the manufacturer under section 6 [as am. by SOR/98-166, ss. 5, 9; 99-379, s. 3] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance for the generic product.

[6] If a section 6 application is commenced, the Minister is precluded from issuing a notice of compliance to the generic drug manufacturer for a certain period of time. This statutory stay runs for 24 months unless terminated earlier by the expiry of the patent, by a declaration that the patent is not valid or that a non-infringement allegation is justified, or by the withdrawal, discontinuance or dismissal of the section 6 proceedings. The period of the statutory stay may be shortened or lengthened by the court in certain circumstances.

la drogue nouvelle projetée est l'équivalent d'une autre drogue (produit de référence canadien) dont on a déjà établi qu'elle est sûre et efficace.

[4] En général, le fabricant de drogues qui, à titre de propriétaire ou de titulaire de licence, peut utiliser un brevet relatif à un médicament qui se trouve dans une drogue déposera une « présentation de drogue nouvelle » contenant les résultats d'études cliniques détaillées alors que le fabricant de drogues génériques soumettra une « présentation abrégée de drogue nouvelle » établissant une comparaison avec un produit de référence canadien. Cette comparaison crée le lien entre le *Règlement sur les aliments et drogues* et le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* si, mais seulement si, le fabricant du produit de référence canadien a soumis une liste de brevets à inclure au registre des brevets à l'égard de ce produit. Les brevets inscrits au registre sont ceux dont le fabricant est propriétaire ou à l'égard desquels il détient une licence et qui contiennent une revendication pour le médicament ou pour l'utilisation du médicament contenu dans la drogue.

[5] Lorsqu'il existe une liste de brevets à l'égard d'un produit de référence canadien, le ministre n'est pas autorisé à délivrer un avis de conformité pour la version générique à moins qu'un avis formel soit d'abord donné au fabricant du produit de référence canadien. Cet avis peut amener le fabricant à déposer une demande en vertu de l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5, 9; 99-379, art. 3] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité pour le produit générique.

[6] Si une demande est présentée en vertu de l'article 6, le ministre ne peut délivrer un avis de conformité au fabricant de drogues génériques pendant un certain délai. Le délai prévu est de 24 mois, sauf s'il est interrompu plus tôt par suite de l'expiration du brevet, d'un jugement déclaratoire portant que le brevet n'est pas valide ou qu'une allégation de non-contrefaçon est justifiée, ou du retrait, du désistement ou du rejet de la demande présentée en vertu de l'article 6. Le tribunal peut abrégé ou proroger ce délai dans certaines circonstances.

[7] It is clear that the manufacturer of a drug that contains a medicine that is the subject of a patent obtains significant benefits by listing the patent on the patent register maintained under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. One benefit is the legal right to be notified of any attempt by another drug manufacturer to obtain a notice of compliance for a generic form of the drug. Another is the availability of the statutory stay. The listing of a patent is the gateway to those benefits.

[8] Drug manufacturers are subject to rather strict deadlines for submitting an application to have a patent listed under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Those deadlines are set out in section 4 [as am. by SOR/98-166, s. 3], the relevant parts of which read as follows:

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

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(a) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(b) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(c) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(d) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(e) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(b) or (c), or the name and address in Canada of

[7] Il est clair que le fabricant d'une drogue contenant un médicament visé par un brevet obtient des avantages importants en inscrivant le brevet au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. L'un de ces avantages est le droit d'être informé de toute tentative d'un autre fabricant de drogues d'obtenir un avis de conformité pour une forme générique de la drogue. Un autre avantage est la possibilité de se prévaloir du délai prévu par le Règlement. L'inscription d'un brevet au registre constitue le moyen d'avoir accès à ces avantages.

[8] Les fabricants de drogues sont soumis à des délais plutôt stricts en ce qui concerne le dépôt d'une demande d'inscription d'un brevet au registre en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Ces délais sont indiqués à l'article 4 [mod. par DORS/98-166, art. 3], dont voici les passages pertinents :

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

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants :

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

c) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

d) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

e) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)b) ou c), ou les nom et adresse au Canada d'une autre

another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

[9] I turn now to the facts of this case. On or about October 1, 1998, Hoffmann-La Roche filed a new drug submission for “Herceptin”. No patent list was submitted in respect of that new drug submission. A notice of compliance was issued for “Herceptin” on August 13, 1999.

[10] The ‘613 patent, entitled “Recombinant Immunoglobulin Preparations”, was filed in Canada on April 9, 1984, and granted on March 3, 1987. As indicated above, when Hoffmann-La Roche filed its new drug submission for “Herceptin” in October of 1998, it did not apply under subsection 4(3) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to have the ‘613 patent listed. The record gives no reason for that omission. It is undisputed that the ‘613 patent would have been eligible for listing it if had been submitted within the deadline.

[11] The ‘082 patent, entitled “Method of Treating Tumour Cells by Inhibiting Growth Factor Receptor Function”, was filed in Canada on January 12, 1989, and granted on August 8, 2000. Within 30 days of the granting of the ‘082 patent, Hoffmann-La Roche could have applied under subsection 4(4) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to have the ‘082 patent included on the patent list for “Herceptin”. Again, the record gives no reason for that omission. It is undisputed that the ‘082 patent would have been included on the patent list for “Herceptin” if Hoffmann-La Roche had made such a timely application.

personne qui peut en recevoir signification avec le même effet que s’il s’agissait de la personne elle-même.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d’avis de conformité.

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d’avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d’un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d’avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

[9] Je vais maintenant examiner les faits de la présente affaire. Le 1<sup>er</sup> octobre 1998 ou aux environs de cette date, Hoffmann-La Roche a déposé une présentation de drogue nouvelle pour l’« Herceptin ». Aucune liste de brevets n’a été soumise à l’égard de cette présentation de drogue nouvelle. Un avis de conformité a été délivré pour l’« Herceptin » le 13 août 1999.

[10] Le brevet ‘613, intitulé « Préparations d’immunoglobine recombinante », a été déposé au Canada le 9 avril 1984 et a été délivré le 3 mars 1987. Comme je l’ai indiqué ci-dessus, lorsqu’elle a déposé sa présentation de drogue nouvelle pour l’« Herceptin » en octobre 1998, Hoffmann-La Roche n’a pas demandé en vertu du paragraphe 4(3) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* à faire inscrire le brevet ‘613 au registre. Aucun élément au dossier n’explique cette omission. Les parties s’entendent pour reconnaître que le brevet ‘613 aurait été admissible à l’inscription au registre s’il avait été soumis dans les délais.

[11] Le brevet ‘082, intitulé « Procédé de traitement de tumeurs par inhibition fonctionnelle du récepteur du facteur de croissance cellulaire », a été déposé au Canada le 12 janvier 1989 et a été délivré le 8 août 2000. Dans les 30 jours de la délivrance du brevet ‘082, Hoffmann-La Roche aurait pu faire une demande en vertu du paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour faire inclure le brevet ‘082 dans la liste de brevets pour l’« Herceptin ». Encore une fois, aucun élément au dossier n’explique cette omission. Les parties s’entendent pour reconnaître que le brevet ‘082 aurait été

[12] On May 10, 2002, Hoffmann-La Roche filed a supplemental new drug submission for "Herceptin" to reflect an additional drug substance manufacturing site. That supplemental new drug submission was required because of the combined operation of subsection C.08.003(1) and paragraph C.08.003(2)(d) of the *Food and Drug Regulations*, which read as follows [section C.08.003 (as am. by SOR/95-411, s. 6)]:

**C.08.003.** (1) Notwithstanding section C.08.002, no person shall sell a new drug in respect of which a notice of compliance has been issued to the manufacturer of that new drug and has not been suspended pursuant to section C.08.006, if any of the matters specified in subsection (2) are significantly different from the information or material contained in the new drug submission or abbreviated new drug submission, unless:

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister

(i) a supplement to that new drug submission, or

(ii) a supplement to that abbreviated new drug submission;

(b) the Minister has issued a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the supplement;

(c) the notice of compliance in respect of the supplement has not been suspended pursuant to section C.08.006; and

(d) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any label, including any package insert, product brochure and file card, intended for use in connection with the new drug, where a change with respect to any of the matters specified in subsection (2) is made that would require a change to the label.

(2) The matters specified for the purposes of subsection (1), in relation to the new drug, are the following:

(a) the description of the new drug;

(b) the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;

(c) the specifications of the ingredients of the new drug;

(d) the plant and equipment used in manufacturing, preparation and packaging the new drug;

inclus dans la liste de brevets pour l'« Herceptin » si Hoffmann-La Roche avait présenté la demande à temps.

[12] Le 10 mai 2002, Hoffmann-La Roche a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour l'« Herceptin » afin d'indiquer de nouvelles installations pour la fabrication de la drogue. Ce supplément à la présentation de drogue nouvelle devait être déposé par suite de l'effet combiné du paragraphe C.08.003(1) et de l'alinéa C.08.003(2)d) du *Règlement sur les aliments et drogues*, dont voici le texte [l'article C.08.003 (mod. par DORS/95-411, art. 6)]:

**C.08.003.** (1) Malgré l'article C.08.002, il est interdit de vendre une drogue nouvelle à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré à son fabricant et n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006, lorsqu'un des éléments visés au paragraphe (2) diffère sensiblement des renseignements ou du matériel contenus dans la présentation de drogue nouvelle ou la présentation abrégée de drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies:

a) le fabricant de la drogue nouvelle a déposé auprès du ministre:

(i) soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle,

(ii) soit un supplément à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

b) le ministre a délivré au fabricant un avis de conformité relativement au supplément;

c) l'avis de conformité relatif au supplément n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006;

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons de toute étiquette—y compris une notice jointe à l'emballage, un dépliant et une fiche sur le produit—destinée à être utilisée pour la drogue nouvelle, dans le cas où la modification d'un des éléments visés au paragraphe (2) nécessite un changement dans l'étiquette.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), les éléments ayant trait à la drogue nouvelle sont les suivants:

a) sa description;

b) sa marque nominative ou le nom ou code sous lequel il est proposé de l'identifier;

c) les spécifications de ses ingrédients;

d) les installations et l'équipement à utiliser pour sa fabrication, sa préparation et son emballage;

(e) the method of manufacture and the controls used in manufacturing, preparation and packaging the new drug;

(f) the tests applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug;

(g) the labels used in connection with the new drug;

(h) the representations made with regard to the new drug respecting

(i) the recommended route of administration of the new drug,

(ii) the dosage of the new drug,

(iii) the claims made for the new drug,

(iv) the contra-indications and side effects of the new drug, and

(v) the withdrawal period of the new drug; and

(i) the dosage form in which it is proposed that the new drug be sold.

(3) A supplement to a new drug submission or to an abbreviated new drug submission, with respect to the matters that are significantly different from those contained in the submission, shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug in relation to those matters.

[13] Hoffmann-La Roche included in its supplemental new drug submission an application to list the '613 and '082 patents on the patent register. In doing so, Hoffmann-La Roche was relying on jurisprudence from this Court that the term "submission" in section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* may mean either a new drug submission or a supplemental new drug submission: *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 371 (F.C.T.D., per Justice McGillis); affirmed (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.).

[14] It is important to understand the factual context for the *Apotex* decision. The case involved the drug "Paxil", which was manufactured by SmithKline Beecham Pharma Inc. "Paxil" contains the medicine paroxetine. In 1993, SmithKline had been issued a notice of compliance approving the sale of "Paxil" in Canada for the treatment of depression. In 1994, a patent application was filed in Canada for paroxetine tablets

e) la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour sa fabrication, sa préparation et son emballage;

f) les analyses effectuées pour contrôler son activité, sa pureté, sa stabilité et son innocuité;

g) les étiquettes à utiliser pour la drogue nouvelle;

h) les observations faites relativement :

(i) à la voie d'administration recommandée pour la drogue nouvelle,

(ii) à sa posologie,

(iii) aux propriétés qui lui sont attribuées,

(iv) à ses contre-indications et à ses effets secondaires,

(v) au délai d'attente applicable à celle-ci;

i) sa forme posologique proposée pour la vente.

(3) Le supplément à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle doit contenir, à l'égard des éléments qui diffèrent sensiblement de ce qui figure dans la présentation, les renseignements et le matériel nécessaires pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle relativement à ces éléments.

[13] Hoffmann-La Roche a inclus dans son supplément à la présentation de drogue nouvelle une demande d'inscription des brevets '613 et '082 au registre de brevets. Ce faisant, elle s'appuyait sur la jurisprudence de la Cour selon laquelle le terme « demande » à l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* peut désigner soit une présentation de drogue nouvelle, soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle : *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 371 (C.F. 1<sup>re</sup> inst., la juge McGillis); confirmée par (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (C.A.F.).

[14] Il est important de comprendre le contexte factuel de la décision *Apotex*. Il s'agissait dans cette affaire du « Paxil » qui est fabriqué par SmithKline Beecham Pharma Inc. Le « Paxil » contient comme ingrédient médicamenteux de la paroxétine. En 1993, SmithKline avait obtenu un avis de conformité approuvant la vente du « Paxil » au Canada pour le traitement de la dépression. En 1994, une demande de brevet a été

and a process to prepare them. In 1995, SmithKline filed two supplemental new drug submissions to seek approval to sell "Paxil" for the treatment of obsessive compulsive disorder and panic disorder. Notices of compliance for the new indications were issued in 1995. In 1997, the patent filed in 1994 was issued. It was held that SmithKline was entitled to have the paroxetine tablet patent listed in relation to the drugs for which the supplemental new drug submissions had been filed in 1995.

[15] Since 1999, drug manufacturers have been testing the limits of *Apotex*. Broadly speaking, patent holders seem to be attempting to establish that if section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* applies to a supplemental new drug submission, the filing of a supplemental new drug submission is an opportunity for the patent holder to make an application to list a patent for which a prior deadline was missed. The attempt has failed where the supplemental new drug submission was required only because of a change in the brand name of the drug, the name of the manufacturer or both: *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155 (F.C.A.); *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.); affirmed (2002), 16 C.P.R. (4th) 425 (F.C.A.); *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232 (F.C.T.D.); *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58 (F.C.) (appeal pending).

[16] In *Ferring*, *Bristol-Myers* and *Toba*, there was either a finding or a suggestion that the name change was adopted as a strategy to avoid the filing deadlines in the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. There was no such finding or suggestion in *AstraZeneca*.

[17] In *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 31 C.P.R. (4th) 321 (F.C.A.), section 4

déposée au Canada relativement aux comprimés de paroxétine et à un procédé permettant leur fabrication. En 1995, SmithKline a déposé deux suppléments à sa présentation de drogue nouvelle afin d'obtenir l'autorisation de vendre le « Paxil » pour le traitement du trouble obsessionnel compulsif et du trouble panique. Les avis de conformité concernant les nouvelles indications ont été délivrés en 1995. Le brevet demandé en 1994 a été délivré en 1997. Il a été jugé que SmithKline avait le droit de faire inscrire au registre le brevet relatif aux comprimés de paroxétine en ce qui concerne les drogues à l'égard desquelles les suppléments à la présentation de drogue nouvelle avaient été déposés en 1995.

[15] Depuis 1999, les fabricants de médicaments testent les limites de la décision *Apotex*. De façon générale, les titulaires de brevets semblent chercher à établir que si l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* s'applique à un supplément à la présentation de drogue nouvelle, le dépôt d'un tel supplément constitue pour le titulaire d'un brevet l'occasion de demander l'inscription au registre d'un brevet à l'égard duquel un délai antérieur n'a pas été respecté. La tentative a échoué lorsque le supplément à la présentation de drogue nouvelle était simplement requis à cause du changement de la marque nominative du médicament, du nom du fabricant ou des deux à la fois : *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155 (C.A.F.); *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmée par (2002), 16 C.P.R. (4th) 425 (C.A.F.); *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58 (C.F.) (appel en instance).

[16] Dans *Ferring*, *Bristol-Myers* et *Toba*, on a soit conclu soit laissé entendre que le changement de nom était une stratégie pour échapper aux délais de dépôt des demandes prévus par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Ce type de stratégie n'a pas été constaté ou évoqué dans *AstraZeneca*.

[17] Dans *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 31 C.P.R. (4th) 321 (C.A.F.), il a été

of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* was held to apply to a supplemental new drug submission that was not part of a strategy adopted to circumvent the filing deadlines. However, it was also found in that case that the supplemental new drug submission related to a new indication for the medicine.

[18] In this case, it is conceded that the change of manufacturing site and the filing of the supplemental new drug submission were *bona fide*, in the sense that Hoffmann-La Roche did not change its manufacturing site for the purpose of circumventing the filing deadlines. Hoffmann-La Roche argues that the facts of this case are not distinguishable from the facts in *Abbott*, and that the Minister should be obliged to list the '613 and '082 patents.

[19] However, the Minister argues that the governing jurisprudence is represented by *Ferring, Bristol-Myers Squibb* and *Toba*. The Minister says that although it was found in each of those cases that the drug manufacturer was pursuing a strategy for extending the filing deadline, the actual basis for the decision in each case was the need to avoid any extension of the filing deadline that is not consistent with the statutory scheme. By the same reasoning, the Minister submits that Hoffmann-La Roche should not be permitted to use a supplemental new drug submission filed in respect of a change of manufacturing site as a gateway to the benefits of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*.

[20] The logic of the Minister's position is compelling. The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* operate through a linkage to the *Food and Drug Regulations*. The two regulations use identical terminology. It was by considering the two schemes together that Justice McGillis was able to conclude, in *Apotex*, that the word "submission" in section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* could mean either a new drug submission or a supplemental new drug submission. However, she reached that conclusion in a particular factual context, in which a relatively expansive reading

était que l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* s'appliquait à un supplément à la présentation de drogue nouvelle qui ne s'inscrivait pas dans une stratégie ayant pour but de contourner les délais de dépôt des demandes. Cependant, il a aussi été établi dans cette affaire que le supplément à la présentation de drogue nouvelle visait une nouvelle indication pour le médicament.

[18] En l'espèce, il est admis que le changement du lieu de fabrication et le dépôt d'un supplément à la présentation de drogue nouvelle ont été faits de bonne foi, en ce sens que Hoffmann-La Roche n'a pas changé ses installations de fabrication dans le but de contourner les délais prescrits. Hoffmann-La Roche soutient que les faits de la présente espèce ne sont pas différents des faits dans *Abbott* et que le ministre devrait être obligé d'inscrire au registre les brevets '613 et '082.

[19] Le ministre soutient toutefois que les décisions applicables sont *Ferring, Bristol-Myers Squibb* et *Toba*. Il affirme que, même s'il a été établi dans chacune de ces décisions que le fabricant de la drogue appliquait une stratégie visant à proroger les délais de dépôt des demandes, dans chaque cas, la décision reposait sur la nécessité d'éviter une prorogation des délais de dépôt des demandes qui ne serait pas compatible avec le régime réglementaire. En suivant le même raisonnement, le ministre soutient que Hoffmann-La Roche ne devrait pas être autorisée à utiliser un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé relativement au changement des installations de fabrication comme moyen d'avoir accès aux avantages du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*.

[20] La logique de la position du ministre est convaincante. Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* s'applique de concert avec le *Règlement sur les aliments et drogues*. Les deux règlements utilisent une terminologie identique. C'est en examinant ensemble ces deux régimes réglementaires que la juge McGillis a pu conclure dans *Apotex* que le terme « demande » à l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pouvait désigner soit une présentation de drogue nouvelle, soit un supplément à la présentation de drogue nouvelle. Cependant, elle a tiré cette conclusion dans un contexte

of section 4 was consistent with the statutory scheme. She did not decide that section 4 would necessarily apply to every possible supplemental new drug submission.

[21] After *Apotex*, it became apparent that unless some supplemental new drug submissions are found to be outside the scope of section 4, the time limit set out in that provision may be rendered useless. Gradually, exclusions have been recognized for supplemental new drug submissions that are made only because of a change in the brand name of the drug or the manufacturer. In my view, the Minister was correct in this case to recognize the same exclusion for a supplemental new drug submission that is made only because of a change of the manufacturing site.

[22] It is argued for Hoffmann-La Roche that there is no principled basis upon which to make a distinction between those supplemental new drug submissions that are, and those that are not, within the scope of section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*.

[23] In paragraph 24 of the reasons for decision under appeal, it is suggested that a supplemental new drug submission is outside the scope of section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* unless it relates in some way to the safety or efficacy of the drug. This reflects the following comment, found in paragraph 37 of *AstraZeneca*:

The operation of the [*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*] is connected with the assessment of the safety and efficacy of pharmaceutical products, pursuant to the *Food and Drug Regulations*. It is reasonable to conclude that the underlying submission for a patent list be related to the purpose of that regulatory scheme. In the present case, that relationship is not apparent. The underlying submission is only for an administrative change in the record of the manufacturer's name.

factuel particulier où une interprétation relativement large de l'article 4 était conforme au régime réglementaire. Elle n'a pas statué que l'article 4 s'appliquerait nécessairement à tout supplément à une présentation de drogue nouvelle, sans aucune restriction.

[21] Depuis *Apotex*, il est devenu évident que, à moins qu'un supplément à la présentation de drogue nouvelle soit considéré comme échappant à l'application de l'article 4, le délai fixé dans cette disposition peut être rendu inutile. Progressivement, on a reconnu des exclusions pour des suppléments à la présentation de drogue nouvelle déposés uniquement à cause d'un changement de la marque nominative du médicament ou du nom du fabricant. À mon avis, le ministre a eu raison en l'espèce d'appliquer la même exclusion à un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé uniquement à cause du changement des installations de fabrication.

[22] Il est allégué pour Hoffmann-La Roche qu'il n'existe aucun critère fondé sur des principes permettant d'établir une distinction entre les suppléments à la présentation de drogue nouvelle qui sont visés par l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* et ceux qui ne le sont pas.

[23] Suivant le paragraphe 24 des motifs du jugement visés par le présent appel, un supplément à la présentation de drogue nouvelle échappe à l'application de l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, sauf s'il est lié d'une façon ou d'une autre à l'innocuité ou à l'efficacité de la drogue. C'est ce qui ressort du commentaire suivant que l'on trouve au paragraphe 37 de la décision *AstraZeneca* :

Il existe un lien entre l'application du [*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*] et l'appréciation de l'innocuité et de l'efficacité des produits pharmaceutiques qui doit être faite conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*. Il est raisonnable de conclure que la demande sous-jacente d'inscription d'une liste de brevets au registre doit être compatible avec les objectifs visés par ce régime réglementaire. Or, dans le cas qui nous occupe, ce lien n'est pas évident : la demande sous-jacente vise seulement à apporter un changement administratif au dossier par la modification du nom du fabricant.



[24] The safety and efficacy of drugs is dealt with in the *Food and Drug Regulations*. Contrary to the statement quoted above, the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* have no bearing on the assessment of safety or efficacy. Although they are linked to the *Food and Drug Regulations*, their purpose is to prevent patent infringement by providing certain drug manufacturers with the advantages described above. Thus, I am not persuaded that there is a rational basis for limiting the scope of section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to supplemental new drug submissions that have some bearing on the safety or efficacy of the drug.

[25] It does not follow that there is no principled basis for excluding some supplemental new drug submissions from the scope of section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. However, the principle for exclusion must be related to the purpose of the Regulations, which is the prevention of patent infringement. A change in the name of a drug or a drug manufacturer, or a change of manufacturing site, cannot possibly be relevant to any potential claim for infringement of a patent for a medicine found in the drug. There is no justification for permitting patent holders to use such a change to enhance the advantage they obtain under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Thus, a supplemental new drug submission is outside the scope of section 4 if it is filed to reflect a change in the name of a drug or a drug manufacturer, or a change of manufacturing site.

[26] I would dismiss this appeal with costs.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[24] La question de l'innocuité et de l'efficacité des drogues est abordée dans le *Règlement sur les aliments et drogues*. Contrairement à l'énoncé cité ci-dessus, le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* n'a aucune incidence sur l'évaluation de l'innocuité et de l'efficacité. Même si ce dernier règlement est lié au *Règlement sur les aliments et drogues*, son objet est d'empêcher la contrefaçon de brevets en offrant à certains fabricants de drogues les avantages décrits plus haut. Je ne suis donc pas convaincue qu'il existe un motif rationnel de limiter l'application de l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* aux seuls suppléments à la présentation de drogue nouvelle qui ont une certaine importance en ce qui a trait à l'innocuité ou l'efficacité de la drogue.

[25] Il ne s'ensuit pas qu'il n'existe aucun critère fondé sur des principes permettant d'exclure certains suppléments à la présentation de drogue nouvelle de l'application de l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Cependant, le principe sur lequel est fondée l'exclusion doit être lié à l'objet du Règlement, soit empêcher la contrefaçon de brevets. Le changement de la marque nominative d'une drogue, du nom du fabricant d'une drogue ou des installations de fabrication ne peut avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet concernant un médicament contenu dans la drogue. Rien ne justifie que l'on permette aux titulaires de brevet d'utiliser une telle modification pour renforcer les avantages qu'ils obtiennent en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Donc, un supplément à la présentation de drogue nouvelle ne tombe pas sous le coup de l'application de l'article 4 s'il est déposé afin d'indiquer le changement de la marque nominative d'une drogue, le changement du nom du fabricant ou le changement des installations de fabrication.

[26] Je rejeterais le présent appel avec dépens.

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

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

T-1405-04  
2005 FC 566

T-1405-04  
2005 CF 566

**Trans-Pacific Shipping Co. (Applicant)**

**Trans-Pacific Shipping Co. (demanderesse)**

v.

c.

**Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) and  
Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis)  
(Respondents)**

**Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) et  
Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis)  
(défenderesses)**

**INDEXED AS: TRANS-PACIFIC SHIPPING CO. v. ATLANTIC &  
ORIENT SHIPPING CORP. (BVI) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : TRANS-PACIFIC SHIPPING CO. c. ATLANTIC &  
ORIENT SHIPPING CORP. (BVI) (C.F.)**

Federal Court, Dawson J.—Vancouver, April 11;  
Ottawa, April 27, 2005.

Cour fédérale, juge Dawson—Vancouver, 11 avril;  
Ottawa, 27 avril 2005.

*Judges and Courts — Prothonotaries — Motion for order declaring Prothonotary's order null and void, of no force and effect — Foreign judgment granted in England by arbitral tribunal appointed under charter party agreement — Prothonotary granting application under former Federal Court Rules, 1998, s. 327 for order registering foreign judgment on ex parte basis, authorizing issuance of writ of execution — Bunkers on board respondent's ship seized — Writ of execution stayed upon posting of security held in trust — Subsequently Federal Court of Appeal concluding in TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine prothonotary not having jurisdiction under Rules to determine applications to register foreign judgments — Federal Court of Appeal judgment binding — Motion allowed.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Requête en vue d'obtenir une ordonnance déclarant l'ordonnance du protonotaire nulle et non avenue — Jugement étranger rendu en Angleterre par un tribunal d'arbitrage désigné conformément à un contrat de charte-partie — Conformément à l'art. 327 des anciennes Règles de la Cour fédérale (1998), un protonotaire a accueilli sur une base ex parte la demande d'ordonnance portant enregistrement d'un jugement étranger et autorisant la délivrance d'un bref de saisie-exécution — Les soutes qui se trouvaient à bord du navire de la défenderesse ont été saisies — L'exécution du bref a été suspendue pourvu qu'un cautionnement soit déposé et détenu en fidécommiss — La Cour d'appel fédérale a subséquemment conclu, dans l'arrêt TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine, qu'un protonotaire n'a pas compétence en vertu des Règles pour trancher les demandes d'enregistrement de jugements étrangers — Le jugement de la Cour d'appel fédérale lie la Cour fédérale — Requête accueillie.*

*Practice — Judgment and Orders — Prothonotary making ex parte order for registration, recognition of foreign judgment — Under s. 329(1), affidavit supporting registration request must be accompanied by exemplified or certified copy of foreign judgment — In present case, final award simply document signed by two men before witnesses — Affiant, applicant's legal representative, attesting to accuracy of copy of arbitral award — Affidavit also containing statement deponent having no knowledge of impediment to registration, recognition or enforcement of arbitration award — Evidence based on information and belief accepted since respondents not challenging accuracy of hearsay information, not requesting cross-examination — Purpose of s. 329(1) to ensure Court only recognizing and enforcing valid, enforceable foreign judgments — Arbitral award complying with requirements of s. 329(1) and order issued for*

*Pratique — Jugement et ordonnances — Un protonotaire a rendu une ordonnance ex parte portant enregistrement et reconnaissance d'un jugement étranger — Selon l'art. 329(1), l'affidavit à l'appui de la demande d'enregistrement doit être accompagné d'une copie certifiée conforme ou authentifiée du jugement étranger — Dans la présente affaire, la sentence finale est simplement un document signé par deux messieurs devant témoins — Dans son affidavit, le déposant, qui était le représentant personnel de la demanderesse, a attesté l'exactitude d'une copie de la sentence arbitrale et déclaré qu'il ne connaissait aucun obstacle à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale — La preuve fondée sur des renseignements tenus pour avérés était acceptée, parce que les défenderesses n'ont pas contesté l'exactitude de la preuve par oui-dire ni demandé de contre-interrogatoire — L'objet de l'art. 329(1) est de veiller*

*registration, recognition — S. 392(2) providing for issuance of orders nunc pro tunc — Order generally effective from time order endorsed, signed or made — Court having discretion to make order registering foreign judgment on nunc pro tunc basis — Case law establishing principle no one ought to be prejudiced by act of Court — If registration of arbitral award not antedated, applicant suffering prejudice from Court's failure to communicate relevant information before assigning application to prothonotary.*

These were consolidated motions brought after a Prothonotary, under rule 327 of the former *Federal Court Rules, 1998* (Rules), granted on an *ex parte* basis the applicant's application for an order registering a foreign judgment granted in its favour against the Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) ("BVI") in London, England, by an arbitral tribunal. The arbitral tribunal had been appointed under the terms of a charter party agreement between the applicant and BVI. The July 2004 order also authorized the issuance of a writ of execution to be served upon the master or an officer of the respondent's ship, *M/V Norsund*. The bunkers on board the ship were seized pursuant to the writ of execution and, upon motion by Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) ("Nevis"), execution of the writ was stayed upon the posting of security for \$ 200,000 to be held in trust. That security remains in trust, pending resolution of a related action in Court file T-1843-04. A few months later, in *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, the Federal Court of Appeal held that a prothonotary does not have jurisdiction to determine applications that are brought pursuant to rules 327-334 to register foreign judgments. By direction, the Prothonotary notified the parties in this case of the *TMR Energy* decision, which prompted the present motions. The combined issues were whether the arbitral award should be registered and, if so, whether the order registering, recognizing and enforcing the arbitral award should be made *nunc pro tunc*; whether an order should issue declaring the Prothonotary's order to be void and of no force and effect; and whether this proceeding should be consolidated with the proceeding in Court file T-1843-04.

*Held*, the motions should be allowed, except the motion to consolidate which should be dismissed.

*à ce que la Cour reconnaisse et exécute uniquement les jugements étrangers valides et opposables — La sentence arbitrale respecte les exigences de l'art. 329(1) et une ordonnance portant enregistrement et reconnaissance de ladite sentence a été rendue — L'art. 392(2) permet de délivrer des ordonnances avec effet rétroactif — Une ordonnance prend généralement effet au moment où elle est consignée, signée ou rendue — La Cour fédérale possède le pouvoir discrétionnaire voulu pour rendre une ordonnance portant enregistrement d'un jugement étranger avec effet rétroactif — Selon un principe établi dans la jurisprudence, nul ne devrait être lésé par la conduite de la Cour — Si l'enregistrement de la sentence arbitrale n'est pas antedaté, la demanderesse subira un préjudice découlant de l'omission par la Cour de communiquer des renseignements pertinents avant de renvoyer la demande au protonotaire.*

Il s'agissait de requêtes réunies qui ont été présentées après qu'un protonotaire eut accueilli sur une base *ex parte*, conformément à la règle 327 des anciennes *Règles de la Cour fédérale (1998)* (Règles), la demande de la demanderesse en vue d'obtenir une ordonnance portant enregistrement d'un jugement étranger qu'avait rendu en sa faveur un tribunal d'arbitrage de Londres (Angleterre) contre l'Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) («BVI»). Le tribunal d'arbitrage avait été désigné conformément à un contrat de charte-partie intervenu entre la demanderesse et BVI. L'ordonnance rendue en juillet 2004 autorisait également la délivrance d'un bref de saisie-exécution devant être signifié au capitaine ou à un officier du navire de la défenderesse, le *M/V Norsund*. Les soutes qui se trouvaient à bord du navire ont été saisies conformément au bref de saisie-exécution et, à la requête d'Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) («Nevis»), l'exécution du bref a été suspendue pourvu que soit déposé un cautionnement de 200 000 \$ qui serait détenu en fidéicommis. Le cautionnement est toujours détenu en fidéicommis jusqu'au règlement d'une action connexe dans le dossier de la Cour T-1843-04. Quelques mois plus tard, dans *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'un protonotaire n'a pas compétence pour trancher les demandes d'enregistrement de jugements étrangers présentées en application des règles 327 à 334. Dans une directive, qui est à l'origine des présentes requêtes, le protonotaire a avisé les parties en l'espèce de la décision rendue dans *TMR Energy*. Les questions à trancher étaient de savoir si la sentence arbitrale devrait être enregistrée; si, dans l'affirmative, l'ordonnance portant enregistrement, reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale devrait être rendue avec effet rétroactif; s'il y aurait lieu de rendre une ordonnance déclarant nulle et non avenue l'ordonnance du protonotaire; et si l'instance devrait être réunie avec celle du dossier de la Cour portant le numéro T-1843-04.

*Jugement* : les requêtes doivent être accueillies, sauf la requête en réunion d'instances, qui doit être rejetée.

Since the Federal Court of Appeal's decision in *TMR Energy* was binding, the application ought to have been put before a judge of the Court for adjudication. Because it was put before a prothonotary, the resulting order of registration was a nullity.

The *de novo* application for registration was based upon the material that was originally filed and placed before the Court. It was never argued by the respondents that the materials placed before the Court in the original application were inadequate or deficient to support registration of the arbitral award nor were any steps ever taken to set aside the Prothonotary's order. Subsection 329(1) of the Rules requires that the affidavit supporting the request for registration of a foreign judgment be accompanied by "an exemplified or certified copy of the foreign judgment". What was provided was an affiant's evidence that he had personal knowledge of the matters deposed to, that he had the original arbitral award in his possession and that what he attached as Exhibit A to his affidavit was a true copy of the final award. (The final award was simply an agreement signed by two gentlemen comprising the arbitration panel before two witnesses.) The affiant, the applicant's legal representative, attested to the accuracy of the copy exhibited to his affidavit and stated that, after careful inquiry, he knew of no impediment to registration of the arbitral award. The rationale under subsection 81(1) of the Rules for requiring a deponent to have personal knowledge of matters set out in his or her affidavit is that any deponent's evidence should be capable of meaningful testing on cross-examination. Where no challenge is made to the accuracy of the hearsay information, and where no request for cross-examination is ever made, that rationale is not violated by accepting evidence given on information and belief in an application. First-hand evidence ought to have been brought with respect to the absence of any impediment to registration. But the purpose of the requirements of subsection 329(1) of the Rules is to ensure that this Court only recognize and enforce valid and enforceable foreign judgments. Following the registration of the award, there was never any suggestion that it contained any deficiencies or that there was any impediment to its registration, recognition or enforcement. Without endorsing any departure from the Rules, refusing registration would elevate form over substance and would not secure the just determination of the proceeding on its merits, as required by rule 3. Given the circumstances of the case, there was sufficient evidence before the Court to comply with all of the requirements of subsection 329(1), and the arbitral award should be registered.

Étant donné que le jugement que la Cour d'appel fédérale a rendu dans *TMR Energy* liait la Cour fédérale, la demande d'enregistrement aurait dû être présentée devant un juge de celle-ci. Étant donné qu'elle a été présentée devant un protonotaire, l'ordonnance portant enregistrement qui en a résulté était nulle.

La nouvelle demande d'enregistrement était fondée sur les documents qui avaient initialement été déposés et portés à l'attention de la Cour. Les défenderesses n'ont nullement soutenu que les documents présentés à la Cour dans la demande initiale étaient insuffisants ou incomplets aux fins de l'enregistrement de la sentence arbitrale et aucune mesure visant à faire radier l'ordonnance du protonotaire n'a été prise. Le paragraphe 329(1) des Règles exige que l'affidavit à l'appui de la demande d'enregistrement d'un jugement étranger soit accompagné d'une « copie certifiée conforme ou authentifiée du jugement étranger ». Ce qui a été fourni était un affidavit dans lequel le déposant a déclaré qu'il avait une connaissance personnelle des faits sur lesquels portait l'affidavit, qu'il avait la sentence arbitrale originale en sa possession et que le document joint comme pièce A à son affidavit était une copie conforme de la sentence finale. (La sentence finale était simplement un accord signé par deux messieurs, qui formaient le tribunal d'arbitrage, devant deux témoins.) Dans son affidavit, le déposant, qui était le représentant personnel de la demanderesse, a attesté l'exactitude de la copie jointe comme pièce à son affidavit et déclaré qu'après avoir mené une enquête approfondie, il ne connaissait aucun obstacle à l'enregistrement de la sentence arbitrale. Le paragraphe 81(1) des Règles, selon lequel le déclarant doit avoir une connaissance personnelle des faits sur lesquels porte son affidavit, s'explique par la nécessité que toute preuve ainsi déposée puisse être vérifiée de façon significative au moyen du contre-interrogatoire. Lorsque l'exactitude des renseignements fournis dans le cadre d'une preuve par oui-dire n'est pas contestée et qu'aucune demande de contre-interrogatoire n'est faite, l'acceptation d'une preuve fondée sur des renseignements tenus pour avérés ne constitue pas une entorse à ce principe. Une preuve directe aurait dû être présentée en ce qui a trait à l'absence d'obstacle à l'enregistrement. Cependant, l'objet des exigences du paragraphe 329(1) des Règles est de veiller à ce que la Cour fédérale reconnaisse et exécute uniquement les jugements étrangers valides et opposables. Après l'enregistrement de la sentence arbitrale, personne n'a donné à entendre que celle-ci comportait des irrégularités ou qu'il y avait un obstacle à son enregistrement, à sa reconnaissance ou à son exécution. Sans approuver toute dérogation aux exigences des Règles, la Cour fédérale est d'avis que refuser l'enregistrement de la décision aurait pour effet de donner une plus grande importance à la forme qu'au fond et ne permettrait pas d'apporter au litige une solution qui soit juste, comme l'exige la règle 3. Compte tenu des circonstances de l'affaire,

Subsection 392(2) of the Rules provides that an order is effective from the time that it is endorsed in writing and signed by the presiding judge or prothonotary or, in some cases, at the time it is made. Case law respecting the Court's discretion in antedating orders is to the effect that no one should be prejudiced by an act of the court. The evidence here showed that the Court's Registry in Ottawa failed to notify the Vancouver Registry that it had received notice that a party in another proceeding intended to challenge the jurisdiction of the Court's prothonotaries in making orders enforcing foreign judgments. As a result, the application was assigned by the Court in Vancouver to one of the Court's prothonotaries, who ultimately issued the order. Furthermore, security, which was subsequently posted, is the only asset belonging to the respondents in Canada of which the applicant is aware. If the registration were not antedated to the Court's original order, the applicant would suffer prejudice as a result of the Court's acts.

The prothonotary's order was declared void and of no force and effect with respect to the registration of the arbitral award. No purpose would be served in consolidating the applicant's application and action, there being no issues to be determined in the application because the issue raised had been decided by virtue of the registration of the arbitral award.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 56, 58, 81(1), 327-334, 392(2), 399(1).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 F.C.R. 111; (2005), 250 D.L.R. (4th) 10; 329 N.R. 355; 2005 FCA 28 (on issue of prothonotary's jurisdiction to determine applications to register foreign judgments).

la preuve qui a été présentée à la Cour était suffisante pour respecter toutes les exigences du paragraphe 329(1) des Règles et la sentence arbitrale devrait être enregistrée.

Le paragraphe 392(2) des Règles prévoit que l'ordonnance prend effet au moment où elle est consignée et signée par le juge ou le protonotaire qui préside ou, dans certains cas, au moment où elle est rendue. Selon la jurisprudence concernant le pouvoir discrétionnaire dont la Cour dispose en ce qui a trait à l'antedatation d'ordonnances, nul ne devrait être lésé par la conduite de la Cour. D'après la preuve présentée en l'espèce, le greffe de la Cour fédérale à Ottawa a omis d'informer le greffe de Vancouver qu'il avait reçu un avis selon lequel une partie à une autre instance avait l'intention de contester le pouvoir des protonotaires de la Cour de rendre des ordonnances portant exécution de jugements étrangers. Par conséquent, la Cour a renvoyé la demande à l'un de ses protonotaires de Vancouver, qui a finalement rendu l'ordonnance. De plus, d'après les renseignements dont la demanderesse dispose, le cautionnement qui a subséquemment été déposé est le seul bien qui appartient aux défenderesses au Canada. Si l'enregistrement n'était pas antedaté à la date de l'ordonnance initiale de la Cour, la demanderesse subirait un préjudice découlant de la conduite de la Cour.

L'ordonnance du protonotaire a été déclarée nulle et non avenue en ce qui concerne l'enregistrement de la sentence arbitrale. La réunion de la demande et de l'action de la demanderesse ne servirait aucune fin, étant donné qu'il n'y a aucune question à trancher dans la demande parce que la question soulevée a été réglée du fait de l'enregistrement de la sentence arbitrale.

#### 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).  
*Règles de la Cour fédérale, 1998*, DORS/98-106, règles 3, 56, 58, 81(1), 327 à 334, 392(2), 399(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, règle 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 R.C.F. 111; (2005), 250 D.L.R. (4th) 10; 329 N.R. 355; 2005 ACF 28 (sur la question du pouvoir du protonotaire de trancher les demandes d'ordonnance portant enregistrement de jugements étrangers).

## DISTINGUISHED:

*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 F.C.R. 111; (2005), 250 D.L.R. (4th) 10; 329 N.R. 355; 2005 FCA 28 (on issue of whether the Court should order *nunc pro tunc* registration of a foreign award).

## CONSIDERED:

*Crown Zellerbach Canada Ltd. v. British Columbia* (1979), 101 D.L.R. (3d) 240; 13 B.C.L.R. 276; 11 C.P.C. 187 (C.A.); *Turner v. London and South-Western Railway Company* (1874), 17 L.R. Eq. 561; *Borthwick v. Elderslie Steamship Company (No. 2)*, [1905] 2 K.B. 516 (C.A.); *Belgian Grain and Produce Company, Ltd. v. Cox and Company (France), Ltd.*, [1919] W.N. 308 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada v. Olympia Interiors Ltd.* (2001), 209 F.T.R. 182; 2001 FCT 859; affd 2004 DTC 6402; (2004), 323 N.R. 191; [2004] R.D.I. 525; 2004 FCA 195; *Xin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 182 F.T.R. 138 (F.C.T.D.); *Mennes v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1162 (C.A.) (QL); *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. v. Star Blackford (The)*, [1979] 2 F.C. 109; (1979), 98 D.L.R. (3d) 341; 26 N.R. 85 (C.A.); *Loyie (Representative of) v. Erickson Estate* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 33; 27 C.P.C. (3d) 381 (S.C.); *Monahan Estate v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193; [2000] 6 W.W.R. 650; 137 B.C.A.C. 251; 76 B.C.L.R. (3d) 109; 49 C.C.L.T. (2d) 205; 41 C.P.C. (4th) 1; 34 E.T.R. (2d) 282 (C.A.).

## AUTHORS CITED

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

MOTION for registration, recognition and enforcement of a foreign judgment on a *nunc pro tunc* basis and for consolidation of this application with the action pending in Court file T-1843-04; MOTION for an order declaring a Prothonotary's order registering the foreign judgment to be void and of no force and effect and setting aside said judgment. Motions allowed, except the motion for consolidation which was dismissed.

## APPEARANCES:

*J. William Perrett* for applicant.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*TMR Energy c. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 R.C.F. 111; (2005), 250 D.L.R. (4th) 10; 329 N.R. 355; 2005 CAF 28 (sur la question de savoir si la Cour devrait ordonner l'enregistrement avec effet rétroactif d'une sentence étrangère).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Crown Zellerbach Canada Ltd. v. British Columbia* (1979), 101 D.L.R. (3d) 240; 13 B.C.L.R. 276; 11 C.P.C. 187 (C.A.); *Turner v. London and South-Western Railway Company* (1874), 17 L.R. Eq. 561; *Borthwick v. Elderslie Steamship Company (No. 2)*, [1905] 2 K.B. 516 (C.A.); *Belgian Grain and Produce Company Ltd. v. Cox and Company (France), Ltd.*, [1919] W.N. 308 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Olympia Interiors Ltd.* (2001), 209 F.T.R. 182; 2001 CFPI 859; conf. par 2004 DTC 6402; (2004), 323 N.R. 191; [2004] R.D.I. 525; 2004 CAF 195; *Xin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 182 F.T.R. 138 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mennes c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1162 (C.A.) (QL); *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. c. Star Blackford (Le)*, [1979] 2 C.F. 109; (1979), 98 D.L.R. (3d) 341; 26 N.R. 85 (C.A.); *Loyie (Representative of) v. Erickson Estate* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 33; 27 C.P.C. (3d) 381 (C.S.); *Monahan Estate v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193; [2000] 6 W.W.R. 650; 137 B.C.A.C. 251; 76 B.C.L.R. (3d) 109; 49 C.C.L.T. (2d) 205; 41 C.P.C. (4th) 1; 34 E.T.R. (2d) 282 (C.A.).

## DOCTRINE

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989.

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance portant enregistrement, reconnaissance et exécution d'un jugement étranger avec effet rétroactif et portant réunion de la présente demande avec l'action pendante dans le dossier de la Cour T-1843-04; REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance déclarant nulle et non avenue et annulant l'ordonnance par laquelle le protonotaire a enregistré un jugement étranger. Requêtes accueillies, sauf la requête en réunion d'instances, qui a été rejetée.

## ONT COMPARU :

*J. William Perrett* pour la demanderesse.

*David K. Jones* for respondent Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis).

*David K. Jones* pour la défenderesse Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis).

SOLICITORS OF RECORD:

*Bromley Chapelski*, Vancouver, for applicant.

*Bernard & Partners*, Vancouver, for respondent Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Bromley Chapelski*, Vancouver, pour la demanderesse.

*Bernard & Partners*, Vancouver, pour la défenderesse Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis).

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

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

[1] DAWSON J.: The motions now before the Court turn, in largest part, upon whether this is an appropriate case for the Court to exercise its jurisdiction to register a foreign judgment, not as of today's date, but as of July 30, 2004. The issue arises in the following circumstances.

[1] LA JUGE DAWSON : Les requêtes dont la Cour est actuellement saisie portent principalement sur la question de savoir s'il convient en l'espèce que la Cour exerce sa compétence pour enregistrer un jugement étranger non pas en date d'aujourd'hui, mais à la date du 30 juillet 2004. Cette question se pose dans les circonstances suivantes.

BACKGROUND FACTS

[2] On July 30, 2004, pursuant to what was then rule 327 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] and what is now the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules), one of the Court's learned prothonotaries granted, on an *ex parte* basis, the application of Trans-Pacific Shipping Co. (Trans-Pacific) for an order registering a foreign judgment granted in its favour against the Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) by an arbitral tribunal in London, England, on March 18, 2004. The arbitral tribunal had been appointed pursuant to the terms of a charter party agreement made between Trans-Pacific and Atlantic & Orient. The July 30, 2004 order also authorized the issuance of a writ of execution to be served upon the master or an officer of the M/V *Norsund*.

FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[2] Le 30 juillet 2004, conformément à la règle 327 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], aujourd'hui devenues les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (Règles), un protonotaire de la Cour fédérale a accueilli sur une base *ex parte* la demande de Trans-Pacific Shipping Co. (Trans-Pacific) en vue d'obtenir une ordonnance portant enregistrement d'un jugement étranger qu'avait rendu en sa faveur un tribunal d'arbitrage de Londres (Angleterre) le 18 mars 2004 contre l'Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI). Le tribunal d'arbitrage avait été désigné conformément à un contrat de charte-partie intervenu entre Trans-Pacific et Atlantic & Orient. L'ordonnance du 30 juillet 2004 autorisait également la délivrance d'un bref de saisie-exécution devant être signifié au capitaine ou à un officier du navire M/V *Norsund*.

[3] Acting pursuant to the writ of execution, the Sheriff of the province of British Columbia then seized bunkers on board the M/V *Norsund*. Upon motion made by Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) (Atlantic & Orient (Nevis)), execution of the writ was

[3] Se fondant sur le bref de saisie-exécution, le shérif de la province de la Colombie-Britannique a alors saisi les soutes qui se trouvaient à bord du navire M/V *Norsund*. À la demande d'Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) (Atlantic & Orient (Nevis)),

stayed upon the posting of security in the amount of \$200,000, to be held in trust by counsel for Atlantic & Orient (Nevis). That security remains in trust, pending resolution of a related action in Court file T-1843-04. In that second proceeding, Trans-Pacific seeks declarations that, in law, the debts of certain defendants are the debts of other defendants, and that, in law, the assets of some of the defendants are assets of the others. In that action, Trans-Pacific also seeks an order that the security held in this proceeding be paid to it in satisfaction, or partial satisfaction, of the arbitral award in its favour.

[4] On January 24, 2005, the Federal Court of Appeal in *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 F.C.R. 111, dismissed an appeal from an order of this Court (made on September 22, 2004) that had set aside the registration of a foreign arbitral award. The Federal Court of Appeal concluded, as had this Court, that a prothonotary does not have jurisdiction under the Rules to determine applications that are brought pursuant to rules 327-334 to register foreign judgments.

[5] By direction dated March 1, 2005, the Prothonotary notified the parties of the decision of the Federal Court of Appeal in *TMR Energy Ltd.* It was this direction, presumably, that prompted the two motions now before the Court. They are, first, Trans-Pacific's motion, filed March 29, 2005, which seeks an order:

1. Registering, recognizing and enforcing the foreign arbitral award, *nunc pro tunc*, on the basis of the record before the Court when Trans-Pacific made its original application to the Court for registration.
2. Consolidation of this proceeding with the action pending in Court file T-1843-04.
3. Costs.

Second, the motion filed on April 6, 2005, by Atlantic & Orient (Nevis) in which it seeks:

l'exécution du bref a été suspendue pourvu que soit déposé un cautionnement de 200 000 \$ que l'avocat de celle-ci détiendrait en fidéicommiss. Le cautionnement est toujours détenu en fidéicommiss jusqu'au règlement d'une action connexe dans le dossier de la Cour T-1843-04. Dans cette seconde instance, Trans-Pacific sollicite un jugement déclaratoire portant qu'en droit, les dettes de certains défendeurs sont les dettes d'autres défendeurs et que les actifs de certains des défendeurs sont ceux des autres. Elle sollicite également une ordonnance exigeant le versement du cautionnement détenu en l'espèce en paiement total ou partiel de la somme due en vertu de la sentence arbitrale rendue en sa faveur.

[4] Le 24 janvier 2005, dans *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, [2005] 3 R.C.F. 111, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté à l'égard d'une ordonnance en date du 22 septembre 2004 dans laquelle la Cour fédérale avait annulé l'enregistrement d'une sentence arbitrale étrangère. À l'instar de la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'un protonotaire n'a pas compétence en vertu des Règles pour trancher les demandes d'enregistrement de jugements étrangers présentées en application des règles 327 à 334.

[5] Dans une directive datée du 1<sup>er</sup> mars 2005, le protonotaire a avisé les parties de la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans *TMR Energy Ltd.* C'est probablement cette directive qui est à l'origine des deux requêtes dont la Cour est actuellement saisie. Dans un premier temps, Trans-Pacific a déposé, le 29 mars 2005, une requête dans laquelle elle sollicite

1. une ordonnance portant enregistrement, reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale étrangère, avec effet rétroactif, sur la foi du dossier dont la Cour était saisie lorsque Trans-Pacific a présenté à la Cour sa première demande d'enregistrement;
2. une ordonnance portant réunion de la présente instance avec l'action en cours dans le dossier T-1843-04;
3. les dépens.

Dans un deuxième temps, Atlantic & Orient (Nevis) a déposé, le 6 avril 2005, une requête dans laquelle elle sollicite :



1. An order declaring the order of July 30, 2004, void and of no force or effect.
2. In the alternative, an order setting aside the July 30, 2004 order.
3. Costs.

1. une ordonnance déclarant nulle et non avenue l'ordonnance du 30 juillet 2004;
2. subsidiairement, une ordonnance annulant l'ordonnance du 30 juillet 2004;
3. les dépens.

#### THE ISSUES

[6] The issues to be determined are therefore:

1. Should the arbitral award made on March 18, 2004, be registered?
2. If so, should the order registering, recognizing and enforcing the arbitral award be made *nunc pro tunc*?
3. Should an order issue declaring the order of July 30, 2004, to be void and of no force and effect?
4. Should this proceeding be consolidated with the proceeding in Court file T-1843-04?
5. What, if any, order as to costs is appropriate?

#### ANALYSIS

- (i) Should the arbitral award made on March 18, 2004 be registered?

[7] The decision of the Federal Court of Appeal in *TMR Energy Ltd.* is directly on point and is binding. The application for registration of the arbitral award submitted to the Court in this case was silent as to whether it was to be heard by a judge or a prothonotary. We now know that the application ought to have been put before a judge of the Court for adjudication. Because the application was put before a prothonotary, the resulting order of registration was a nullity. Accordingly, the applicant has brought a *de novo* application for registration, based upon the material that was originally filed and placed before the Court.

[8] In response to this *de novo* application, Atlantic & Orient (Nevis) in its written submissions argued that: the

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[6] Les questions à trancher sont donc les suivantes :

1. La sentence arbitrale rendue le 18 mars 2004 devrait-elle être enregistrée?
2. Dans l'affirmative, l'ordonnance portant enregistrement, reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale devrait-elle être rendue avec effet rétroactif?
3. Y a-t-il lieu de rendre une ordonnance déclarant nulle et non avenue l'ordonnance du 30 juillet 2004?
4. La présente instance devrait-elle être réunie avec celle du dossier de la Cour portant le numéro T-1843-04?
5. Quelle est l'ordonnance qui devrait être rendue, le cas échéant, au sujet des dépens?

#### ANALYSE

- (i) La sentence arbitrale rendue le 18 mars 2004 devrait-elle être enregistrée?

[7] La décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans *TMR Energy Ltd.* porte directement sur cette question et lie la Cour. La demande d'enregistrement de la sentence arbitrale présentée à la Cour en l'espèce n'indiquait pas si elle serait entendue par un juge ou un protonotaire. Nous savons maintenant que la demande aurait dû être présentée devant un juge de la Cour. Étant donné que la demande a été présentée devant un protonotaire, l'ordonnance portant enregistrement qui en résulte était nulle. En conséquence, la demanderesse a présenté une nouvelle demande d'enregistrement sur la foi des documents qui avaient initialement été déposés et portés à l'attention de la Cour.

[8] En réponse à cette nouvelle demande, Atlantic & Orient (Nevis) a soutenu ce qui suit dans ses

Prothonotary's lack of jurisdiction cannot be remedied after the fact in any manner whatsoever; neither the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] nor the Rules contain any provision that would allow the Court to grant the *nunc pro tunc* request; granting such an order would prejudice Atlantic & Orient (Nevis); and, a fresh application to enforce the award should be made. Those submissions will be dealt with below. Missing, however, from the submissions of Atlantic & Orient (Nevis) was any assertion or argument that the materials placed before the Court, *ex parte*, in July 2004 were inadequate or deficient to support registration of the arbitral award.

[9] This position was consistent with that respondent's position and actions until the filing of its current motion. No steps were ever taken by any entity to set aside the July 30, 2004 order, either by way of appeal or by way of a motion under subsection 399(1) of the Rules, to set aside an order made *ex parte*. Atlantic & Orient (Nevis), any of its (allegedly) related corporations, or any other affected party had ample opportunity to do so after the seizure of the bunkers. Instead, security was posted.

[10] It is against that background that I consider the submissions advanced in oral argument by counsel for Atlantic & Orient (Nevis) that followed questions I put to counsel for Trans-Pacific during his oral argument. I had questioned counsel upon the adequacy of the "exemplified or certified" copy of the arbitral award (required by subsection 329(1) of the Rules) and the adequacy of the evidence provided on information and belief by a member of the law firm representing Trans-Pacific that, after careful and full inquiries, no impediment to registration, recognition or enforcement of the arbitration award was known (as required by paragraph 329(1)(g) of the Rules).

[11] Having heard my questions on these points, counsel for Atlantic & Orient (Nevis) argued orally that

observations écrites : l'absence de compétence du proto-notaire ne peut être corrigée de quelque façon que ce soit après le fait; ni la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] non plus que les Règles ne renferment une disposition qui permettrait à la Cour de faire droit à la demande avec effet rétroactif; une ordonnance de cette nature nuirait à Atlantic & Orient (Nevis) et, enfin, une nouvelle demande visant à faire valoir la sentence arbitrale devrait être présentée. Ces arguments seront commentés plus loin. Cependant, Atlantic & Orient (Nevis) n'a nullement soutenu que les documents présentés sur une base *ex parte* à la Cour en juillet 2004 étaient insuffisants ou incomplets aux fins de l'enregistrement de la sentence arbitrale.

[9] Cette position était compatible avec la position et la conduite que la défenderesse a adoptées jusqu'au dépôt de sa requête actuelle. Aucune entité n'a pris de mesures visant à faire annuler l'ordonnance datée du 30 juillet 2004, que ce soit au moyen d'un appel ou d'une requête fondée sur le paragraphe 399(1) des Règles en vue d'annuler une ordonnance rendue *ex parte*. Or, Atlantic & Orient (Nevis), une de ses sociétés (qui seraient) liées ou toute autre partie concernée a eu tout le temps voulu pour le faire après la saisie des soutes. Atlantic & Orient (Nevis) a plutôt choisi de déposer un cautionnement.

[10] C'est dans ce contexte que j'examine les arguments qu'a invoqués l'avocat d'Atlantic & Orient (Nevis) pendant sa plaidoirie après les questions que j'ai posées à l'avocat de Trans-Pacific au cours de la plaidoirie de celui-ci. Mes questions portaient sur la suffisance de la copie « certifiée conforme ou authentifiée » de la sentence arbitrale (comme l'exige le paragraphe 329(1) des Règles) et sur la suffisance de l'affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques par un membre du cabinet représentant Trans-Pacific, selon lequel le déclarant, après avoir effectué des recherches complètes et minutieuses, ne connaît aucun empêchement à l'enregistrement, la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger (comme l'exige l'alinéa 329(1)(g) des Règles).

[11] Ayant entendu mes questions à ce sujet, l'avocat d'Atlantic & Orient (Nevis) a soutenu verbalement que

those deficiencies were such that the requirements of subsection 329(1) of the Rules were not met and so registration should be refused.

[12] Dealing with each asserted deficiency, subsection 329(1) of the Rules requires the affidavit supporting the request for registration to be accompanied by “an exemplified or certified copy of the foreign judgment”. What was provided was an affiant’s evidence that he had personal knowledge of the matters deposed to, that he has the original arbitral award in his possession, and that what he attached as Exhibit A to his affidavit was a true copy of the final award.

[13] It is true that when one considers a foreign judgment, one generally expects to see a copy of the judgment certified by the issuing court. Here, however, the arbitration panel was required by the charter party agreement to be comprised of “commercial men conversant with shipping matters”. The final award is simply signed by two gentlemen before two witnesses.

[14] Subsection 329(1) of the Rules contemplates either exemplification or certification of the foreign judgment. It was not suggested in oral argument that certification, by a notary, that a document is a true copy of an original would not be a “certification” of the accuracy of the copy. The *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. defines “exemplification” to be “[a]n attested copy or transcript of the record, deed, etc.”. Here, the holder of the document attested to the accuracy of the copy he exhibited to his affidavit.

[15] As to the fact that hearsay evidence was provided to the effect that the applicant’s representative, after careful inquiry, knew of no impediment to registration, subsection 81(1) of the Rules provides that, except on motions, affidavits are to be confined to facts within the personal knowledge of the deponent. However, non-compliance with any rule does not by that fact render a proceeding, or a step in it, void (rule 56).

ces lacunes étaient graves au point de constituer un manquement aux exigences du paragraphe 329(1) des Règles, de sorte que l’enregistrement devrait être refusé.

[12] En ce qui a trait à chacune des lacunes alléguées, le paragraphe 329(1) des Règles exige que l’affidavit à l’appui de la demande d’enregistrement soit accompagné d’une « copie certifiée conforme ou authentifiée du jugement étranger ». Ce qui a été fourni était un affidavit selon lequel le déposant a déclaré qu’il avait une connaissance personnelle des faits sur lesquels portait l’affidavit, qu’il avait la sentence arbitrale originale en sa possession et que le document joint comme pièce A à son affidavit était une copie conforme de la sentence finale.

[13] Il est vrai que, lorsqu’un jugement étranger est mentionné, nous nous attendons généralement à voir une copie du jugement certifiée par le tribunal ayant rendu ledit jugement. Cependant, dans la présente affaire, le tribunal d’arbitrage devait, conformément au contrat de charte-partie, être composé de [TRADUCTION] « commerçants ayant de bonnes connaissances en marine marchande ». La sentence finale est simplement signée par deux messieurs devant deux témoins.

[14] Le paragraphe 329(1) des Règles envisage l’ampliation ou l’attestation de la conformité du jugement étranger. Aucun avocat n’a soutenu verbalement que l’attestation par un notaire du fait qu’un document est une copie conforme d’un original ne constituerait pas une attestation de l’exactitude de la copie. Dans l’*Oxford English Dictionary*, le mot « *exemplification* » (ampliation) est défini comme suit : [TRADUCTION] « copie ou transcription attestée du dossier, de l’acte, etc. ». Dans la présente affaire, le titulaire du document a attesté l’exactitude de la copie qu’il a jointe comme pièce à son affidavit.

[15] En ce qui a trait à la preuve par oui-dire selon laquelle le représentant de la demanderesse, après avoir mené une enquête approfondie, ne connaissait aucun obstacle à l’enregistrement, le paragraphe 81(1) des Règles prévoit que, sauf s’ils sont présentés à l’appui d’une requête, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle. Cependant, l’inobservation d’une disposition des règles n’entache

Rather, that non-compliance is an irregularity that may be attacked under rule 58. Motions to attack on the ground of non-compliance with the Rules are to be brought as soon as practicable (subsection 58(2)). As noted above, until April 6, 2005, no attack on any ground was brought in respect of the impugned order.

[16] In the present case, in oral argument counsel for Atlantic & Orient (Nevis) characterized his argument on this point to be “very technical” and advised that there was “no suggestion of any impropriety”.

[17] Reliance upon evidence based on information and belief in an application is not necessarily fatal. See: *Canada v. Olympia Interiors Ltd.* (2001), 209 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); affirmed (but not specifically on this point) 2004 DTC 6402 (F.C.A.). The rationale for requiring a deponent to have personal knowledge of matters set out in his or her affidavit is that any affiant’s evidence should be capable of meaningful testing on cross-examination. Where no challenge is made to the accuracy of the hearsay information, and where no request for cross-examination was ever made, that rationale is not violated by accepting evidence given on information and belief.

[18] I believe that, here, first-hand evidence ought to have been brought with respect to the absence of any impediment to registration. It may be, as well, that a more official authentication of the original arbitral award was available. The fact remains that the purpose of all of the requirements of subsection 329(1) of the Rules is to ensure that this Court only recognizes and enforces valid and enforceable foreign judgments. In the almost nine months that have followed the registration of the arbitral award in this proceeding, there has been no suggestion that such award ought not to have been recognized by the Court. Specifically, there is no suggestion that the copy of the award before the Court is in any way inaccurate or not authentic. No existing impediment to the registration,

pas de nullité l’instance ou une mesure prise dans l’instance (règle 56). Elle constitue plutôt une irrégularité qui peut être contestée en vertu de la règle 58. Les requêtes visant à contester une mesure en raison de l’inobservation d’une disposition des Règles doivent être présentées le plus tôt possible (paragraphe 58(2)). Tel qu’il est mentionné plus haut, avant le 6 avril 2005, aucune contestation n’a été présentée à l’égard de l’ordonnance attaquée.

[16] Dans la présente affaire, l’avocat d’Atlantic & Orient (Nevis) a mentionné au cours de sa plaidoirie que son argument sur ce point était [TRADUCTION] « très technique » et qu’aucune [TRADUCTION] « irrégularité n’était invoquée ».

[17] L’utilisation d’une preuve fondée sur des renseignements tenus pour véridiques dans une demande n’est pas nécessairement fatale. Voir *Canada c. Olympia Interiors Ltd.* (2001), 209 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); décision confirmée (mais pas explicitement sur ce point) 2004 DTC 6402 (C.A.F.). La règle selon laquelle le déclarant doit avoir une connaissance personnelle des faits sur lesquels porte son affidavit s’explique par la nécessité que toute preuve ainsi déposée puisse être vérifiée de façon significative au moyen du contre-interrogatoire. Lorsque l’exactitude des renseignements fournis dans le cadre d’une preuve par oui-dire n’est pas contestée et qu’aucune demande de contre-interrogatoire n’a été présentée, l’acceptation d’une preuve fondée sur des renseignements tenus pour avérés ne constitue pas une entorse à ce principe.

[18] Dans la présente affaire, j’estime qu’une preuve directe aurait dû être présentée en ce qui a trait à l’absence d’obstacle à l’enregistrement. De plus, une ampliation plus officielle de la sentence arbitrale initiale était peut-être disponible. Il n’en demeure pas moins que l’objet de l’ensemble des exigences du paragraphe 329(1) des Règles est de veiller à ce que la Cour reconnaisse et exécute uniquement les jugements étrangers valides et opposables. Au cours de la période de près de neuf mois qui a suivi l’enregistrement de la sentence arbitrale en l’espèce, personne n’a donné à entendre que la Cour n’aurait pas dû reconnaître cette sentence. Plus précisément, il n’est pas allégué que la copie de la décision dont la Cour est saisie est inexacte

recognition or enforcement of the foreign judgment is even hinted at.

[19] Without endorsing any departure from the strict requirements of the Rules, in my view, in all of the circumstances of this case, refusing registration of the award would elevate form over substance and would not be an application of the Rules of this Court in a manner that would secure a just determination of this proceeding on its merits as required by rule 3.

[20] In the unique circumstances before the Court, I am satisfied that the applicant has placed sufficient evidence before the Court to comply with the requirements of subsection 329(1), and an order should issue registering and recognizing the arbitral award.

(ii) Should the order registering the arbitral award be made as of July 30, 2004?

[21] I have previously summarized the submissions of Atlantic & Orient (Nevis) with respect to the registration of the judgment on a *nunc pro tunc* basis. In oral argument, its counsel clarified the position of Atlantic & Orient (Nevis) to be that the Court does have jurisdiction to entertain a *de novo* motion for registration and does have discretion to make an order registering the judgment on a *nunc pro tunc* basis. Atlantic & Orient (Nevis) submits, however, that the facts in evidence do not warrant the exercise of that discretion.

[22] As to the authority for the issuance of orders on a *nunc pro tunc* or antedated basis, subsection 392(2) of the Rules provides:

392. (1) . . .

(2) Unless it provides otherwise, an order is effective from the time that it is endorsed in writing and signed by the presiding judge or prothonotary or, in the case of an order given orally from the bench in circumstances that render it impracticable to endorse a written copy of the order, at the time it is made. [Underlining added.]

ou n'est pas authentique. Il n'y a même pas d'allusion à l'existence d'un obstacle à l'enregistrement, à la reconnaissance ou à l'exécution du jugement étranger.

[19] Sans approuver toute dérogation aux exigences strictes des Règles, j'estime que, dans l'ensemble des circonstances, refuser l'enregistrement de la décision aurait pour effet de donner une plus grande importance à la forme qu'au fond et ne permettrait pas d'apporter au litige une solution qui soit juste, comme l'exige la règle 3.

[20] Compte tenu des circonstances uniques de la présente affaire, je suis d'avis que la demanderesse a présenté une preuve suffisante à la Cour pour respecter les exigences du paragraphe 329(1) des Règles; par conséquent, une ordonnance portant enregistrement et reconnaissance de la sentence arbitrale devrait être rendue.

ii) L'ordonnance portant enregistrement de la sentence arbitrale devrait-elle être datée du 30 juillet 2004?

[21] J'ai déjà résumé les arguments d'Atlantic & Orient (Nevis) au sujet de l'enregistrement du jugement avec effet rétroactif. Au cours des plaidoiries, l'avocat d'Atlantic & Orient (Nevis) a précisé que, selon la position de celle-ci, la Cour a compétence pour statuer sur une nouvelle demande d'enregistrement et possède le pouvoir discrétionnaire voulu pour rendre une ordonnance portant enregistrement du jugement avec effet rétroactif. Cependant, Atlantic & Orient (Nevis) soutient que les faits présentés en preuve ne justifient pas l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[22] En ce qui concerne le pouvoir de délivrer des ordonnances avec effet rétroactif, le paragraphe 392(2) des Règles prévoit ce qui suit :

392. (1) [. . .]

(2) Sauf disposition contraire de l'ordonnance, celle-ci prend effet au moment où elle est consignée et signée par le juge ou le protonotaire qui préside ou, dans le cas d'une ordonnance rendue oralement en audience publique dans des circonstances telles qu'il est en pratique impossible de la consigner, au moment où elle est rendue. [Non souligné dans l'original.]

[23] The British Columbia Court of Appeal interpreted a similarly worded rule to authorize antedating an order in *Crown Zellerbach Canada Ltd. v. British Columbia* (1979), 101 D.L.R. (3d) 240, at page 246. Examples of the exercise of this jurisdiction in varying circumstances by both this Court and the Federal Court of Appeal include: *Xin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 182 F.T.R. 138 (F.C.T.D); *Mennes v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1162 (C.A.) (QL); *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. v. Star Blackford (The)*, [1979] 2 F.C. 109 (C.A.).

[24] As to the factors which govern the proper exercise of this discretion, in *Turner v. London and South-Western Railway Company* (1874), 17 L.R. Eq. 561, Vice-Chancellor Hall reviewed prior jurisprudence which was to the effect that where a party to an action died, for example, after the conclusion of a trial and while the Court was considering its judgment, the Court would allow judgment to be entered after the party's death *nunc pro tunc*, in order that the party not be prejudiced by the delay arising from the action of the Court in reserving its judgment. The object of the practice was to put the party in the same position as if judgment had been given immediately following the trial and had not been delayed because the Court took the matter under reserve.

[25] Subsequent English jurisprudence confirmed that this power to antedate ought to be "used on good ground shewn" (*Borthwick v. Elderslie Steamship Company (No. 2)*, [1905] 2 K.B. 516 (C.A.), at page 519) and that "there must be something exceptional in the facts to justify the making of the order" (*Belgian Grain and Produce Company, Ltd. v. Cox & Company (France), Ltd.*, [1919] W.N. 308 (C.A.)).

[26] This jurisprudence has been adopted in Canada. See, for example, *Crown Zellerbach*, at pages 246-247; *Loyie (Representative of) v. Erickson Estate* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 33 (S.C.); and *Monahan Estate v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.). The Canadian jurisprudence cited above, and the jurisprudence in turn reviewed in those decisions, is to the effect that no one

[23] Dans *Crown Zellerbach Canada Ltd. v. British Columbia* (1979), 101 D.L.R. (3d) 240, à la page 246, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'une règle rédigée de façon similaire permettait d'antedater une ordonnance. Tant la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont exercé ce pouvoir dans différentes circonstances dans les décisions suivantes : *Xin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 182 F.T.R. 138 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mennes c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1162 (C.A.) (QL); *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. c. Star Blackford (Le)*, [1979] 2 C.F. 109 (C.A.).

[24] Quant aux facteurs régissant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, dans *Turner v. London and South-Western Railway Company* (1874), 17 L.R. Eq. 561, le vice-chancelier Hall a passé en revue la jurisprudence antérieure selon laquelle lorsqu'une partie à une action décédait, par exemple, après la fin d'un procès, mais pendant que la Cour délibérait, celle-ci permettait que le jugement soit rendu après le décès avec effet rétroactif, afin que la partie ne soit pas lésée par le délai découlant de la mise en délibéré. Le but de la pratique était de placer la partie dans la position dans laquelle elle se serait trouvée si la Cour avait rendu son jugement immédiatement après le procès plutôt que de mettre l'affaire en délibéré.

[25] Dans des décisions anglaises postérieures, il a été confirmé que l'exercice de ce pouvoir devrait [TRADUCTION] « être fondé sur des principes valables démontrés » (*Borthwick v. Elderslie Steamship Company (No. 2)*, [1905] 2 K.B. 516 (C.A.), à la page 519), et [TRADUCTION] « que les faits doivent comporter un élément exceptionnel justifiant une ordonnance de cette nature » (*Belgian Grain and Produce Company, Ltd. v. Cox & Company (France), Ltd.*, [1919] W.N. 308 (C.A.)).

[26] Les tribunaux ont adopté cette jurisprudence au Canada. Voir, par exemple, *Crown Zellerbach*, aux pages 246 et 247; *Loyie (Representative of) v. Erickson Estate* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 33 (C.S.); et *Monahan Estate c. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.). Selon les décisions canadiennes susmentionnées et la jurisprudence qui y est examinée, nul ne

should be prejudiced by an act of the court (*Loyie*, at page 41 and *Monahan*, at paragraph 10 and following and also at paragraph 61). Therefore, for example, judgments may be antedated in order to avoid injury to a litigant arising from an act or delay by the court. Put more classically, *actus curiae neminem gravabit*.

[27] Turning to the application of these principles to the facts before me, I find the following evidence to be relevant and significant:

1. The application for registration filed on July 29, 2004, was silent as to whether it should be referred to a judge or a prothonotary.

2. On February 27, 2004, the Registry of the Court received in Ottawa correspondence from counsel in another proceeding advising the Court that, in that other proceeding, a party whose rights would be affected by an order made by a prothonotary enforcing a foreign judgment intended to contest the jurisdiction of the Court's prothonotaries to make orders registering and recognizing foreign judgments.

3. Unfortunately, this advice was not communicated to the Vancouver Registry. Thus, in the present case, Trans-Pacific's application was assigned by the Court to one of the Court's prothonotaries.

4. Pursuant to the Prothonotary's order registering the judgment and authorizing the issuance of the writ of seizure and sale, and following execution of the writ, security was posted.

5. That security is the only asset belonging to the respondents in Canada of which the applicant is aware.

[28] In my view, if the registration is not antedated, Trans-Pacific will suffer prejudice arising from the act of the Court in referring its application to a prothonotary. The respondents will not, in my view, suffer prejudice if the order is antedated on terms that such registration is without prejudice to the right of Atlantic & Orient

devrait être lésé par la conduite de la cour (*Loyie*, à la page 41, et *Monahan*, au paragraphe 10 et suivantes ainsi qu'au paragraphe 61). En conséquence, il est possible, par exemple, d'antedater un jugement afin d'éviter de causer un préjudice à une partie par suite d'une mesure ou d'un retard de la cour. Selon une formule plus classique, *actus curiae neminem gravabit*.

[27] Lorsque j'applique les principes exposés ci-dessus aux faits dont je suis saisie, je constate que les éléments de preuve suivants sont pertinents et significatifs :

1. la demande d'enregistrement déposée le 29 juillet 2004 n'indiquait pas si elle devrait être présentée à un juge ou à un protonotaire;

2. le 27 février 2004, le greffe de la Cour a reçu à Ottawa une lettre dans laquelle un avocat agissant dans une autre instance a informé la Cour que, dans cette autre instance, une partie dont les droits seraient touchés par une ordonnance que rendrait un protonotaire en vue d'exécuter un jugement étranger avait l'intention de contester le pouvoir des protonotaires de la Cour de rendre des ordonnances portant enregistrement et reconnaissance de jugements étrangers;

3. malheureusement, cet avis n'a pas été transmis au greffe de Vancouver. Par conséquent, dans la présente affaire, la Cour a renvoyé la demande de Trans-Pacific à l'un de ses protonotaires;

4. par suite de l'ordonnance dans laquelle le protonotaire a enregistré le jugement et autorisé la délivrance du bref de saisie et de vente, et par suite de l'exécution du bref, un cautionnement a été déposé;

5. d'après les renseignements dont la demanderesse dispose, ce cautionnement est le seul bien qui appartient aux défenderesses au Canada.

[28] À mon avis, si l'enregistrement n'est pas antedaté, Trans-Pacific subira un préjudice découlant du renvoi de sa demande à un protonotaire par la Cour. Par ailleurs, les défenderesses ne subiront aucun préjudice si l'ordonnance est antedatée, pourvu que cet enregistrement ne touche pas le droit d'Atlantic & Orient (Nevis)

(Nevis) to continue to assert that the bunkers seized were not the property of the judgment debtor.

[29] Accordingly, the order registering the foreign judgment will be antedated to the date of the Court's original order.

[30] Before leaving this issue, I observe that in this case there was no suggestion that Trans-Pacific breached the duty of full disclosure that falls upon anyone who seeks relief on an *ex parte* basis. Thus, the facts are distinguishable from those before the Court in *TMR Energy Ltd.* where *nunc pro tunc* registration was refused on that basis.

(iii) Should an order issue declaring the Court's order of July 30, 2004, to be void and of no force and effect?

[31] Yes, to the extent that order dealt with registration of the arbitral award because the decision of the Court of Appeal is not distinguishable and is binding. Such an order will issue to be effective following the registration of the arbitral award *nunc pro tunc*. The July 30, 2004 order will in all other respects remain extant, it being my intent that the authorization of the writ of seizure and sale is supported by the present order registering the arbitral award as of July 30, 2004.

(iv) Should this proceeding be consolidated with Court file T-1843-04?

[32] Trans-Pacific seeks consolidation of this application with the action proceeding in Court file T-1843-04. It argues that consolidation is warranted because:

1. In that proceeding, it seeks an order that it be paid the money, which is posted as security in this proceeding.
2. The parties in each proceeding appear to be related, and the issues are related, thus the factual issues will be

de continuer à faire valoir que les soutes saisies n'appartenaient pas à la débitrice judiciaire.

[29] En conséquence, l'ordonnance ayant pour effet d'enregistrer le jugement étranger sera antédatée et portera la date de l'ordonnance initiale de la Cour.

[30] Avant de passer à une autre question, je souligne que, dans la présente affaire, il n'a nullement été allégué que Trans-Pacific ne s'était pas conformée à l'obligation de divulgation complète qui incombe à toute partie sollicitant un redressement sur une base *ex parte*. En conséquence, les faits sont différents de ceux dont la Cour était saisie dans l'affaire *TMR Energy Ltd.*, susmentionnée, où l'enregistrement avec effet rétroactif a été refusé pour cette raison.

iii) Y a-t-il lieu de rendre une ordonnance déclarant nulle et non avenue l'ordonnance de la Cour datée du 30 juillet 2004?

[31] Oui, dans la mesure où cette ordonnance portait sur l'enregistrement de la sentence arbitrale, parce que la décision de la Cour d'appel ne peut être distinguée et lie la Cour en l'espèce. Une ordonnance en ce sens sera rendue et entrera en vigueur après l'enregistrement de la sentence arbitrale avec effet rétroactif. À tous autres égards, l'ordonnance du 30 juillet 2004 demeurera en vigueur, parce que je souhaite que l'autorisation relative au bref de saisie et de vente soit appuyée par la présente ordonnance portant enregistrement de la sentence arbitrale à la date du 30 juillet 2004.

iv) La présente instance devrait-elle être réunie avec celle du dossier de la Cour portant le numéro T-1843-04?

[32] Trans-Pacific sollicite la réunion de la présente demande avec l'instance engagée devant la Cour dans le dossier numéro T-1843-04. Elle soutient que la réunion des deux instances est justifiée pour les raisons suivantes :

1. dans cette autre instance, elle sollicite une ordonnance exigeant que lui soit versé le montant du cautionnement qui a été déposé en l'espèce;
2. les parties à chacune des instances semblent être liées et les questions en litige sont liées entre elles, de sorte



common in both proceedings and consolidation will save costs and not prejudice the parties opposite.

Atlantic & Orient (Nevis) does not oppose consolidation.

[33] At the hearing, I raised with counsel the difficulties inherent with consolidating an action with an application and raised the possibility of conversion of this proceeding into an action, on terms that there be no additional discovery rights conferred as a result of the consolidation of this application with the pending action. This was agreeable to counsel.

[34] On reflection, I remain concerned, however, at the need to consolidate the proceedings. At present, there are no issues to be determined in this application because the issue raised in the application has been decided by virtue of the registration of the arbitral award. Because I can see nothing that needs to be determined in this application, I see no purpose to be served in consolidating the two proceedings for hearing.

[35] I do recognize the logic of ensuring that the resultant judgment in T-1843-04 will direct the proper entitlement to the security held in this proceeding. That, however, appears to be already dealt with in the prayer for relief in the pending action.

[36] At this time I am, therefore, dismissing that part of the motion of Trans-Pacific that seeks consolidation. This is without prejudice to the right of any party to bring any required motion in T-1843-04 or to reapply in this proceeding for relief, including consolidation, if it subsequently appears that consolidation is warranted.

[37] All of this can most efficiently be dealt with by the case management officer in T-1843-04.

(v) Costs

[38] While each party sought costs in their written materials, in oral argument, counsel for Trans-Pacific

que les questions de fait seront communes et la réunion permettra d'économiser des frais sans léser les parties adverses.

Atlantic & Orient (Nevis) ne s'oppose pas à la réunion des instances.

[33] À l'audience, j'ai discuté avec les avocats des problèmes inhérents à la réunion d'une action avec une demande et évoqué la possibilité de convertir la présente demande en action, pourvu que la réunion des deux instances ne donne pas lieu à d'autres droits de communication préalable. Les avocats étaient d'accord avec cette condition.

[34] Cependant, je continue à m'interroger sur la nécessité de réunir les instances. À l'heure actuelle, il n'y a aucune question à trancher dans la présente demande, parce que la question soulevée a été réglée du fait de l'enregistrement de la sentence arbitrale. Par conséquent, je ne vois pas à quoi pourrait servir la réunion des deux instances en vue de l'audience.

[35] Je reconnais qu'il est logique de veiller à ce que le droit au cautionnement détenu en l'espèce soit reconnu en bonne et due forme dans le jugement qui sera rendu dans le dossier T-1843-04. Cependant, il semble que cette réparation soit déjà sollicitée dans la demande de redressement formulée dans l'action en cours.

[36] En conséquence, je rejette à ce moment-ci la partie de la requête par laquelle Trans-Pacific sollicite la réunion des instances. Cette décision ne porte pas atteinte au droit des parties de présenter toute requête nécessaire dans le dossier T-1843-04 ou de solliciter à nouveau une réparation en l'espèce, y compris la réunion des instances, si cette mesure semble subséquemment justifiée.

[37] Le fonctionnaire chargé de la gestion de l'instance dans le dossier T-1843-04 peut régler efficacement toutes ces questions.

v) Dépens

[38] Bien que chaque partie ait sollicité les dépens dans ses actes de procédure, l'avocat de Trans-Pacific

withdrew its claim for costs arguing that, in the circumstances, each party should bear their own costs. Atlantic & Orient (Nevis) continues to seek its costs because “it had to respond to the motion because of something it had nothing to do with”.

[39] It seems to me that, equally, Trans-Pacific had to bring the motion because of something it had very little to do with.

[40] In the circumstances, each party should bear their own costs.

#### ORDER

[41] Therefore, this Court orders that:

1. The motion for the registration of the foreign judgment granted against Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) by an arbitral tribunal in London, England, on March 18, 2004 (the “foreign judgment”) is hereby allowed, such registration to be effective as of July 30, 2004.

2. Such registration is without prejudice to the right of Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) to continue to assert that the bunkers, seized pursuant to the writ of execution issued by the Court in this application, were not the property of the judgment debtor.

3. Following registration of the foreign judgment as of July 30, 2004, the Court’s order of July 30, 2004, to the extent that it registered such foreign judgment, is set aside and declared to be null and void and of no force or effect.

4. The request of the applicant for consolidation is dismissed at this time, without prejudice to the right of any party to later reapply in this proceeding for relief or to the right of any party to bring any required motion in Court file T-1843-04, including a motion for consolidation.

s’est désisté de sa demande de dépens au cours des plaidoiries verbales, précisant que, dans les circonstances, chaque partie devrait supporter ses propres dépens. Pour sa part, Atlantic & Orient (Nevis) continue à solliciter ses dépens, parce qu’elle [TRADUCTION] « a dû répondre à la requête par suite d’un événement qui n’a rien à voir avec sa conduite ».

[39] J’estime également que Trans-Pacific a dû présenter la requête par suite d’un événement qui n’a rien à voir avec sa conduite.

[40] Dans les circonstances, chaque partie devrait supporter ses propres dépens.

#### ORDONNANCE

[41] En conséquence, la Cour ordonne :

1. La requête visant à faire enregistrer le jugement étranger rendu le 18 mars 2004 contre Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI) par un tribunal d’arbitrage de Londres (Angleterre) (le « jugement étranger ») est accueillie et cet enregistrement s’appliquera rétroactivement au 30 juillet 2004.

2. L’enregistrement susmentionné ne porte pas atteinte au droit d’Atlantic & Orient Shipping Corporation (Nevis) de continuer à faire valoir que les soutes saisies en application du bref de saisie-exécution délivré par la Cour dans la présente demande n’appartenaient pas à la débitrice judiciaire.

3. Par suite de l’enregistrement du jugement étranger à la date du 30 juillet 2004, l’ordonnance de la Cour datée du 30 juillet 2004 est déclarée nulle et non avenue dans la mesure où elle avait pour effet d’enregistrer ce jugement étranger.

4. La requête en réunion d’instances de la demanderesse est rejetée à ce moment-ci, mais l’une ou l’autre des parties pourra solliciter à nouveau une réparation plus tard ou présenter toute requête nécessaire dans le dossier de la Cour numéro T-1843-04, y compris une requête en réunion d’instances.

5. Each party should bear their own costs. No costs are awarded.

5. Chaque partie devrait supporter ses propres dépens. Aucuns dépens ne sont adjugés.

2005 FC 639  
T-1692-04  
T-1693-04

2005 CF 639  
T-1692-04  
T-1693-04

**Aashish M. Karia** (*Applicant*)

**Aashish M. Karia** (*demandeur*)

v.

c.

**Minister of National Revenue** (*Respondent*)

**Ministre du Revenu national** (*défendeur*)

and

et

**M. Karia Ltd.** (*Applicant*)

**M. Karia Ltd.** (*demanderesse*)

v.

c.

**Minister of National Revenue** (*Respondent*)

**Ministre du Revenu national** (*défendeur*)

**INDEXED AS: KARIA v. M.N.R. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : KARIA c. M.R.N. (C.F.)**

Federal Court, Strayer D.J.—Toronto, April 14 and May 6, 2005.

Cour fédérale, juge suppléant Strayer—Toronto, 14 avril et 6 mai 2005.

*Income Tax — Penalties — Judicial review of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) decision applicants not qualifying for Voluntary Disclosures Program (VDP) — VDP encouraging clients having deliberately omitted reporting, paying taxes to make voluntary disclosure — If CCRA finding disclosure satisfactory, Minister of National Revenue authorized, pursuant to Income Tax Act, s. 220(3.1), Excise Tax Act, s. 281.1, to waive, cancel penalties, interest — Applicants' residence, business searched by police in connection with fraud investigation, police mentioning might notify CCRA of failure to report income tax — Applicants' counsel advising CCRA of unnamed clients run-in with police, wish to make VDP disclosure — CCRA replying based on circumstances described, disclosure valid as presented, subject to new details coming to light — Also requesting names of clients for validity of voluntary disclosure to be confirmed — Subsequently advising applicants' counsel clients not qualifying for VDP because disclosure initiated based on knowledge of current enforcement activities, thus not voluntary as required by Income Tax Information Circular IC00-1R — Requirements of promissory estoppel met in case at bar — Information Circular, s. 6(a) creating promise, i.e. disclosure considered voluntary unless client having knowledge of audit, investigation — When read together, Information Circular, CCRA's reply to applicants's counsel invitation for applicants to make disclosure — Applicants entitled to assume further disclosures to be considered voluntary — By revealing identity, applicants acting to their detriment, respondent estopped from deciding matter on basis*

*Impôt sur le revenu — Pénalités — Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) portant que les demandeurs n'étaient pas admissibles au Programme des divulgations volontaires (le PDV) — Le PDV encourage les clients qui ont délibérément omis de faire une déclaration et un paiement de taxes à procéder à une divulgation volontaire — Si l'ADRC juge la divulgation satisfaisante, le ministre du Revenu national est autorisé, en vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu et de l'art. 281.1 de la Loi sur la taxe d'accise, à renoncer aux pénalités et intérêts, ou à les annuler — Dans le cadre d'une enquête sur une fraude, la résidence et les locaux commerciaux des demandeurs ont fait l'objet d'une perquisition par la police, qui a mentionné qu'elle pourrait bien informer l'ADRC de leur omission de déclarer un revenu — L'avocat des demandeurs a fait savoir à l'ADRC que ses clients, qu'il n'identifiait pas, s'étaient heurtés à la police et souhaitaient faire une divulgation dans le cadre du PDV — L'ADRC a répondu que, compte tenu des circonstances dont il lui avait fait part, la divulgation était valide telle qu'elle était présentée, sous réserve de la découverte de nouveaux renseignements — Elle a également demandé que les noms des clients soient donnés pour que la validité de la divulgation volontaire puisse être confirmée — Elle a par la suite informé l'avocat des demandeurs que ses clients n'étaient pas admissibles au PDV parce que la divulgation avait été faite compte tenu de la connaissance de mesures d'exécution en cours, et n'était donc pas volontaire comme l'exige la circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu*

*other than Information Circular, s. 6(a) — Respondent never addressing whether applicants making disclosure with knowledge of audit, investigation by authority with which CCRA having information exchange agreement — Fact CCRA believed information exchange agreement existing between it, police not determinative of matter — Applicants not expected to know, find out about agreement as Information Circular, s. 6(a) not including constructive knowledge — Obiter: Agreement in fact “informal relationship” not meeting requirement of “information exchange agreement” in Information Circular, nor basic requirement of transparency — Applications allowed.*

These were applications for judicial review of an August 19, 2004 decision of the Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) confirming a February 18, 2004 decision that the applicants did not qualify for the Voluntary Disclosures Program (VDP).

Pursuant to subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act* and section 281.1 of the *Excise Tax Act*, the Minister of National Revenue is authorized to waive or cancel all or any portions of a penalty or of interest otherwise payable under those Acts. This discretionary power is exercised in part by a Voluntary Disclosures Program, described at the time in question by Income Tax Information Circular IC00-1R (Information Circular). That Information Circular encourages clients who have deliberately omitted to report and pay taxes to come forward and correct deficiencies to comply with their legal obligations. If full disclosure is made to the satisfaction of the CCRA, then the discretion of the Minister referred to above may be exercised.

*IC00-1R — Les conditions qui s'appliquent à la préclusion promissoire existent ici — L'art. 6a) de la circulaire d'information donne naissance à une promesse, c.-à-d. que la divulgation est considérée comme volontaire, sauf si le client est au courant d'une vérification ou d'une enquête — La lettre par laquelle l'ADRC a répondu à l'avocat des demandeurs, si elle est lue avec la circulaire d'information, constituait une invitation à procéder à la divulgation — Les demandeurs pouvaient à bon droit supposer que toute divulgation additionnelle serait considérée comme volontaire — En révélant leur identité, les demandeurs agissaient à leur détriment, et le défendeur ne pouvait trancher l'affaire sur une base autre que celle mentionnée à l'art. 6a) de la circulaire d'information — Le défendeur ne s'est jamais demandé si, en faisant leur divulgation, les demandeurs étaient au courant d'une vérification ou d'une enquête effectuée par des autorités pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existaient — Le fait que l'ADRC ait cru qu'il existait une entente d'échanges d'informations entre elle et la police n'était pas déterminant — Les demandeurs ne devaient pas être au courant de l'existence d'une entente ou avoir découvert qu'une entente existait puisque la connaissance dont il est question à l'art. 6a) de la circulaire d'information ne comprend pas la connaissance par interprétation — Remarque incidente : L'entente consistait en fait en une « relation informelle » qui ne satisfait pas à l'exigence voulant qu'il y ait « une entente d'échanges d'informations » énoncée dans la circulaire d'information, ni aux exigences fondamentales de transparence — Demandes accueillies.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision en date du 19 août 2004 de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) confirmant une décision en date du 18 février 2004 portant que les demandeurs n'étaient pas admissibles au Programme des divulgations volontaires (le PDV).

En vertu du paragraphe 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'article 281.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, le ministre du revenu national est autorisé à renoncer à tout ou partie de quelque pénalité ou intérêt payable par ailleurs en application de ces lois, où à l'annuler en tout ou en partie. Ce pouvoir discrétionnaire est en partie exercé au moyen d'un Programme de divulgations volontaires qui a été décrit, au moment en question, dans la circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu IC00-1R (la circulaire d'information). Cette circulaire d'information encourage les clients qui ont délibérément omis de faire une déclaration et un paiement de taxes à prendre l'initiative de corriger toute anomalie afin de respecter leurs obligations légales. Si une pleine divulgation est faite à la satisfaction de l'ADRC, le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire susmentionné.

The applicants' residence and business were searched by the Peel Regional Police on September 17, 2003 in connection with a fraud investigation, the same day that the Investigations Division of CCRA had requested the tax returns of the applicants for study. On October 17, 2003, the applicants' counsel wrote to CCRA on a "no-name basis" to advise that his clients wished to make a disclosure under the VDP. Counsel also advised that his individual unnamed client had been charged with a minor fraud by an unnamed police force, and that this police force might notify CCRA that the client had unreported income. Counsel concluded by stating that based on an earlier telephone conversation with CCRA, it was his understanding that CCRA would view the disclosure to be made by his clients as voluntary, for the purposes of the VDP. CCRA replied on October 21, 2003 that based on the circumstances described, the disclosure would be valid as presented, subject to any new details coming to light, and that the validity of the voluntary disclosure could not be confirmed until after the names of the clients were given and all facts verified. This information was provided to CCRA on January 19, 2004. On February 18, 2004, CCRA advised the applicants' counsel that his clients did not qualify for the VDP because the disclosure was involuntary as it was initiated based on the knowledge of current enforcement activities. An administrative review confirmed this decision on August 19, 2004.

*Held*, the applications should be allowed.

The requirements of promissory estoppel are that there be a promise that the promisor will conduct himself in a certain way in certain circumstances, and that the promisee rely on that promise to his detriment. In such circumstances the promisor will not be allowed to exercise his discretion in a manner inconsistent with the promise, if he otherwise has lawful authority to fulfill that promise.

Here, the promise was created by subparagraph 6(a) of the Information Circular, which says that a disclosure initiated by a client will be considered voluntary unless it is "made with the knowledge of an audit, investigation, or other enforcement action that has been initiated by the CCRA, or other authorities or administrations with which the CCRA has information exchange agreements." CCRA's October 21, 2003 letter, read together with the Information Circular, was an invitation to the applicants to proceed with disclosure on the basis of the facts as disclosed so far, and the applicants were

Le 17 septembre 2003, soit le jour même où la Division des enquêtes de l'ADRC avait demandé les déclarations de revenu des demandeurs pour examen, la résidence et les locaux commerciaux de ceux-ci faisaient l'objet d'une perquisition par la police régionale de Peel dans le cadre d'une enquête sur une fraude. Le 17 octobre 2003, l'avocat des demandeurs a écrit à l'ADRC, sans donner de nom, pour lui faire savoir que ses clients souhaitaient faire une divulgation volontaire dans le cadre du PDV. Il a également fait savoir que son client individuel, qu'il n'identifiait pas, avait été accusé par un service de police, qui n'était pas identifié, d'avoir commis une fraude mineure, et que ce service de police pourrait bien aviser l'ADRC que le client avait omis de déclarer un revenu. L'avocat a conclu en disant que, compte tenu d'une conversation téléphonique qu'il avait eue avec elle, il croyait comprendre que l'ADRC considérerait comme volontaire la divulgation que ses clients entendaient faire dans le cadre du PDV. Le 21 octobre 2003, l'ADRC a répondu que, compte tenu des circonstances dont il lui avait fait part, la divulgation serait valide telle qu'elle était présentée, sous réserve de la découverte de nouveaux renseignements, et que la validité de la divulgation volontaire ne pourrait être confirmée tant que les noms des clients ne seraient pas donnés et que tous les faits n'auraient pas été vérifiés. Ces renseignements ont été fournis à l'ADRC le 19 janvier 2004. Le 18 février 2004, l'ADRC a informé l'avocat des demandeurs que ses clients n'étaient pas admissibles au PDV parce que la divulgation n'était pas volontaire du fait qu'elle avait été faite compte tenu de la connaissance de mesures d'exécution en cours. Le 19 août 2004, cette décision a été confirmée à la suite d'un examen administratif.

*Jugement* : les demandes doivent être accueillies.

Selon les conditions qui s'appliquent à la préclusion promissoire, il doit exister une promesse selon laquelle l'auteur de la promesse se comportera d'une certaine façon dans certaines circonstances, et celui à qui cette promesse est faite doit se fonder, à son détriment, sur cette promesse. Cela étant, l'auteur de la promesse ne sera pas autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon incompatible avec la promesse, s'il est par ailleurs légalement autorisé à remplir cette promesse.

Dans le cas qui nous occupe, la promesse a pris naissance sous la forme de l'alinéa 6a) de la circulaire d'information, qui dit qu'une divulgation faite à l'initiative d'un client sera considérée comme volontaire, sauf si celui-ci a procédé à la divulgation « parce qu'il était au courant d'une vérification, d'une enquête ou d'une autre mesure d'exécution de l'ADRC ou d'autres autorités ou administrations pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existent ». La lettre du 21 octobre 2003 de l'ADRC, si elle est lue avec la circulaire d'information, constituait une invitation à procéder

entitled to assume that unless there were undisclosed facts which were pertinent to the question of whether they had knowledge of an investigation already under way they could assume that further disclosures would be regarded as voluntary. By revealing their identity, the applicants acted to their detriment. The respondent was thus estopped from deciding this matter on a basis other than as specified in subparagraph 6(a) of the Information Circular.

The respondent never addressed the question of whether the applicants had made their disclosure with the knowledge of an audit or investigation by an authority or administration with which the CCRA had an information exchange agreement. An internal document showed CCRA accepted that the applicants were not aware of the CCRA investigation. Internal records indicated that CCRA only focussed on whether the Peel Regional Police had an exchange of information agreement with CCRA, and the existence of such an agreement was considered to be determinative of the matter. This was wrong. The applicants could not be expected to have known of such an agreement or to have found out about it. Subparagraph 6(a) does not include constructive knowledge.

By way of *obiter*, it was noted that CCRA did not have proper information before it as to the existence of an "information exchange agreement." By the respondent's counsel's own admission, there was no "written agreement" but only an "informal relationship." An "informal relationship" does not meet the requirement of "an information exchange agreement" in the Information Circular, and does not meet basic requirements of transparency to allow a taxpayer to know in advance whether some agency investigating his affairs has an agreement with CCRA. Furthermore, when the applicants' counsel contacted CCRA on a "no-name" basis, CCRA should have made mention of the possible difficulty if the unnamed police force turned out to have an agreement with CCRA. By failing to do so, CCRA left the applicants with a false sense of security.

à la divulgation compte tenu des faits qui avaient jusqu'alors été divulgués, et les demandeurs pouvaient à bon droit supposer qu'à moins qu'il n'y ait certains faits non divulgués qui soient pertinents, lorsqu'il s'agissait de savoir s'ils étaient au courant d'une enquête déjà en cours, toute divulgation additionnelle serait considérée comme volontaire. En révélant leur identité, les demandeurs agissaient à leur détriment. Le défendeur ne pouvait donc pas trancher cette affaire sur une base autre que celle qui est mentionnée à l'alinéa 6a) de la circulaire d'information.

Le défendeur ne s'est jamais demandé si, en faisant leur divulgation, les demandeurs étaient au courant d'une vérification ou d'une enquête effectuée par des autorités ou administrations pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existaient. Il ressortait d'un document interne que l'ADRC reconnaissait que les demandeurs n'étaient pas au courant de l'enquête qu'elle avait entamée. Des documents internes indiquaient que l'ADRC n'avait mis l'accent que sur la question de savoir si la police régionale de Peel avait conclu une entente d'échanges d'informations avec elle, et l'existence d'une telle entente a été considérée comme déterminante. Elle a eu tort. Les demandeurs ne devaient pas être au courant de l'existence d'une telle entente ou avoir découvert qu'une telle entente existait. La connaissance dont il est question à l'alinéa 6a) ne comprend pas la connaissance par interprétation.

Dans une remarque incidente, il a été précisé que l'ADRC n'avait pas à sa disposition des informations appropriées au sujet de l'existence d'une « entente d'échanges d'informations ». L'avocat du défendeur a lui-même admis qu'il n'existait pas [TRADUCTION] d'« entente écrite », mais qu'il s'agissait simplement d'une [TRADUCTION] « relation informelle ». Une [TRADUCTION] « relation informelle » ne satisfait pas à l'exigence voulant qu'il y ait « une entente d'échanges d'informations » qui est énoncée dans la circulaire d'information, et ne satisfait pas non plus aux exigences fondamentales de transparence visant à permettre au contribuable de savoir à l'avance si un organisme quelconque qui enquête sur ses affaires a conclu une entente avec l'ADRC. En outre, lorsque l'avocat des demandeurs a communiqué avec l'ADRC sans donner de nom, cette dernière aurait dû faire mention du problème qui pourrait se poser si l'on constatait que le service de police non identifié avait conclu une entente avec elle. En omettant de le faire, l'ADRC a donné aux demandeurs un faux sentiment de sécurité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 281.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1)

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; ann. VIII, art. 127).

(as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; Sch. VIII, s. 127).

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 281.1(édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; 7 Admin. L.R. (2d) 168; 54 F.T.R. 134 (F.C.T.D.); *W. & R. Plumbing and Heating Ltd. v. R.*, [1986] 2 F.C. 195; (1986), 17 C.L.R. 291; 1 F.T.R. 229 (T.D.).

##### AUTHORS CITED

Canada Customs and Revenue Agency. Income Tax Information Circular IC00-1R "Voluntary Disclosures Program" (September 2002).

APPLICATIONS for judicial review of a Canada Customs and Revenue Agency decision that the applicants did not qualify for the Voluntary Disclosures Program described by Income Tax Information Circular IC00-1R. Applications allowed.

##### APPEARANCES:

*Cliff L. Rand* and *Susan J. Thomson* for applicants.

*James W. Leising* and *Aleksandrs Zemdegs* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman Elliott LLP*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

STRAYER D.J.:

#### INTRODUCTION

[1] These two applications brought by an individual and his wholly owned corporation involve the same facts and were argued together. They seek judicial review to

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Aurchem Exploration Ltd. c. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; 7 Admin. L.R. (2d) 168; 54 F.T.R. 134 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *W. & R. Plumbing and Heating Ltd. c. R.*, [1986] 2 C.F. 195; (1986), 17 C.L.R. 291; 1 F.T.R. 229 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DOCTRINE CITÉE

Agence des douanes et du revenu du Canada. Circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu IC00-1R « Programme des divulgations volontaires » (septembre 2002).

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada portant que les demandeurs n'étaient pas admissibles au Programme des divulgations volontaires décrit dans la circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu IC00-1R. Demandes accueillies.

##### ONT COMPARU :

*Cliff L. Rand* et *Susan J. Thomson* pour les demandeurs.

*James W. Leising* et *Aleksandrs Zemdegs* pour le défendeur.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Stikeman Elliott, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE SUPPLÉANT STRAYER :

#### INTRODUCTION

[1] Ces deux demandes, présentées par un particulier et sa société à cent pour cent, sont fondées sur les mêmes faits et ont été entendues ensemble. Les



set aside a decision contained in a letter of August 19, 2004 from the Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) on behalf of the respondent Minister in which the CCRA confirmed that the applicants did not qualify for the Voluntary Disclosures Program (VDP). That letter was simply confirming the decision already conveyed to the applicants in a letter of February 18, 2004.

[2] Subsection 220(3.1) [as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; Sch. VIII, s. 127] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, authorizes the Minister to waive or cancel all or any portions of a penalty or of interest otherwise payable under that Act. Section 281.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 makes similar provision for the waiving of penalties and interest with respect to the Goods and Services Tax. This discretionary power is exercised in part by a Voluntary Disclosures Program which was described, at the time in question, by Income Tax Information Circular IC00-1R dated September 2002 (Information Circular). It states the purpose of the program to be to promote voluntary compliance with reporting and payment of taxes and “encourages clients to come forward and correct deficiencies to comply with their legal obligations”. The information circular in question deals with clients who have deliberately omitted to report and pay. (There are other programs for those who have inadvertently omitted reporting or who have been unable to comply due to circumstances beyond their control). The incentive for making voluntary disclosures of past omissions under this program is that if full disclosure is made to the satisfaction of the CCRA then the discretion of the Minister may be exercised so as to waive all or part of the penalties that otherwise could be imposed.

[3] The conditions for a valid disclosure are set out in paragraph 6 of the Information Circular. Subparagraph (a) states as follows:

demandeurs sollicitent un contrôle judiciaire en vue de faire annuler une décision dont fait état une lettre en date du 19 août 2004 de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) pour le compte du ministre défendeur, par laquelle l'ADRC confirmait que les demandeurs n'étaient pas admissibles au Programme des divulgations volontaires (le PDV). Cette lettre confirmait simplement la décision déjà transmise aux demandeurs dans une lettre en date du 18 février 2004.

[2] Le paragraphe 220(3.1) [édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; ann. VIII, art. 127] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, autorise le ministre à renoncer à tout ou partie de quelque pénalité ou intérêt payable par ailleurs en application de la Loi, ou à l'annuler en tout ou en partie. L'article 281.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, renferme une disposition similaire en ce qui concerne la renonciation aux pénalités et intérêts à l'égard de la taxe sur les produits et services. Ce pouvoir discrétionnaire est en partie exercé au moyen d'un Programme des divulgations volontaires qui a été décrit, au moment en question, dans la circulaire d'information, en matière d'impôt sur le revenu IC00-1R du mois de septembre 2002 (circulaire d'information). Il est énoncé que le but du programme est de promouvoir l'observation volontaire de la déclaration et du paiement des taxes et « encourage les clients à prendre l'initiative de corriger toute anomalie afin de respecter leurs obligations légales ». La circulaire d'information en question concerne les clients qui ont délibérément omis de faire une déclaration et un paiement. (Il y a d'autres programmes à l'intention des clients qui ont par inadvertance omis de faire une déclaration ou qui n'ont pas été capables d'observer la loi à cause de circonstances indépendantes de leur volonté.) L'incitation, lorsqu'il s'agit de divulguer volontairement des omissions passées dans le cadre de ce programme est que, si une pleine divulgation est faite à la satisfaction de l'ADRC, le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de renoncer à tout ou partie des pénalités qui pourraient par ailleurs être imposées.

[3] Les conditions d'une divulgation valide sont énoncées au paragraphe 6 de la circulaire d'information, dont l'alinéa a) est rédigé comme suit :

6. . . .

(a) . . . The disclosure must be voluntary. The client has to initiate the voluntary disclosure. A disclosure may not qualify as a voluntary disclosure under the above policy if it is found to have been made with the knowledge of an audit, investigation, or other enforcement action that has been initiated by the CCRA, or other authorities or administrations with which the CCRA has information exchange agreements.

Subparagraph (b) requires that the disclosure be complete. Subparagraph (c) requires that the disclosure must involve at least one penalty in order to qualify for this program and subparagraph (d) requires that the information disclosed must be either at least one year past due or not initiated simply to avoid late filing or instalment penalties. It is subparagraph (a) which is the most pertinent to this case. It is common ground that the Information Circular is made available to the public and that the applicants and their legal representative proceeded in their disclosures on the basis of the information provided in this circular.

## FACTS

[4] On September 17, 2003, the Peel Regional Police executed search warrants on the residence and business of the applicants in connection with a fraud investigation. On the same day the Investigations Division of CCRA had requested the tax returns of these applicants for study. On September 18, 2003, the Peel Regional Police referred certain information from their search to the Investigations Division of CCRA. On October 14, 2003, the applicants' counsel had a telephone conversation with an officer of CCRA concerning the VDP and pursuant to that conversation he wrote to CCRA on October 17, 2003, on a "no-name basis." He advised that according to his information his clients had received credit card payments and deposited them in bank accounts without reporting them as income. He noted that it was possible that some of these amounts had been received on account of Goods and Services Tax that had not been remitted. He also reported his understanding that the individual client had

6. [ . . ]

a) [ . . ] La divulgation doit être volontaire. Le client doit prendre l'initiative de faire la divulgation volontaire. Une divulgation pourrait ne pas être admissible à titre de divulgation volontaire en vertu de la politique susmentionnée si l'on constate que le client a fait la divulgation parce qu'il était au courant d'une vérification, d'une enquête ou d'une autre mesure d'exécution de l'ADRC ou d'autres autorités ou administrations pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existent.

L'alinéa b) exige que la divulgation soit complète. L'alinéa c) exige que la divulgation comprenne au moins une pénalité aux fins de l'admissibilité à ce programme et l'alinéa d) exige que la divulgation contienne des renseignements dont la production est en retard d'au moins un an ou qui ne doivent pas être communiqués simplement pour se soustraire aux pénalités pour production tardive ou aux pénalités relatives aux acomptes provisionnels. C'est l'alinéa a) qui est ici le plus pertinent. Il est reconnu que la circulaire d'information est mise à la disposition du public et que les demandeurs et leurs représentants ont effectué leurs divulgations compte tenu des renseignements fournis dans cette circulaire.

## LES FAITS

[4] Le 17 septembre 2003, la police régionale de Peel a exécuté des mandats de perquisition dans la résidence et dans les locaux commerciaux des demandeurs dans le cadre d'une enquête sur une fraude. Le même jour, la Division des enquêtes de l'ADRC a demandé les déclarations de revenu de ces demandeurs pour examen. Le 18 septembre 2003, la police régionale de Peel a renvoyé certaines informations obtenues lors de la perquisition à la Division des enquêtes de l'ADRC. Le 14 octobre 2003, l'avocat des demandeurs a eu une conversation téléphonique avec un agent de l'ADRC au sujet du PDV et, à la suite de cette conversation, il a écrit à l'ADRC le 17 octobre 2003, sans donner de nom. Il a fait savoir que, selon les renseignements qu'il avait obtenus, ses clients avaient reçu des paiements par carte de crédit et qu'ils avaient déposé les sommes en cause dans des comptes bancaires sans les déclarer comme revenu. L'avocat a fait remarquer qu'il était possible que certaines de ces sommes aient été reçues au titre de la

earned some interest income in respect of funds deposited offshore which had not been reported. He advised that his unnamed individual client had been charged by an unnamed police force “with a minor fraud” and that an investigating officer had mentioned to his client that the police might notify CCRA that he had failed to report income. The police officer had not made it clear whether such notification would actually occur or when, and to the best of the knowledge of the client and his counsel it had not yet occurred. He stated that because the police were holding his client’s records they were not in a position to ascertain the quantum of unreported income. He concluded his letter with this paragraph:

Based on our telephone discussion, I understand that under the circumstances described above the CCRA will view the disclosure to be made by our clients as voluntary, for the purposes of the Voluntary Disclosure Program. Please confirm that understanding by signing below and returning to my attention a copy of this letter.

CCRA did not confirm this “understanding” by signing the letter. However on October 21, 2003, CCRA sent a letter to the applicants’ counsel which included this paragraph:

Based on the circumstances described we consider that the disclosure would be valid as presented. However our determination has been made based on the facts as presented and could change if any new details come to light during the handling of the actual full disclosure. Therefore, a full determination of whether we can accept the voluntary disclosure as valid cannot be confirmed until after the names of your clients are given and all facts are verified. In this regard at the time of the full disclosure the information provided should meet the following four conditions to be valid. . . .

There then followed the quotation of the four conditions set out in the Information Circular, in subparagraphs 6(a), (b), (c) and (d) as referred to above. As a result the applicants’ counsel sent a letter to CCRA on January 19,

taxe sur les produits et services qui n’avait pas été versée. Il a également fait savoir qu’il croyait comprendre que son client individuel avait gagné un revenu en intérêts à l’égard de fonds déposés à l’étranger, lequel n’avait pas été déclaré. L’avocat a fait savoir que son client individuel, qu’il n’identifiait pas, avait été accusé par un service de police, qui n’était pas identifié, d’avoir commis [TRADUCTION] « une fraude mineure » et qu’un agent d’enquête avait mentionné à son client que la police pourrait bien aviser l’ADRC qu’il avait omis de déclarer un revenu. L’agent de police n’avait pas précisé si un tel avis allait de fait être donné ou à quel moment il le serait, et au mieux de la connaissance du client et de l’avocat, l’avis n’avait pas encore été donné. L’avocat a déclaré que, parce que la police conservait les dossiers de son client, ils n’étaient pas en mesure de déterminer le montant du revenu non déclaré. L’avocat a conclu sa lettre comme suit :

[TRADUCTION] Compte tenu de notre conversation téléphonique, je crois comprendre que, dans les circonstances susmentionnées, l’ADRC considérera comme volontaire la divulgation faite par nos clients dans le cadre du Programme des divulgations volontaires. Veuillez confirmer la chose en apposant ci-dessous votre signature et en retournant à mon attention une copie de cette lettre.

L’ADRC n’a pas confirmé la [TRADUCTION] « chose » en signant la lettre. Toutefois, le 21 octobre 2003, elle a envoyé à l’avocat des demandeurs une lettre dans laquelle figurait le paragraphe suivant :

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances dont vous nous avez fait part, nous considérons que la divulgation serait valide telle qu’elle est présentée. Toutefois, notre décision a été prise en fonction des faits qui nous ont été présentés et elle pourrait être modifiée si, au cours du traitement de la divulgation complète elle-même, de nouveaux renseignements étaient découverts. Par conséquent, il est impossible de confirmer que la divulgation volontaire sera reconnue comme valide tant que les noms de vos clients ne seront pas donnés et que tous les faits n’auront pas été vérifiés. À cet égard, au moment de la divulgation complète, les informations fournies, pour être valides, devraient satisfaire aux quatre conditions ci-après énoncées [. . .]

On citait ensuite les quatre conditions énoncées dans la circulaire d’information, aux alinéas 6a), b), c) et d), dont il a ci-dessus été fait mention. Par conséquent, l’avocat des demandeurs a envoyé à l’ADRC, le 19

2004, disclosing the names of the individual client and his company, together with the individual's address and social insurance number and other identifying information in respect of the company. This was the only new information disclosed but the letter noted that "we are preparing the necessary details of their voluntary disclosure and will send them to you in due course." CCRA replied by writing a letter to the individual taxpayer on February 18, 2004, to advise him "of our decision concerning your request for the waiver of penalties under the Voluntary Disclosure Program. . . ." It went on to say:

The circumstances of your case have been carefully considered and I regret to inform you that your request cannot be granted. Four conditions must be satisfied to qualify for the benefits of the VDP. Unfortunately, the disclosure was not considered to be voluntary since it was initiated based on the knowledge of current enforcement activities.

[5] The individual taxpayer through his counsel sought an administrative review of this decision. He was advised by CCRA in a letter of August 19, 2004, that a review had taken place and the decision would not be changed. In seeking judicial review of the August 19, 2004 decision, the applicants are really seeking a review of the decision conveyed to them on February 18, 2004, which was simply confirmed in the later letter.

[6] It will be noted that in the letter of February 18, 2004, the reason for finding the applicants disqualified for the VDP was that "the disclosure was not considered to be voluntary since it was initiated based on the knowledge of current enforcement activities." The CCRA takes the position that this is based on subparagraph 6(a) of the Information Circular which says that a disclosure is not voluntary if it is made by a taxpayer with the knowledge of an audit, investigation, etc. already initiated by the CCRA or other authorities "with which the CCRA has information exchange agreements." In his initial contact with CCRA counsel

janvier 2004, une lettre dans laquelle il révélait les noms du client individuel et de sa société, ainsi que l'adresse du client individuel et son numéro d'assurance sociale et d'autres informations concernant la société aux fins de l'identification. C'étaient les seuls nouveaux renseignements qui étaient divulgués, mais l'auteur de la lettre faisait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous sommes en train de préparer les renseignements nécessaires aux fins de la divulgation volontaire et nous vous les enverrons en temps et lieu ». L'ADRC a répondu en envoyant une lettre au contribuable individuel le 18 février 2004, pour l'informer de [TRADUCTION] « la décision concernant la demande de renonciation aux pénalités dans le cadre du Programme des divulgations volontaires ». L'auteur de la lettre ajoutait ce qui suit :

[TRADUCTION] Les faits de l'affaire ont été minutieusement examinés et c'est avec regret que je dois vous informer qu'il ne peut être fait droit à votre demande. Pour être admissible au PDV, quatre conditions doivent être remplies. Malheureusement, la divulgation n'a pas été considérée comme volontaire parce qu'elle a été faite compte tenu de la connaissance de mesures d'exécution en cours.

[5] Le contribuable individuel, par l'entremise de son avocat, a demandé l'examen administratif de cette décision. L'ADRC l'a informé, dans une lettre datée du 19 août 2004, qu'un examen avait eu lieu et que la décision ne serait pas modifiée. En sollicitant le contrôle judiciaire de la décision du 19 août 2004, les demandeurs cherchent en fait à faire examiner la décision qui leur a été transmise le 18 février 2004, laquelle était simplement confirmée dans la dernière lettre.

[6] Il importe de noter que, dans la lettre du 18 février 2004, la raison invoquée à l'appui de la conclusion d'inadmissibilité des demandeurs au PDV était que [TRADUCTION] « la divulgation n'a pas été considérée comme volontaire parce qu'elle a été faite compte tenu de la connaissance de mesures d'exécution en cours ». L'ADRC prend la position selon laquelle elle s'est fondée sur l'alinéa 6a) de la circulaire d'information, à savoir qu'une divulgation n'est pas volontaire si elle est faite par un contribuable parce qu'il était au courant d'une vérification, d'une enquête et ainsi de suite, déjà entamée par l'ADRC ou par d'autres autorités « pour

for the applicants raised the question as to whether, due to the fact that the police officer had said they might report information to the CCRA, CCRA would still consider a disclosure to be voluntary. According to the notes made by the CCRA officer who spoke with counsel, he

... explained that we may as it sound [*sic*] like the client was not aware of any compliance action by CCRA but would need to have the details in writing before we could formally make that type of decision.

There is nothing in the record to indicate that the applicants had knowledge that the Peel Regional Police constituted an authority “with which the CCRA has information exchange agreements” as required in subparagraph 6(a) of the Information Circular. Further there is no documentary evidence of any such agreement existing. Internal discussions within CCRA, as described in their records, indicate that some officers believed there to be such an agreement. However when counsel for the applicants, in preparation for the hearing of this matter, quite properly requested a copy of such agreement from the Department of Justice representing the respondent, he received a letter of November 29, 2004, which stated in part as follows:

I have been advised that there is no written agreement. It is merely an informal relationship that exists between the CCRA office in Toronto West, the Investigation Division and Fraud Bureau of the Peel Regional Police.

This information was not provided on a “without prejudice” basis and I regard it as an admission properly made by counsel.

#### ANALYSIS

[7] It is common ground that the Information Circular and the guidelines concerning the VDP are not delegated legislation and have no force of law as such.

[8] The applicants contend, however, that the terms of the Information Circular, particularly paragraph 6

lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existent». Lorsqu'il a initialement communiqué avec l'ADRC, l'avocat des demandeurs a soulevé la question de savoir si, parce que l'agent de police avait dit que des informations seraient peut-être transmises à l'ADRC, la divulgation serait encore considérée comme volontaire. Dans ses notes, l'agent de l'ADRC qui a parlé à l'avocat déclare avoir

[TRADUCTION] [. . .] expliqué qu'il semble que le client n'était pas au courant de la prise d'une mesure d'observation de la part de l'ADRC, mais qu'il faudrait donner des détails par écrit avant qu'une décision puisse formellement être prise.

Rien dans le dossier n'indique que les demandeurs aient su que la police régionale de Peel constituait une autorité « pour [laquelle] des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existent » comme l'exige l'alinéa 6a) de la circulaire d'information. En outre, il n'existe aucune preuve documentaire de l'existence d'une entente de ce genre. Des discussions internes au sein de l'ADRC, telles qu'elles sont décrites dans les dossiers du ministère, indiquent que certains agents croyaient qu'il existait une telle entente. Toutefois, lorsque l'avocat des demandeurs, en se préparant pour l'audition de la présente affaire, a demandé passablement avec raison au ministère de la Justice qui représentait le défendeur de lui remettre une copie de l'entente, il a reçu une lettre en date du 29 novembre 2004, qui disait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] J'ai été informé qu'il n'y a pas d'entente écrite. Il s'agit d'une simple relation informelle entre le bureau de l'ADRC, à Toronto-Ouest, la Division des enquêtes et le Bureau des fraudes de la police régionale de Peel.

Ces renseignements n'ont pas été fournis [TRADUCTION] « sous toute réserve » et je considère qu'il s'agit d'un aveu fait de façon régulière par l'avocat.

#### ANALYSE

[7] Il est reconnu que la circulaire d'information et les lignes directrices concernant le PDV ne constituent pas de la législation par délégation et n'ont pas force de loi en tant que telles.

[8] Toutefois, les demandeurs font valoir que les dispositions de la circulaire d'information, et en

thereof, create procedural entitlements and constraints which prevent the Minister's discretion being exercised as it was in the letters of February 18 and August 19, 2004. They argue that either the respondent acted without jurisdiction because it had already determined by the letter of October 21, 2003, that the applicants' disclosure would be considered voluntary; or that the applicants had a legitimate expectation that the respondent's later disclosure would not be considered involuntary because of the commitment made in the letter of October 21, 2003; or that the respondent is estopped from denying that the disclosure is voluntary having led the applicants to believe by the letter of October 21, 2003, that it would be treated as voluntary; or that the respondent's decision of February 18, 2004, was confirmed by the letter of August 19, 2004 was patently unreasonable.

[9] I believe the matter can be determined on the basis of the last two submissions combined. First, I believe that the requirements of promissory estoppel exist here. Those requirements are that there must be a promise that the promisor will conduct himself in a certain way in certain circumstances. There must be reliance on that promise by the promisee, and to the detriment of the promisee. In such circumstances the promisor will not be allowed to exercise his discretion in a manner inconsistent with the promise, if he otherwise has lawful authority to fulfill that promise. See e.g. *Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710 (F.C.T.D.); *W. & R. Plumbing and Heating Ltd. v. R.*, [1986] 2 F.C. 195 (T.D.). Here the promise exists in the form of the Information Circular which says in effect, in subparagraph 6(a) that a disclosure will be treated as voluntary if the client initiates it, subject to it being considered involuntary if the client initiates the disclosure with the knowledge of an audit, investigation, etc. by the CCRA or "authorities or administrations with which the CCRA has information exchange agreements." After counsel for the applicants had specifically advised CCRA that they had been the target of a police search by an unidentified police force and that a police officer had said his force might report information to the CCRA, CCRA wrote the letter of October 21, 2003 to counsel, saying that "based on the

particulier le paragraphe 6, créent des droits procéduraux et des contraintes qui empêchent le ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire comme il l'a fait dans les lettres du 18 février et du 19 août 2004. Ils affirment que le défendeur a agi sans avoir la compétence voulue parce qu'il avait déjà été décidé, dans la lettre du 21 octobre 2003, que la divulgation serait considérée comme volontaire; ou qu'il existait une attente légitime de la part des demandeurs qu'une divulgation ne serait pas considérée comme involontaire à cause de l'engagement qui avait été pris dans la lettre du 21 octobre 2003; ou que le défendeur ne peut pas nier que la divulgation est volontaire puisqu'il a amené les demandeurs à croire, dans la lettre du 21 octobre 2003, que la divulgation serait considérée comme volontaire; ou que la décision du défendeur en date du 18 février 2004, telle qu'elle avait été confirmée par la lettre du 19 août 2004, était manifestement déraisonnable.

[9] Je crois que la question peut être tranchée sur la base des deux derniers arguments, considérés ensemble. En premier lieu, je crois que les conditions qui s'appliquent à l'irrecevabilité fondée sur une promesse [préclusion promissoire] existent ici. Selon ces conditions, il doit exister une promesse selon laquelle l'auteur de la promesse se comportera d'une certaine façon dans certaines circonstances. Il faut que celui à qui cette promesse est faite se fonde, à son détriment, sur cette promesse. Cela étant, l'auteur de la promesse ne sera pas autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon incompatible avec la promesse, s'il est par ailleurs légalement autorisé à remplir cette promesse. Voir, par exemple, *Aurchem Exploration Ltd. c. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *W. & R. Plumbing and Heating Ltd. c. R.*, [1986] 2 C.F. 195 (1<sup>re</sup> inst.). Dans ce cas-ci, la promesse existe sous la forme de la circulaire d'information qui dit, en fait, à l'alinéa 6a), qu'une divulgation sera considérée comme volontaire si le client prend l'initiative de la faire, mais qu'elle est toutefois considérée comme involontaire si, en prenant cette initiative, le client est au courant d'une vérification, d'une enquête et ainsi de suite de l'ADRC ou d'« autres autorités ou administrations pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existent ». Après que l'avocat des demandeurs eut expressément informé l'ADRC que ses clients

circumstances described we consider that the disclosure would be valid as presented.” There was of course the usual warning that this would have to be confirmed after full disclosure was made “and all facts are verified.” Read together with the Information Circular, this was an invitation to proceed with disclosure on the basis of the facts as disclosed so far, and the applicants were entitled to assume that unless there were undisclosed facts which were pertinent to the question of whether they had knowledge of an investigation already under way they could assume that further disclosures would be regarded as voluntary. They acted to their detriment. In the letter from their counsel of January 19, 2004, they revealed their identity. While the bare fact of giving their identity may not of itself have been to their detriment, when combined with the information which their counsel had already provided on a “no-name” basis in the letter of October 17, 2003, they had disclosed to CCRA that they had received undisclosed monies which they owed for income tax and GST. Further the individual client by the combination of these letters had disclosed that he had earned interest on income from funds deposited offshore.

[10] I am therefore of the view that the respondent was estopped from deciding this matter on a basis other than as specified in subparagraph 6(a) of the Information Circular. The applicants were entitled to rely on that as the manner in which their disclosure would be dealt with. In determining whether the respondent complied with the language of the Information Circular, I believe the appropriate standard of review is that of reasonableness *simpliciter*. It involves in part the interpretation of the language of the Information Circular which in my view is the governing instrument, and its application to these facts. I believe the Court has as much expertise as the officers of CCRA in

avaient été assujettis à une perquisition de la part d’un service de police non identifié et qu’un agent de police avait dit que son service transmettrait peut-être des informations à l’ADRC, l’ADRC a envoyé la lettre du 21 octobre 2003 à l’avocat, en disant ce qui suit : [TRADUCTION] « Compte tenu des circonstances dont vous nous avez fait part, nous considérons que la divulgation serait valide telle qu’elle est présentée ». Bien sûr, on faisait la mise en garde habituelle, à savoir que la chose serait confirmée à la suite d’une divulgation complète lorsque [TRADUCTION] « tous les faits [auraient] été vérifiés ». Cette lettre, si elle est lue avec la circulaire d’information, constituait une invitation à procéder à la divulgation compte tenu des faits qui avaient jusqu’alors été divulgués, et les demandeurs pouvaient à bon droit supposer qu’à moins qu’il n’y ait certains faits non divulgués qui soient pertinents, lorsqu’il s’agissait de savoir s’ils étaient au courant d’une enquête déjà en cours, toute divulgation additionnelle serait considérée comme volontaire. Les demandeurs ont agi à leur détriment. Dans la lettre de leur avocat en date du 19 janvier 2004, ils ont révélé leur identité. Le simple fait de faire connaître leur identité ne peut pas en soi avoir causé un préjudice aux demandeurs, mais si l’on y ajoute les informations que leur avocat avait déjà fournies sans donner de noms dans la lettre du 17 octobre 2003, les demandeurs avaient divulgué à l’ADRC qu’ils avaient reçu des sommes non divulguées qu’ils devaient au titre de l’impôt sur le revenu et de la TPS. En outre, le client individuel, au moyen de ces lettres combinées, avait divulgué qu’il avait gagné des intérêts sur un revenu tiré de fonds déposés à l’étranger.

[10] Je suis donc d’avis que le défendeur ne pouvait pas trancher cette affaire sur une base autre que celle qui est mentionnée à l’alinéa 6a) de la circulaire d’information. Les demandeurs avaient le droit de se fonder sur le fait que telle serait la façon dont leur divulgation serait considérée. En décidant si le défendeur s’est conformé au libellé de la circulaire d’information, je crois que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Il faut notamment interpréter le libellé de la circulaire d’information qui, à mon avis, est le texte pertinent, et l’appliquer aux faits ici en cause. Je crois que la Cour a autant d’expertise que les agents de

interpreting this language. The matter is therefore analogous to a mixed question of law and fact and I believe the appropriate standard is reasonableness. I might add however that if I am wrong in this, and greater deference is owed, I would still consider that the decision of the respondent was patently unreasonable.

[11] It is clear to me that the respondent never addressed the question of whether the applicants had made their disclosure with the knowledge of an audit or investigation by an authority or administration with which the CCRA had an information exchange agreement as required in subparagraph 6(a) of the Information Circular. It is clear from an internal document of CCRA that they accepted that the applicants were not aware of the CCRA investigation which had been initiated in September 2003 (see applicants record, Volume 1, page 69). Internal records of CCRA which show what information the CCRA had before it in making its decision that disclosure was involuntary, indicate that officers only focussed on whether the Peel Regional Police had an exchange of information agreement with CCRA but not whether the applicants had knowledge of it. CCRA did not know the identity of the police force in question until after the applicants made their disclosures by counsel of January 19, 2004, providing their names. As a result CCRA was able to trace through their names the fact that a CCRA investigation of the applicants was already under way and that the Peel Regional Police Force was the force involved with these parties, having already provided information to CCRA in September 2003 (see applicants' record, Volume 1, page 70). Once CCRA officers learned, or believed that they had learned, that there was an "agreement with" the Peel Regional Police, that was apparently considered determinative of the matter. But there is nothing to indicate, and clearly CCRA did not concern itself about the matter, that these applicants would have had knowledge that the Peel Regional Police Force had an agreement with the CCRA. Counsel for the respondent seemed to argue that it was sufficient if the applicants ought to have known of such an agreement or ought to have found out if there was such an agreement: in other words knowledge in subparagraph 6(a) includes constructive knowledge. I

l'ADRC lorsqu'il s'agit d'interpréter ce texte. L'affaire est donc analogue à une question mixte de fait et de droit et je crois que la norme à appliquer est celle de la décision raisonnable. Toutefois, je tiens à ajouter que si je commets une erreur sur ce point et s'il faut faire preuve d'une plus grande retenue, je considérerais néanmoins la décision du défendeur comme manifestement déraisonnable.

[11] Il est clair selon moi que le défendeur ne s'est jamais demandé si, en faisant leur divulgation, les demandeurs étaient au courant d'une vérification ou d'une enquête effectuée par des autorités ou administrations pour lesquelles des ententes d'échanges d'informations avec l'ADRC existaient, comme l'exige l'alinéa 6a) de la circulaire d'information. Il ressort clairement d'un document interne de l'ADRC que celle-ci a reconnu que les demandeurs n'étaient pas au courant de l'enquête qu'elle avait entamée au mois de septembre 2003 (voir le dossier des demandeurs, volume 1, page 69). Les documents internes de l'ADRC qui montrent quelles informations l'ADRC avait à sa disposition lorsqu'elle a décidé que la divulgation était involontaire indiquent que les agents ont mis l'accent sur la question de savoir si la police régionale de Peel avait conclu une entente d'échanges d'informations avec l'ADRC, mais non si les demandeurs étaient au courant de la chose. L'ADRC n'a connu l'identité du service de police en question qu'après que les demandeurs eurent fait leurs divulgations, lorsque leur avocat a fourni leurs noms le 19 janvier 2004, ce qui a permis à l'ADRC de constater qu'elle était déjà en train d'enquêter sur les demandeurs et que le service de la police régionale de Peel, qui lui avait déjà fourni des informations au mois de septembre 2003, était le service en cause (voir le dossier des demandeurs, volume 1, page 70). Une fois que les agents de l'ADRC ont appris, ou croyaient avoir appris, qu'il existait une « entente » avec la police régionale de Peel, la chose a apparemment été considérée comme déterminante. Cependant, rien n'indique, et l'ADRC ne se préoccupait clairement pas de la question, que ces demandeurs aient su que le service de la police régionale de Peel avait conclu une entente avec l'ADRC. L'avocat du défendeur a semblé soutenir qu'il suffisait que les demandeurs aient dû être au courant de l'existence de pareille entente ou aient dû découvrir qu'une telle entente existait : en d'autres



am unable to interpret the language of the Information Circular in that way. If CCRA wishes to administer a program on that basis it should modify the Information Circular accordingly. If it does so, however, it should also provide some anonymous means for taxpayers learning with which agencies or authorities it has such agreements, perhaps through a Web site or publication in the *Canada Gazette*.

[12] Although this disposes of the matter I would also add that I have great difficulty in accepting that the CCRA had proper information before it as to the existence of an “information exchange agreement” between the CCRA and the Peel Regional Police Force. While the internal report made by the relevant appeals officer states that such an agreement existed, when their counsel was asked for a copy of it he advised that there was no “written agreement” but only an “informal relationship.” An “informal relationship” does not meet the requirement of “an information exchange agreement” in the Information Circular, nor I suggest does it meet basic requirements of transparency to allow a taxpayer to know in advance whether some agency investigating his affairs has an agreement with CCRA. Among other things, we have no idea when this “arrangement” came into effect nor whether the information here was within the scope of that agreement. It is surprising that when CCRA was informed on October 17, 2003 by the “no-name” disclosure of the fact of a search by an unnamed police force and of the conversation between a police officer and the taxpayer suggesting that the police might report information to CCRA, the CCRA in its letter of October 21, 2003 to counsel made no mention of the possible difficulty if the unnamed police force turned out to have an agreement with CCRA. Instead they advised that “based on the circumstances described we consider that the disclosure would be valid as presented,” subject of course to “any new details” which might come to light and which could change this determination. By not warning the applicants of this problem whose parameters were knowable by CCRA at that time, and by taking the position later that once such an “agreement” had been found the disclosure would be considered involuntary without need for proof

termes, la connaissance dont il est question à l’alinéa 6a) comprend la connaissance par interprétation. Or, je ne puis interpréter ainsi le libellé de la circulaire d’information. Si l’ADRC veut administrer un programme sur cette base, elle devrait modifier la circulaire d’information en conséquence. Toutefois, si elle le fait, elle devrait également prévoir des moyens anonymes en vue de permettre aux contribuables de savoir avec quels organismes ou avec quelles autorités elle a conclu de telles ententes, peut-être au moyen d’un site Web ou d’un avis dans la *Gazette du Canada*.

[12] Cela règle l’affaire, mais je tiens également à ajouter qu’il m’est fort difficile de reconnaître que l’ADRC avait à sa disposition des informations appropriées au sujet de l’existence d’une « entente d’échanges d’informations » qu’elle aurait conclue avec le service de la police régionale de Peel. Selon le rapport interne qui a été rédigé par l’agent des appels concerné, une telle entente avait été conclue, mais lorsque l’on a demandé une copie de l’entente à l’avocat, celui-ci a fait savoir qu’il n’existait pas [TRADUCTION] d’« entente écrite », mais qu’il s’agissait simplement d’une [TRADUCTION] « relation informelle ». Or, une [TRADUCTION] « relation informelle » ne satisfait pas à l’exigence voulant qu’il y ait « une entente d’échanges d’informations » qui est énoncée dans la circulaire d’information, et à mon sens cela ne satisfait pas non plus aux exigences fondamentales de transparence visant à permettre au contribuable de savoir à l’avance si un organisme quelconque qui enquête sur ses affaires a conclu une entente avec l’ADRC. Entre autres choses, nous ne savons absolument pas à quel moment ces « dispositions » ont pris effet ou si les informations dont il est ici question étaient visées par la portée de cette entente. Fait surprenant, lorsqu’elle a appris, le 17 octobre 2003, au moyen de la divulgation faite sans donner de nom, qu’un service de police non identifié avait procédé à une perquisition et qu’elle a été mise au courant de la conversation entre un agent de police et le contribuable au cours de laquelle on a donné à entendre que la police transmettrait peut-être des informations à l’ADRC, l’ADRC, dans la lettre qu’elle a envoyée à l’avocat le 21 octobre 2003, n’a pas fait mention du problème qui pourrait se poser si l’on constatait que le service de police non identifié avait conclu une entente avec elle. L’ADRC a plutôt fait savoir que

of the taxpayer's knowledge of the existence of that agreement, the CCRA left the applicants with a false sense of security.

[TRADUCTION] « compte tenu des circonstances dont [le demandeur] av[ait] fait part, [il était] considér[é] que la divulgation serait valide telle qu'elle [était] présentée », sous réserve, bien sûr, [TRADUCTION] « de nouveaux renseignements » qui pourraient être découverts et qui pourraient entraîner une modification de cette décision. En n'avertissant pas les demandeurs de ce problème, dont l'ARDC était en mesure de connaître les paramètres à ce moment-là, et en prenant par la suite la position selon laquelle, une fois que l'existence d'une telle « entente » aurait été constatée, la divulgation serait considérée comme involontaire sans qu'il soit nécessaire de prouver que le contribuable connaissait l'existence de cette entente, l'ADRC a donné aux demandeurs un faux sentiment de sécurité.

[13] I will therefore set aside the decision of August 19, 2004 (confirming the decision of February 18, 2004) on the basis that it is unreasonable, and I will refer the matter back to the respondent with the direction that the disclosures of the applicants be treated as voluntary and assessed in the Voluntary Disclosures Program on that basis.

[13] Par conséquent, j'annulerai la décision du 19 août 2004 (confirmant la décision du 18 février 2004) au motif qu'elle est déraisonnable, et je renverrai l'affaire au défendeur en lui donnant la directive suivante, à savoir que les divulgations des demandeurs doivent être considérées comme volontaires et qu'elles doivent être évaluées sur cette base dans le cadre du Programme des divulgations volontaires.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of refusal by Director of the Access to Information and Privacy Division, Revenue Canada (ministerial delegate) of applicant's request for disclosure of certain statistical information from Canada Revenue Agency (CRA) regarding collection assistance under paragraph 1 of Art. XXVII relating to Art. XXVI A of Protocol amending the Convention Between Canada and the United States of America (U.S.) with respect to Taxes on Income and on Capital (Convention)—Purpose of Art. XXVI A to enable Canada and U.S. Internal Revenue Service to lend assistance to each other in collection of taxes—Ministerial delegate refused request on ground requested information falling within exemptions in Access to Information Act (Act), ss. 13(1)(a), 16(1)(b), (c)—Applicant's complaint to Information Commissioner dismissed—Applied for judicial review of ministerial delegate's decision but Federal Court Trial Division dismissed application on basis requested information exempt under Act, s. 13(1)(a)—Federal Court of Appeal allowed appeal (*Sherman v. M.N.R.*, [2003] 4 F.C. 865 (C.A.)) and concluded exemption under s. 13(1)(a) not justified as matter of law—Court stated exemption exists only with respect to information received by Canada from U.S., not to all information exchanged unless information also containing information received from U.S. that would be revealed by disclosure of Canadian information—Court also found that statistics generated by Minister from information received from U.S. not covered by exemption unless disclosure would reveal contents of confidential information itself—However, due to misunderstanding, Court of Appeal not having information for which exemptions claimed and therefore not able to determine whether nature of information such that could be readily extracted from information protected from disclosure—Court also unable to determine whether information subject to exemption under Act, s. 16(1)(b), (c)—S. 16(1)(b), (c) providing that head of government institution has discretion to refuse disclosure of requested information under Act if information relating to investigative techniques or plans for specific lawful investigations or if disclosure of information could reasonably be expected to be injurious to

## ACCESS TO INFORMATION—Concluded

enforcement of any law of Canada—Discretion only relevant if information in question falling within exemption—"Investigation" in s. 16(1)(b) should be read in ordinary and grammatical sense—Nothing in information requested relating whatsoever to investigative techniques of specific lawful investigations and therefore threshold resulting in exercise of discretion not met—Statistics sought simply results of collection actions and collection actions not investigative in nature—Purpose of Act to provide public with right of access to information in records under government control—Exceptions to right of access should be limited, specific; entitlement to exemption must be established on balance of probabilities—For purposes of Act, s. 16(1)(c), evidence required to establish that injury to enforcement of law reasonably probable—In present case, evidence attempting to establish that disclosure would result in harm to U.S. relations and consequently enforcement of Canadian law would suffer, equivocal at best—Evidence falling far short of meeting threshold on basis that alleged injury reasonably probable—Moreover, Canadian data, not U.S. data would be released—Evidence not showing reasonably expected that disclosure of information would harm Canada-U.S. relations such that U.S. would refuse to engage in further collection actions—Application allowed—Convention Between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Arts. XXVI A (as enacted by S.C. 1995, c. 34, Sch. IV, Art. 15), XXVII (as am. *idem*, Art. 16)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13(1)(a), 16(1)(b),(c).

SHERMAN V. M.N.R. (T-612-00, 2004 FC 1423, Layden-Stevenson J., order dated 14/10/04, 13 pp.)

## AGRICULTURE

Judicial review of Canadian Grain Commission's decision to cancel certificate of inspection issued to applicant on June 13, 2003—Commission federal agency responsible for

**AGRICULTURE—Concluded**

establishing, maintaining Canada's grain quality standards, pursuant to Canada Grain Act, ss. 3, 13—One of chief purposes to provide grain industry with fair, impartial inspection and grading of grain—Applicant licensed grain dealer—25 railway cars of applicant's grain twice visually inspected, certified as No. 2 Canadian Western Red Spring Wheat—Final certificate of inspection issued—33 days later Commission advising applicant grade lowered based on lab tests—Since applicant not making application until December 31, 2003 applicant barred by limitation period in Federal Courts Act, s. 18.1(2)—Extension of time granted since all criteria outlined in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.) met—As to whether Commission *functus officio* once final certificate of inspection issued on June 13, 2003, *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, authoritative case on reopening hearings, applies to final decisions of tribunals or to matters finally resolved through adjudication—Commission's issuance of certificate of inspection not type of decision contemplated by *Chandler*—Purely administrative exercise—Not having same finality as proceeding before tribunal since parties acknowledging visual inspection method insufficient to determine grain quality—Whether Commission exceeded statutory authority by cancelling certificate of inspection, and substituting it with second corrected certificate—Act, s. 34 authorizes Commission to "cancel" certificate in specific circumstances—Rule of statutory construction, *expressio unius est exclusio alterius*, that to expressly include one thing in statute implies exclusion of another—Unless express provision in Act or Regulations for cancellation of certificate in circumstances herein, implied final certificate cannot be cancelled under Act or Regulations—Act, s. 16 providing Commission may establish methods for determining grain quality—Accordingly Commission has power to enact regulations requiring shipments of wheat be subject to laboratory analysis, and certificate of grade provided at time of shipment, based on visual inspection, will be subject to revision and correction—Necessarily requiring cancellation of original grade certificate—But Commission failed to exercise powers, by enacting regulations, to set out method, visual or otherwise, for determining characteristics of grain—Canada Grain Regulations not providing for cancellation of grade certificate—Application allowed—Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th) Supp.), c. 37, s. 2), 13, 16 (as am. *idem*, s. 5; S.C. 1994, c. 45, s. 5), 34—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

SASKATCHEWAN WHEAT POOL V. CANADA (GRAIN COMMISSION) (T-2843-03, 2004 FC 1307, Kelen J., order dated 23/9/04, 20 pp.)

**AIR LAW**

Judicial review of interpretation by Commercial and Business Aviation Branch of Transport Canada (Transport Canada) that Beechcraft BE10 (BE10) aircraft with crew of two pilots must be equipped with cockpit voice recorder (CVR) when aircraft used as air taxi pursuant to Subpart 3 of Part VII of Canadian Aviation Regulations (CAR)—Specifically, applicants asking Court to rule not under duty to install CVR in their BE10s under these conditions—Applicants operating air transport business pursuant to operating licence issued by Transport Canada—Operating several BE10 type aircraft as air taxi service on request for varied range of customers—Applicants maintaining could quite legally operate BE10 with only one pilot, but for various reasons, having to do with passenger comfort and safety in general, choosing to operate with two pilots—BE10 aircraft having two turbine engines and passenger seating configuration for six or more passengers—In Information Circular sent to all Canadian carriers, including applicants, Transport Canada announcing when BE10s used as air taxi and two pilots at controls, s. 605.33(2) of CAR, recently amended, requiring aircraft be equipped with CVR in cockpit—Applicants arguing only compulsory to have CVR where aircraft piloted by two-person crew at all times—Issue whether Transport Canada's interpretation BE10 should be equipped with CVR when aircraft used as air taxi and two pilots are at controls consistent with provisions of CAR—S. 703.86 of CAR providing aircraft operated pursuant to Subpart 3 of Part VII of CAR must be operated by two pilots, unless two conditions met, namely air operator authorized in air operator certificate and complying with Commercial Air Service Standards—In addition to two conditions, aircraft may be operated by only one pilot if operations specification 011, created by s. 703.86(a) of CAR, observed—S. 703.86 of CAR, combined with operations specification 011, forming exception to rule and allowing single pilot to be at controls of multi-engined turbo-powered aircraft without aircraft having to be equipped with CVR—Under s. 603.33(2) of CAR, when applicants' BE10 used as air taxi and two pilots are at controls, applicant must equip aircraft with CVR—Consequently, Transport Canada interpretation consistent with provisions of CAR—Application dismissed—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, ss. 605.33(2), 703.86, 703.86(a).

MAX AVATION INC. V. TRANSPORT CANADA (T-594-04, 2004 FC 1410, Shore J., order dated 14/10/04, 14 pp.)

**ARMED FORCES**

Judicial review of Chief of Defence Staff's decision dealing with applicant's claim for redress of grievance pursuant to National Defence Act (Act), s. 29—In grievance, applicant objected to request to use annual leave to account for portion

**ARMED FORCES—Continued**

of time spent away from workplace in order to complete relocation—Applicant major in Canadian Armed Forces—In 1998 transferred from Trenton to Ottawa—Spent 11 days away from work conducting move—Administrative officer insisted applicant submit leave pass for time not covered by five-day special leave allowed by Canadian Forces Administrative Order 209-36 or would be charged with being absent without leave—Applicant characterized such treatment as intimidation and harassment because delay in moving process beyond his control—Detachment commander then granted two days' short leave in addition to five days' special leave to relocate, but required applicant to apply for four days' annual leave to cover remaining time applicant away from workplace—Request for four days' annual leave approved—Applicant submitted request for redress of grievance—Request denied—Commander rejected claim applicant unaware of entitlements or requirement that he inform superiors of whereabouts—Observed that technically applicant absent without leave and could be subjected to administrative or disciplinary action—Applicant submitting expanded request for redress to include time off for preparation of request—Commandant satisfied applicant received proper compensation for travel, moving expenses and concluded no provision supporting compensatory leave to prepare grievance—Applicant submitted grievance to Chief of Defence Staff, requesting restoration of four days of annual leave, 21 days' special leave in compensation for time spent preparing grievance, three months' special leave for pain and suffering—Director of Pension and Social programs providing opinion, based on Forces Administrative Order 209-36, applicant entitled to, and received, five days of special leave and members requiring additional time must take annual leave—Based on Canadian Forces Grievance Board (CFGB)'s recommendation, Chief of Defence Staff dismissing grievance except to extent of granting two days' special leave—As applicant agrees did not conform with requirements of Forces policy on harassment, no foundation for argument for positive discretionary finding for pain, suffering—As no regulatory basis for compensation with 21 days' special leave for preparation of grievance, no error on this aspect by Chief of Defence Staff—As to exercise of discretion, applicant arguing Chief of Defence Staff's decision to not grant further two days for necessary components of relocation patently unreasonable—CFGB finding two days related to waiting for electrician and pre-closing inspection not "necessary components of the relocation"—Applicant arguing this finding erroneous and, since accepted without question by Chief of Defence Staff, such acceptance patently unreasonable—Evidence including documentation provided at time of relocation, containing expectations of members of Forces—Based on that evidence, not possible to find on balance of probabilities electrician and pre-closing inspection expectations not necessary components

**ARMED FORCES—Concluded**

of relocation—CFGB erred in finding these expectations fulfilled for "personal reasons"—This single, isolated acceptance of CFGB's erroneous finding by Chief of Defence Staff patently unreasonable—Application allowed to this limited extent—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 29 (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 7).

DOYLE V. CANADA (CHIEF OF THE DEFENCE STAFF)  
(T-2101-03, 2004 FC 1294, Campbell J., order dated 22/9/04, 20 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Reference to Court under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 77(1) for determination whether inadmissibility on security grounds certificate reasonable—Certificate reasonable, challenge to constitutional validity of legislation rejected—Procedural steps regarding disclosure of information—Chronology of Court orders, directions—Judge examined security intelligence report upon which certificate based within seven days of referral—Narrative, reference indexes amounted to 10 volumes—Judge heard *viva voce* testimony, questioned Canadian Security Intelligence Service (CSIS) representative—Harkat given summary of narrative, copies of some documents so as to be reasonably informed—Given some six volumes of material—Only information injurious to national security, any person's safety withheld—On three subsequent occasions, Ministers asked Court to receive additional information in absence of Harkat, counsel—First request was re: information from foreign agency—Harkat given summary after foreign agency consented—Information was to effect Harkat identified as having operated guest house in Pakistan for Mujahedeen on way to Chechnya—Second request was re: two contacts between Harkat, CSIS—Harkat given summary, omitting information on operational detail, identification of certain individuals—Other disclosure matters were subject of litigation: *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19 (F.C.T.D.); *Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161 (F.C.); *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.)—Due to passage of time, Court convened hearing to consider whether any more information could be given Harkat—Harkat later given additional summary statement re: Odeh, terrorist implicated in bombing American Embassy at Nairobi—Court received yet another Ministerial request to hear evidence *in camera*—To help Harkat focus on case to be met, Court ruling would make no adverse finding based on information from Ahmed Ressam, Maher Arar or Odeh—Harkat serving notice of constitutional question—Order sought striking down IRPA, ss. 77-81—In written submission, relief sought refined to seek declaration

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

ss. 78-80 violate fundamental justice, protected by Charter, s. 7, or modification of legislation's application to require appointment of Special Advocate (as in U.K.'s Special Immigration Appeals Commission process) to represent Harkat at *ex parte, in camera* proceedings—*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (C.A.) authority for proposition designated Judge does have power to consider constitutional question—Harkat's lawyer conceded Court bound by *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (C.A.), holding procedure under s. 40.1 of former Immigration Act satisfied fundamental justice principles—In *Charkaoui*, F.C.A. held process established by IRPA, ss. 77, 78 meets minimum fundamental justice requirements—F.C.A. also held appointment of special advocate or *amicus curiae* not needed to provide hearing in line with fundamental justice—Application for constitutional relief accordingly denied—Statutory scheme, standard of proof, what Ministers must prove, applicable legal principles—Review, exposition of statutory scheme, relevant case law—Only citizens have absolute right to enter, remain in Canada—Permanent residents have qualified right—Foreign nationals, permanent residents inadmissible if reasonable grounds to believe member of terrorist group—Permanent resident named in security certificate enjoys procedural rights not accorded foreign national—Proof of "reasonable grounds to believe" requires evidence demonstrating objective basis for reasonable grounds: mere suspicion, subjective belief not enough—Standard of proof is balance of probabilities—As for meaning of "terrorism", "member" of a group, see: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3—Allegations against Harkat—Concealed having supported Islamic extremists, went to Afghanistan—Member of bin Laden network (which includes Al-Qaida)—Network engages in terrorism to attain objective: establish Islamic states based on fundamentalist interpretation of Islamic law—Suspected of involvement in destruction of New York's World Trade Center in 2001—Al-Qaida operated terrorist training camps, guest houses in Afghanistan, Pakistan, Sudan—As many as 5,000 trained militants may have dispersed to 50 countries—Network uses "sleepers", suicide operatives—Harkat supporter of Front islamique du salut in Algeria—Told numerous lies to Canadian officials in attempt to disassociate himself from groups which support terrorism—Associated with Abu Zubaida, a top lieutenant of Osama bin Laden—Harkat testified had never even met Abu Zubaida—Public evidence reviewed—As to confidential information, reference to Canadian, foreign case law on necessity for keeping certain security information confidential—Security intelligence investigations directed to future events, attempting to predict them by discovering from past, present events patterns of occurrences, relationships—Must piece together apparently unrelated bits of information—Security intelligence investigation, unlike criminal investigation, not terminating

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

when group member apprehended—Criminal law principles inapplicable to security certificate proceedings—Apparently non-sensitive, unrelated bits of information, if disclosed by Court, could provide insight into scope, progress of ongoing intelligence operation—Could reveal existence of leak from within organization, allowing taking of evasive steps—Could reveal certain activities not under investigation—Examples of type of information to be kept confidential—Since disclosure always situation specific, comparison with summaries provided in other security cases irrelevant—Principles relevant to assessment of confidential information set out by Blanchard J. in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327 (F.C.)—Same principles as in s. 84(2) detention review apply in determining reasonableness of security certificate—Examples of relevant inquiries, areas for examination by Court where confidential information is provided by human source—Relevant inquiries where confidential information provided by another intelligence agency would include foreign agency's human rights record, whether mere conduit for information from less reliable agency—Relevant inquiries where information obtained through technical sources (electronic surveillance)—Regardless of source, questions should be posed as to existence of any exculpatory evidence—Judge must remain vigilant, mindful of obligation to probe reliability of evidence—Ministers required to address source of each item of information relied upon, reliability of each source of information, whether independent, corroborating information—Ministers providing, as confidential exhibit, chart depicting source of all information—After detailed review of entire record, Judge twice directed counsel to Ministers and a witness to re-attend *in camera* to answer certain questions—Analysis of evidence—Reference to *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869 in which S.C.C. reaffirmed necessity for reasoned judgments as "central to the legitimacy of judicial institutions in the eyes of the public"—Requirement to given reasons concentrates judicial mind on difficulties presented—To ensure rigour in analysis, Judge prepared handwritten footnotes for inclusion in Court's confidential file—Three aspects of Harkat's testimony not having ring of truth—Credibility undermined by admission twice lied to CSIS—Beyond doubt Harkat lied under oath to Court in several important respects—Harkat suggested information obtained from Abu Zubaida by torture, therefore inadmissible—Ministers say use of torture not proved on balance of probabilities—Harkat mentioned *New York Times, Globe and Mail* articles concerning guidance given CIA as to how far it could go in terms of extreme interrogation techniques in extracting information from Abu Zubaida—"Gonzales memorandum" prepared by American Justice Department, said acts had to be of "extreme nature to rise to level of torture . . . certain acts may be cruel, inhuman, or degrading, but still not

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

produce pain and suffering of the requisite intensity to fall within meaning of” Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36—Causing mental suffering permissible if not resulting in significant psychological harm enduring for months or years—Use of sensory deprivation techniques legitimate—In context of “current war against Al Qaeda . . . prosecution under Section 2340A may be barred because enforcement . . . would represent an unconstitutional infringement of the President’s authority to conduct war . . . under the current circumstances, necessity or self-defense may justify interrogation methods that might violate Section 2340A”—Harkat also pointed to statutory declaration by Mr. Watt of Centre for Constitutional Rights given opinion that, since September 11 attacks, “U.S. Executive Branch through a strained interpretation of applicable domestic and international law has approved detention practices and interrogation techniques that constitute torture”—U.S. officials, as well as using interrogation methods causing serious injury or death, have also resorted to “rendition” to other countries for torture—Abu Zubaida said to have been captured in Pakistan, now held in Jordan—U.S. military official admitted America considering turning him over to foreign intelligence service that would employ more brutal techniques than those allowed in U.S.A.—He was shot during capture, medication for pain reportedly withheld as interrogation device—Court concluding hearsay material raised significant concern as to interrogation methods used on Abu Zubaida—Act, s. 78(f) gives judge flexibility to receive evidence normally inadmissible—Apart from torture issue, Court had no evidence as what Abu Zubaida actually said so unable to assess its weight—In all circumstances, no weight given to information provided by him—Reference to Security Intelligence Review Committee (SIRC) reports critical of CSIS, including mismanagement of Project Sidewinder (intelligence gathering as to efforts of Asian criminal gangs to influence Canadian politics, business), said to have harmed relations between CSIS, RCMP—CSIS’s Sidewinder first draft report failed to meet most elementary standards of professional, analytical rigour—But no indication disagreements between CSIS, RCMP arising during course of Project Sidewinder caused, symptomatic of difficulties in other areas of inter-agency relationship—Judge read SIRC report on role of CSIS re: Maher Arar, prepared on basis of access to “top secret” information—SIRC report not supporting broad conclusion CSIS incompetent, inefficient, explaining single review not to be read as judgment of CSIS as a whole—Confidential information provided Court by CSIS generally reliable—Information speaks for itself, Court not having to rely on its evaluation by CSIS—On all evidence, Court satisfied Harkat supported terrorism as bin Laden

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

network member, supports Groupe islamique armée (which seeks to establish Islamic state in Algeria, by use of violence), has assisted Islamic extremists who have come to Canada—Harkat inadmissible as person described in IRPA, s. 34(1)(c), (f)—In earlier proceeding, Court rejected Harkat’s arguments Ministers failed to make full, fair disclosure of Algerian political situation, improperly suggested false Saudi passports were passports of choice only for Islamic extremists—Security certificates were reasonable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31)—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34, 76-81 (ss. 76, 77, 79 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)—Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36—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.

HARKAT (RE) (DES-4-02, 2005 FC 393, Dawson J., order dated 22/3/05, 74 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Judicial review of decision of Appeal Division of Immigration and Refugee Board (IAD) dismissing appeal from deportation order under former Immigration Act, s. 70(1)(b) since applicant person convicted of criminal offences and described in Act, s. 27(1)(d)—Applicant, Portuguese citizen living in Canada since infancy and becoming permanent resident—No ties to Portugal and immediate family members all living in Canada, including daughter, aged eight—Convicted of ten criminal offences, including possession of property obtained by crime and sexual assault; becoming subject of immigration report—IAD considered applicable factors in removal hearing but determined sufficient factors against granting appeal, primarily because crimes committed serious and applicant not showing remorse—Whether IAD failing to consider best interest of applicant’s daughter in exercising discretion under Act, s. 70(1)(b)—IAD’s discretionary jurisdiction legal issue ultimately supervised by courts—IAD’s attempts to turn mind to best interests of child neither described as “well identified and defined” nor as showing careful examination as required by case law—Despite principle that Court not to impose formal requirements regarding approach to assessing child’s interest, mere mention of children not equivalent of examining and weighing—Best interest of child important factor to be considered in removal cases but not determinative—IAD’s failure to make slightest reference in decision to hardship child might face upon father’s removal constituting reviewable error of law—Issue involving question of mixed fact and law and decision

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

reviewable on standard of reasonableness *simpliciter*—IAD failing to consider power under Act, s. 74(2) to stay removal order on condition applicant not re-offend and to lift stay and order applicant deported if applicant failing to comply—IAD's exercise of power may have been appropriate in balancing best interest of child and other factors favouring applicant remaining in Canada against most important factor of whether applicant likely to re-offend—IAD also having power to review case periodically under Act, s. 74(2) if needed—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78), 70(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13), 74(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18).

EUGENIO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5891-02, 2003 FC 1192, Kelen J., order dated 15/10/03, 13 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's (Board) decision applicant inadmissible to Canada on grounds of serious criminality pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 36(1)(a)—Board then issued deportation order against him—Applicant born in Jamaica—Arrived in Canada in 1987 on temporary visa—Granted permanent resident status in 1993, but never became a citizen—In 2001 convicted of conspiracy to traffic in narcotic, trafficking in narcotic—Sentenced to 10½ years' imprisonment in addition to time served—Essentially on authority of *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 (*Chiarelli*), Board determined applicant's Charter, s. 7 rights not engaged—Whether issuance of deportation order breaches applicant's right to liberty in Charter, s. 7, in manner not complying with requirements of natural justice—Board correctly relying on *Chiarelli* as starting point for analysis, although decided under different legislative scheme that included broad-based appeal for persons in applicant's situation—Under current legislative scheme, right of appeal in "all the circumstances of the case" for persons such as applicant eliminated in absolute terms—Right of appeal on factual and legal grounds that remains is only through avenue of judicial review—Removal from Canada impacts range of interests of person affected and conceivably of other persons dependent on applicant—Range of interests extends to liberty interest of person affected—Charter, s. 7 engaged—Issue then becoming whether impending deprivation of that interest would be accomplished in accordance with principles of natural justice—Necessary to weigh applicant's personal interests affected by deprivation of liberty against state's interests inherent in legislative scheme—Permanent residents not having unqualified right to enter, remain in Canada—Applicant deliberately violated essential condition under which permitted to remain in Canada—

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Protection against arbitrary deprivation of right to remain in Canada continuing despite elimination of right to appeal to Immigration Appeal Division—Applicant having right to judicial review, right under IRPA to assessment of risk if removed to Jamaica—Also can seek humanitarian and compassionate relief—Deprivation occurred through action of Parliament in total context that has preserved consistency with principles of fundamental justice—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a)—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.

POWELL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4964-03, 2004 FC 1120, Gibson J., order dated 13/8/04, 18 pp.)

Judicial review of decision by Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) setting aside stay of deportation order and dismissing appeal of order against applicant Celonie Mervilus—Applicant Haitian national arriving in Canada with family to join another sister already living in Canada—Some years later, arrested for drug trafficking, sentenced and received term of imprisonment—Ordered to leave Canada, but Appeal Division stayed order for five-year period, with review on regular basis—In penultimate case review, Appeal Division staying order for one more year, but concluding applicant, who had been released from prison, not satisfactorily demonstrating intended to make serious effort to join labour market and settle debts with state—At final review, applicant appearing before Appeal Division but not having counsel—Counsel withdrawing from case two days before hearing because unable to contact client—Applicant requesting postponement to be able to return with counsel, explaining had spoken with counsel previously but at time they were to meet to prepare case, applicant stuck in Haiti—Member determining applicant's integration in Canada unsatisfactory and lifting stay, dismissing appeal and making deportation order enforceable—Despite respondent's argument counsel would not have made difference in outcome of case, clear applicant not able to represent himself coherently—Right to counsel in administrative proceeding not absolute right, unlike right to fair hearing—However, when effect of absence of counsel to deprive individual of right to fair hearing, decision rendered invalid—In certain cases, person may have right to assistance of counsel arising from requirement person be afforded opportunity to adequately present case—Refusing individual right to retain counsel by not allowing postponement reviewable if following factors in play: case is complex, consequences of decision serious and individual not having resources, whether in terms of intellect or legal knowledge, to properly represent interests—Purpose



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

of hearing to establish applicant having met conditions for stay and to decide appeal of deportation order—Member brought out shortcomings in case, but as applicant learned just day before he would be appearing alone, nobody arguing favourable points—Consequences of removing applicant from Canada, when father of two children and no longer having family in Haiti, very serious—In prior decision Appeal Division referring to applicant's limited intellect obstacle to his integrating easily into society—Applicant not having right to fair hearing since unable to argue case—Since applicant always appearing accompanied by counsel, applicant having reasonable expectation of postponement—Regarding applicant's employment and measures taken to settle social security debt, applicant having taken some action but not having in hand evidence given to his counsel—Previously having right to stay of execution of removal order, due to representation by counsel, and obviously ill-equipped to deal with issue of appeal—Unfair to close file definitively without giving applicant chance to be heard by impartial tribunal—Application allowed.

MERVILUS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8400-03, 2004 FC 1206, Harrington J., order dated 2/9/04, 11 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review of decision of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board (IAD) not to discontinue respondent's appeal on basis Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 196 not applying to sponsorship appeals filed before coming into force of IRPA, pursuant to Immigration Act (former Act), s. 77(3)—Respondent, Canadian, married husband, citizen of India, sometime after husband found inadmissible to Canada under former Act, ss. 19(1)(f)(iii)(B), 19(2)(d) and after Minister signed certificate stating contrary to public interest to have his refugee claims considered—Husband deported to India and respondent applied to sponsor his application for landing—Application refused on several grounds including that husband found to be person that there are reasonable grounds to believe is member of organization that there are reasonable grounds to believe engaged in terrorism—Respondent appealed decision as entitled to do under former Act—Appeal originally scheduled for hearing but hearing postponed a number of times by former Immigration and Refugee Board for unknown reasons—Before hearing date, Minister filed notice of discontinuance of appeal before IAD under IRPA, s. 196 i.e. because respondent sponsor of foreign national refused on security grounds—IAD sought further submissions from parties on issue before accepting Minister's notice—Respondent argued language of s. 196 not sufficiently clear to apply to sponsorship appeals filed before coming into force of relevant IRPA sections—IAD accepted respondent's position and

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

concluded that applying s. 196 to sponsorship appeals filed prior to coming into force of Act would lead to unjust and unreasonable consequences not intended by Parliament—As to meaning to be given to s. 196, Court having to consider French text as well—Words “appeal made to the Immigration Appeal Division” and “appellant” in English version broad enough to capture all appeals provided for under former Act, ss. 70, 77—However, in French version use of “*alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi*” between commas indicating that restrictions of right to appeal under s. 64 prime qualifier in s. 196—French version important element of context to consider when ascertaining intention of legislator and meaning of provision—Since IRPA, s. 196 referring to entirety of s. 64, including s. 64(3) dealing exclusively with sponsorship appeals under s. 63(1), impossible to state that legislator intended s. 196 apply solely to appeals under former Act, s. 70—Exclusion of sponsorship appeals from application of s. 196 would not give full effect to words used in provision to describe requirement—S. 64 clearly excluding foreign nationals from benefit of sponsors' right of appeal and ensuring that persons inadmissible on security grounds or on ground of serious criminality precluded from doing indirectly what not entitled to do directly—IRPA applying to all proceedings pending or in progress except for appeals already filed before coming into force of relevant sections, subject to further exception—Further exception comprising appeals specified in ss. 196, 197 to which general principle of immediate application of IRPA applying—Argument that exceptions requiring restrictive interpretation rejected since even exceptions requiring construction in accordance with IRPA's scheme and Parliament's intention—Interpretation that foreign nationals found inadmissible on security grounds not having benefit of IAD appeal perfectly coherent with choices set out under ss. 64, 190, 196 regarding appeals under former Act, s. 70—Out of deference for IAD, appellants granted stay under former Act excluded from application of s. 196—Given ordinary meaning of words and scheme, objective of IRPA, s. 196 clearly applying to sponsorship appeals—Therefore respondent not entitled to appeal sponsorship decision to IAD—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 63(1), 64, 190, 196—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 19(1)(f)(iii)(B) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 19(2)(d), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13), 77(3) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 134).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. BHALRHU (IMM-2228-03, 2004 FC 1236, Gauthier J., order dated 9/9/04, 17 pp.)

Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

applicant not Convention refugee or person in need of protection—Applicant, Chinese, claiming refugee status in Canada on basis of religion—Participated in underground Christian church and provided venue for church services—Chinese Public Security Bureau (PSB) discovered underground church but applicant escaped while other members arrested—Applicant went into hiding and heard PSB looking for him; made arrangements to flee China through smuggler—Board finding applicant lacked credibility given inconsistencies and implausibilities in testimony—Board doubting applicant genuine believer or events specified actually occurred—At conclusion of hearing, Refugee Protection Officer (RPO) pointed out that applicant's name had appeared in article in local Chinese newspaper identifying applicant as having disappeared, with others, from delegation with which travelling to Canada and asking for information on missing people's whereabouts—After Board asked RPO to try to obtain copy of article, applicant obtained article with translation—Board's Presiding Member refused to enter article, translation into evidence as late and not relevant to claim—Applicant argued article showed potentially facing arrest, imprisonment on return to China for obtaining exit permission under false pretenses and for leaving business delegation with which had travelled to Canada—Respondent submitting open to Board to refuse to admit article into evidence because no indication of authenticity—That claimant could face fine or imprisonment for breaking law not basis for granting refugee protection—Even if applicant imprisoned, documentary evidence indicating deportees facing maximum sentence of one year—Link needed between general country conditions and specific likelihood of harm upon applicant's return to country of nationality—Where claimant's oral testimony only evidence linking claimant to alleged persecution, if claimant lacking credibility, no credible and trustworthy evidence supporting claim—Refugee claim based on fear of persecution because of religious affiliations, activities and need of protection from Chinese authorities because of religious commitment—No real justification offered that would require or justify Board exercising power to allow article, translation into evidence after deadline—Board also correct in finding newspaper article's probative value dubious—Moreover, article's statement applicant absconding delegate amounting to fundamental contradiction of refugee claim on grounds of religious affiliations—If article's content proven, article confirming Board's negative as to credibility finding applicant's narrative—Applicant's reasons to introduce article into evidence amounting to entirely new claim having no nexus to refugee ground (absconding delegate) and no connection to basis of initial claim for protection as member of underground Christian church—Two claims entirely incompatible since applicant refugee could not come to Canada as absconding delegate and

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

as smuggled Christian refugee at same time—Connections applicant now seeking to make between article and fear of authorities tenuous at best and not connections initially presented to Board—Board correct in rejecting article—Application dismissed.

ZHANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5580-03, 2004 FC 1274, Russell J., order dated 17/9/04, 16 pp.)

Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's dismissal of claim for Canadian protection—Applicant previously claiming refugee status as dependant under mother's principal refugee claim—Refugee claims of mother, dependent son denied—Mother obtaining status through marriage and residing in Canada with spouse and minor child—Applicant returned to Venezuela, became anti-Chavez activist—Returned to Canada fearing retribution from pro-Chavez Bolivarian circle—Too old to be sponsored by mother and not entitled to claim refugee status in own right given Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 101(1)(b) providing that person can no longer claim refugee status if previous claim rejected by Immigration and Refugee Board—Applicant applying under IRPA, s. 112 *et seq.* for PRRA in which could invoke facts subsequent to earlier unsuccessful claim that would substantiate well-founded fear of persecution as Convention refugee or as person in need of protection—Request for PRRA hearing denied—PRRA officer dismissed claim for Canadian protection on grounds claim lacking subjective fear of persecution and lacking objective basis since state protection available in Venezuela—Immigration and Refugee Protection Regulations, (IRP Regulations) s. 167 not entitling applicant to hearing unless specific factors, such as issue of credibility, present—Judicial review application of PRRA officer's decision based on following grounds: (1) hearing should have been held; (2) PRRA officer made patently unreasonable finding of fact material to holding claim lacked subjective fear; (3) rules of natural justice not followed since PRRA officer relied on Internet material not included in Board's data bank on Venezuela's country conditions in finding claim lacked objective fear and failed to give applicant opportunity to respond—Oral hearing not absolute requirement in all situations—Context of situation to be considered—PRRA officer created issues pertaining to subjective and objective aspects of fear of persecution and not giving applicant opportunity to meet case PRRA officer herself created against him—PRRA officer making patently unreasonable finding of fact in finding applicant living in, working at same place after incident triggering decision to leave country—In fact, sworn statement applicant living in hiding in Venezuela—Documents relied on by PRRA officer on Venezuelan country conditions not standard documents but result of specific

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Internet research conducted by PRRA officer—Applicant entitled to disclosure of such research and to opportunity to respond before PRRA officer made decision—Unilateral use of Internet unfair—*Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.*, [1997] 3 S.C.R. 1278 establishing that rule in admiralty that parties not entitled to disclosure of advice nautical assessors give judges or to call expert witnesses violating principle of natural justice of right to be heard—Supreme Court establishing that right to be heard (*audi alteram partem*) confers right on every party to bring forth evidence on all material points and to call expert witnesses—Internet equated with assessor by analogy—PRRA officer obliged to make disclosure before reaching decision and to give applicant opportunity to comment—Applicant entitled to hearing for PRRA since credibility in issue—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 101(1)(b), 112—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 167.

ZAMORA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9593-03, 2004 FC 1414, Harrington J., order dated 14/10/04, 10 pp.)

Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) rejecting applicant's claim for protection because of lack of credibility—Whether Board made errors serious enough to set aside decision—Applicant, Sinhalese male citizen of Sri Lanka, claiming tortured by Sri Lankan police—Board erred in making findings of fact completely unsupported by evidence—One example of erroneous finding of fact pertaining to burns sustained on lower part of applicant's body—Board not believing burns result of being intentionally set on fire and speculated result of work as welder and use of dangerous equipment—Board also taking improper judicial notice when finding that person suffering injuries as described would have probably lost consciousness whereas applicant did not make that claim—Board also taking improper judicial notice of fact speech impediments tending to be congenital after testimony speech impediment result of electric shocks administered while in police custody—Principle that cannot simply take judicial notice of extent to which injury will interfere with individual's functioning and that nature, extent of injury and injured person's circumstances to be considered applying—*R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863 establishing that judicial notice dispensing with need for proof of facts clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute—Supreme Court also establishing that fact to be either so notorious or generally accepted or capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy to be admissible—Applicant also submitting reasonable apprehension of bias based on presiding Board member's harassing questioning and sarcastic and

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

demeaning tone—Test to determine existence of reasonable apprehension of bias whether informed person viewing matter realistically and practically can conclude bias exists—Tone, impatience, aggressive questioning of presiding member not demonstrating member lost impartiality—Conduct of presiding member alone not basis for finding of bias—Board's decision rendered orally in unstructured manner by presiding member immediately after conclusion of submissions and taking some 90 minutes to deliver—Decision reflecting remarkable degree of disdain for applicant as person and referring to him in unflattering manner—In decision, Board also making disrespectful comment on testimony regarding applicant's alleged political involvement—Board's comment viewed in light of other disparaging remarks in reasons and level of hostility demonstrated by Board member towards applicant in course of hearing—Informed person viewing matter realistically and practically, thinking matter through, would conclude existence of reasonable apprehension of bias on part of presiding member—Full extent of member's animus *vis-à-vis* applicant not entirely evident until decision rendered—Therefore, failure to object to Board member's conduct in course of hearing not fatal to right to argue existence of bias—Application allowed.

KANKANAGME V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1317-04, 2004 FC 1451, Mactavish J., order dated 20/10/04, 10 pp.)

**MARITIME LAW****CREDITORS AND DEBTORS**

Foresight Shipping Co. Ltd. (Foresight) appealing Prothonotary's decision granting Shipping Company of India Ltd. (SCI) permission to intervene in proceedings to oppose seizure of ship—Order also setting aside said seizure and returning bank guarantee filed as security—Foresight obtaining arbitral award against Union of India (India) and Food Corporation of India (FCI) subsequent to charter party dispute—Award registered as judgment of High Court of Delhi and judgment registered in England and in Federal Court in Canada—India and FCI failing to pay award amounting to more than C\$1,000,000—Foresight seeking to execute judgment against India's assets outside country and obtaining writ of seizure and sale against ship *Lok Rajeshwari* (ship) owned by SCI, stationed in Sorel, Quebec—Prothonotary finding under Indian law, SCI having distinct juridical personality from India such that assets and liabilities distinct and separate—Also finding Indian law not providing for piercing of SCI's corporate veil despite India's failure to pay debt—Piercing of corporate veil only justified by use to which person or entity has put company under person's or entity's control—*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022 establishing that in cases involving conflict of laws, comity

**MARITIME LAW—Concluded**

requiring courts apply *lex loci* (law of place where incident occurred) to substantive questions of case—*Lex fori* (law of place where case is heard) applying to questions of procedure—In present case, procedural rules of Federal Court applying to procedural matters and Indian law applying to substantive law—Execution on debt procedural matter to be determined after determination of substantive issues—Foresight's ability to execute on debt resting on ability to demonstrate SCI's asset to be treated as asset of India because SCI alter ego of India or because piercing of SCI's corporate veil justified—Two substantive issues requiring application of Indian law—Indian law recognizing corporations have distinct legal personalities from shareholders—Cases under Indian law where corporation found to be alter ego of state concerning protection of fundamental rights, not property and contract law—No evidence SCI government instrument—Fact India major shareholder in SCI insufficient to deny SCI's existence as independent legal personality—SCI's business, income, undertaking and assets not controlled by India—No evidence SCI implicated in India's refusal to pay debt to Foresight—SCI not agent, instrument or alter ego of India—In conflict of law issue, courts must apply foreign law as exists, not as reformers would like—Indian case law governing issue of piercing corporate veil—Foresight unable to demonstrate SCI used by India to commit fraud, avoid paying debt—Fraud alleged by Foresight committed by shareholder India, separate and apart from SCI—Since SCI not involved in fraud or illegal transaction, piercing of SCI's corporate veil not justified—Allowing seizure of ship would amount to disregarding state of law in India and punishing SCI's minority shareholders—Foresight's reliance on *Med Coast Shipping Ltd. et al. v. Cuba*, [1993] Q.J. No. 750 (QL) (S.C.) to support claim for execution misplaced—*Med Coast* distinguished as involving assets held for and owned by Cuban government while present case involving asset owned by third party—Appeal dismissed.

FORESIGHT SHIPPING CO. V. UNION OF INDIA (T-455-02, 2004 FC 1501, Tremblay-Lamer J., order dated 26/10/04, 17 pp.)

**PAROLE**

Application for declaration that Appeal Division of National Parole Board (NPB) erred in law in failing to apply Supreme Court's principles set out in *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385—Applicant serving life sentence in maximum security institution for second degree murder for offence committed at age 17—Ineligible for parole for 18 years because of several aggravating factors—Appeal from conviction, sentence in provincial court dismissed but, given amendments to applicable legislation enacted after conviction, parole ineligibility period reduced to seven years, maximum

**PAROLE—Continued**

period allowed for persons committing second degree murder at 17—Applicant waiving parole hearings or requesting postponement until 2003 hearing scheduled peremptorily under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 123(1) and CCR Regulations, s. 158—At peremptory parole hearing, applicant denied full parole by Board and NPB affirmed Board's decision—Applicant not seeking parole at either hearing and claiming not ready for release into community—Requested that NPB accept responsibility for management of correctional program but request denied—Whether NPB erred in declining to apply *Steele* to applicant's situation—Applicant having 32 institutional charges on record and serving much of custodial term in protective custody or segregation—Breakdown in relationship between applicant, Correctional Service of Canada (CSC) case management staff escalating due in part to errors in CSC records—Psychological/risk assessment report commissioned by applicant noting withdrawal from case management process as applicant consumed with airing injustices—At parole hearing, no current Correctional Plan Progress Report filed by CSC—Board finding that risk applicant presented not manageable in community and that CSC, not NPB, responsible for managing case—Board placing diminished weight on psychological/risk assessment report—NPB finding *Steele* not applicable and Board not erring in making decision in absence of current Correctional Plan Progress Report since sufficient relevant information to assess risk—*Steele* emphasizing requirement that detention, sentence be tailored to fit circumstances of individual and offence—*Steele* distinguishable since offender's inordinate length of incarceration in that case grossly disproportionate to sexual offence committed and constituting cruel and unusual punishment under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 12—Case also indicating that correct route to challenge continued detention, amounting to cruel and unusual punishment, through application for judicial review of decision by CSC or NPB—CSC having jurisdiction to deal with case management of inmates and parolees: CCRA, ss. 3(a), (b), 4(a), (b), (h), (i), 5—Under CCRA, ss. 100, 101, 102, 107, NPB having jurisdiction to determine whether offender meets relevant criteria for release—Treatment of psychological/risk assessment report constituting reviewable error—While NPB having discretion to determine weight to give report and whether method of reporting risk acceptable, inappropriate for Board to discount report simply because commissioned by applicant and reviewed by counsel prior to submission to NPB—Application dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 12—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3(a), (b), 4(a), (b), (h), (i), 5 (as am. by S.C. 1997, c. 17,

**PAROLE—Concluded**

s. 13), 100, 101, 102 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 27(F)), 107 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, Sch. II; c. 42, ss. 28(E), 70(E), 71(F); 2000, c. 24, s. 36), 123(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 69)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 158.

STODDART V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(T-395-04, 2004 FC 1350, Mosley J., order dated 1/10/04, 11 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion to strike defence and counterclaim of Merck & Co. Inc. and Merck Frosst Canada & Co. (Merck) in a Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations), s. 8 action for damages suffered by reason of 11-month delay in issuance of notice of compliance (NOC)—In defence and counterclaim, Merck alleging Apotex (plaintiff) not entitled to damages under NOC Regulations, s. 8 since Apotex infringed Merck's Canadian Patent No. 1161380 ('380 Patent) and would not have been able to market non-infringing lovastatin if NOC issued to Apotex earlier; also seeking set-off against damages claimed by Apotex in action—Merck previously obtained '380 Patent for marketing and sale of lovastatin tablets in Canada and filed patent list including '380 patent—Apotex delivered notice of allegation (NOA) alleging non-infringement of '380 Patent because would use non-infringing lovastatin made from non-infringing process—As result of Merck's NOC Regulations, s. 6 application, Minister prevented from issuing NOC to Apotex for lovastatin tablets until either dismissal of Merck's prohibition proceeding or expiration of 30-month statutory stay—After expiration of statutory stay, prohibition proceeding deemed dismissed on ground Court had lost jurisdiction—Allegation of non-infringement in prohibition proceeding never determined—Apotex only issued NOC at dismissal of prohibition proceeding, 11 months after Apo-Lovastatin approved under Food and Drug Regulations—Merck bringing patent infringement action against Apotex claiming damages for period commencing when Apotex issued NOC and ending at expiration of '380 Patent—With respect to motion to strike under Federal Court Rules, 1998 (Rules), r. 221(1)(a), (b), (c), (d), (f), Apotex arguing impugned paragraphs in Merck's defence and counterclaim disclosing no reasonable defence, immaterial, redundant, frivolous, vexatious, delaying fair trial of s. 8 action and abuse of process—Whether issues of pure law and statutory interpretation with respect to NOC Regulations, s. 8 action can be determined on motion to strike—Issues involved in s. 8 action contentious, complex—Case law cited for proposition that issues involving interpretation of NOC Regulations, s. 8 should be dealt with at trial binding precedents dictating

**PATENTS—Concluded**

motion to strike should be dismissed—Argument that defence and counterclaim disclosing no cause of action unfounded—NOC Regulations, s. 8(5) making clear Court may consider "conduct" of parties and "all matters that are relevant"—Case law not foreclosing consideration of second person's infringement as "conduct" or "relevant matter" which Court may consider in assessing damages—Allegations of infringement, absence of non-infringing process or product in period prior to issuance of NOC not hypothetical and may be proven at trial—Standard in striking pleading under Rules, s. 221(d), claim otherwise well-founded only defeated if party raising delay demonstrating prejudice not compensable by award of costs—Merck's substantive rights at issue, which delay not sufficient or appropriate to defeat—Duplication of proceedings not warranting dismissal of allegations of patent infringement as constituting abuse of process—Since Merck not commencing two actions claiming same relief, parties in s. 8 action not identical to parties in patent infringement action, actions relating to distinct periods of time, and parties seeking different remedies, no abuse of process proven—Two actions may be managed efficiently by procedural safeguards—Inconsistency between Merck's written submissions to Court at hearing of motion and scope and nature of defendant's pleadings constituting abuse of process—Reference in submissions to period during which infringement occurred not supported by Merck's open-ended pleadings since pleadings not specifying period of alleged infringement—Apotex entitled to know case to be met in defendant's pleadings—Merck directed to particularize pleadings by stipulating period of alleged infringement that underlies declaration of infringement sought—Motion dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3), 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a), (b), (c), (d), (f).

APOTEX INC. V. MERCK & CO., INC. (T-1169-01, 2004 FC 1452, Aronovitch P., order dated 20/10/04, 23 pp.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review of Independent Chairperson's (ICP) decision to impose on inmate sanction of 12 days' disciplinary segregation, loss of privileges—Applicant, inmate at Millhaven Penitentiary, charged with serious disciplinary offence of possession of contraband contrary to Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 40(i) after two homemade concealed weapons discovered in cell—After disciplinary hearing ICP finding applicant guilty of offence—In imposing sanction, ICP considering applicant's previous (and recent) sanction of four days' disciplinary segregation and loss of privileges for contraband weapons offence—Whether disciplinary sanction of loss of privileges

**PENITENTIARIES—Concluded**

may be imposed in conjunction with sanction of disciplinary segregation—Issue, question of law, not dependent on facts of case—CCRA, s. 44(1) enumerating possible sanctions to be imposed on inmates in relation to disciplinary offences, including loss of privileges and segregation—S. 37 providing inmates in administrative segregation have same rights, privileges and conditions of confinement as general inmate population—Corrections and Conditional Release Regulations (Regulations), s. 40(3) requiring inmates serving period of disciplinary segregation be accorded same conditions of confinement as accorded to inmates in administrative segregation—Applicant arguing that loss of privileges creating situation whereby inmate not having same conditions of confinement as inmate in administrative segregation or inmate in general population—Neither CCRA nor Regulations stating inmates in disciplinary segregation cannot lose privileges—Phrase “one or more of the following” in CCRA, s. 44(1) permitting imposition of more than one sanction for inmates found guilty of disciplinary offence, including disciplinary segregation and loss of privileges, subject to limitations in Regulations—Purpose of disciplinary system to encourage inmates to conduct themselves in manner that promotes penitentiary’s good order—ICP needing capacity to sanction inmates who have committed disciplinary offences to promote good order—Wording of CCRA, s. 37 indicating “privileges” separate, distinct from “conditions of confinement”—Therefore, “same conditions of confinement” not meaning inmate in disciplinary segregation accorded all of same rights and privileges as inmate in administrative segregation—CCRA distinguishing between administrative and disciplinary segregation since reference to “rights and privileges” included in Act, s. 37, not Regulations, s. 40(3)—Balance must be struck between serious and harmful effects of disciplinary segregation and security of penitentiary and safety of staff, inmates, general public—CCRA, s. 44(1) permitting imposition of both disciplinary segregation and loss of privileges simultaneously for inmate found guilty of serious disciplinary offence—ICP correct in interpretation of CCRA provisions according to ordinary and grammatical meaning—Principle of statutory interpretation of strictly construing penal statutes in favour of subject only applying where meaning of provision ambiguous—Applicable provisions not ambiguous—Moreover, discipline provisions not amounting to penal consequences—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 37, 40(i), 44(1)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 40(3).

GRAHAM V. MILLHAVEN PENITENTIARY (T-608-04, 2004 FC 1344, Layden-Stevenson J., order dated 30/9/04, 13 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Pension Appeals Board decision dated September 18, 2003 wherein Board held it had jurisdiction to

**PENSIONS—Concluded**

hear appeal from decision of Review Tribunal refusing to reconsider earlier decision because new information submitted by respondent not qualifying as new facts pursuant to Canada Pension Plan, s. 84(2)—Federal Court of Appeal subsequently holding, in *Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2004), 320 N.R. 168, Board having no jurisdiction to hear appeal from Review Tribunal’s refusal to reconsider own decision because complainant advanced no new facts—Court bound by that decision—Respondent’s remedy to seek judicial review in Federal Court of Review Tribunal’s decision—Application allowed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 84(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. RICHARD (A-558-03, 2004 FCA 378, Malone J.A., judgment dated 8/11/04, 2 pp.)

**PRACTICE***RES JUDICATA*

Motion for dismissal of resale price maintenance action on basis of *res judicata*—Paccar of Canada Ltd. (Paccar) commenced proceedings in Ontario Court against plaintiffs, principals (Belziles and dealerships) for fraud, passing off, unlawful interference with economic interests, loss of reputation, punitive damages—Also sought injunctive relief restraining Belziles and dealerships from instituting proceedings against customers, former customers, end users of Paccar’s products—Belziles and dealerships delivered statement of defence and counterclaim claiming punitive damages, alleging damages for “wrongful termination” and “wrongful interference” by Paccar—Ontario Court granting Paccar interim injunction and injunction becoming permanent when case resolved—Parties’ claim for damages, counterclaim dismissed on consent by judgment and parties entering into minutes of settlement—Whether settlement in Ontario action grounds for dismissing Federal Court action on *res judicata* basis—Doctrine of *res judicata* having two branches: cause of action estoppel and issue estoppel—Issue, once decided, should not generally be re-litigated to benefit of losing party and harassment of winner, underlying philosophy for issue estoppel—Three preconditions for application of *res judicata* and issue estoppel: (1) same question decided; (2) judicial decision said to create estoppel final; (3) parties to decision same as parties to proceedings in which estoppel raised—Ontario Court consent judgment ending action—For purposes of *res judicata* doctrine, consent judgments having same effect as judgment issued by court after trial or hearing—*Res judicata* rule providing that where litigant fails to raise issue in proceeding where issue should or could have been raised, litigant forever barred from raising issue again, barring special circumstances—Special circumstances found

**PRACTICE—Concluded**

in present case—Federal Court action raising issues involving legislation not pleaded in Ontario action—Minutes of settlement containing no admissions, contemplating prosecution of case in Federal Court although further action not explicitly written—Application dismissed.

351694 ONTARIO LTD. V. PACCAR OF CANADA LTD.  
(T-1263-93, 2004 FC 1442, von Finckenstein J., order dated 19/10/04, 8 pp.)

**PUBLIC SERVICE****PRACTICE**

Judicial review of decision of Adjudicator, member of Public Service Staff Relations Board, dismissing grievance against termination by Canada Customs and Revenue Agency (CCRA)—Applicant challenging decision on ground Adjudicator erred in admitting documents into evidence at hearing on CCRA's application—Art. 17.04 of collective agreement between Public Service Alliance of Canada and CCRA providing that employer agreeing not to introduce as evidence in hearing relating to disciplinary action document from employee's file, content of which employee not aware of at time of filing or within reasonable period thereafter—Art. 17.04 due process standard—Applicant commencing employment as Trust Examiner/Collections/PPP/UI Coverage Officer at Revenue Canada (now CCRA)—Later appointed to position of PM-2 Income Tax/Excise Tax Auditor—CCRA terminated employment on ground prepared income tax returns for remuneration while employed by CCRA, contrary to CCRA's *Conflict of Interest Code* and despite employer's request to stop—Applicant filed grievance challenging CCRA's decision to terminate employment—Grievance referred to adjudication after employer's final level of response—At hearing, Adjudicator implicitly admitting three specific documents comprising final investigation report, notes to file regarding conversations with applicant, and investigation memorandum as evidence into hearing record—Documents not specifically referred to in Adjudicator's reasons for dismissing grievance—Reasonableness "global" standard of review applying to Adjudicator's decision to dismiss grievance; correctness standard of review applying to Adjudicator's evidentiary ruling on meaning of art. 17.04—Adjudicator accepting fact applicant not actually seeing three documents in question before hearing but not reading art. 17.04 as mandatory standard of due process—Art. 17.04 due process standard imposing strong duty of fairness since standard concerning issue of notice in disciplinary process potentially resulting in termination of employee—Art. 17.04 clearly intending to give grievor actual notice of contents of document before admitted into evidence—Usually meaning grievor would be provided copy of document in advance of hearing or have contents read to him/her in manner allowing grievor to understand full

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

content of document, prepare necessary response—Term "file" in art. 17.04 must be given expanded meaning to meet provision's fairness intent—Adjudicator must ask whether documents in possession of employer and whether applicant had knowledge of actual contents before admitting documents into evidence—Adjudicator failing to approach admission of documents as required and therefore making reviewable error of law—However, admission of documents having no impact on final outcome of adjudication—In light of Supreme Court decision in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, applicant submitting that breach of due process should automatically result in order setting aside Adjudicator's decision—*Cardinal* case establishing that denial of right to fair hearing rendering decision invalid whether or not reviewing court finding that hearing would likely have resulted in different decision—*Cardinal* to be viewed in light of Supreme Court's more recent requirement that if tribunal breaching duty of procedural fairness in reaching final decision, reviewing court obliged to determine whether breach affecting final determination, judged according to global standard of review—Despite factual differences in *Cardinal* and present case, Adjudicator's interpretation of art. 17.04 resulting in determination that Adjudicator failed to observe principle of procedural fairness—However, Adjudicator's admission of documents not rendering decision dismissing grievance unreasonable—Therefore, on global standard of review, Adjudicator not making reviewable error and order setting aside decision under Federal Courts Act, s. 18.1(3) cannot be made—Application dismissed—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

OLIVER V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY)  
(T-1167-03, 2004 FC 1462, Campbell J., order dated 21/10/04, 15 pp.)

**TRADE-MARKS****REGISTRATION**

Judicial review of Registrar's decision to issue public notices that respondent adopted, used marks "March of Dimes" and "Ontario March of Dimes" pursuant to Trade-marks Act (Act), s. 9(1)(n)(iii)—When Registrar gives such public notice, applicant acquires "official marks" which are given enhanced protection—Applicant wanting to prove with new evidence that respondent using marks in question under licensing agreement and not having independent legal entitlement to marks—Applicant present-day incarnation of Canadian Foundation for Poliomyelitis (Canadian Foundation) created in 1951 to raise funds for polio patients under banner "March of Dimes"—Respondent also created in 1951 as one of several provincial chapters of national body—Later, Canadian Foundation registered trade-mark "The March of

**TRADE-MARKS—Continued**

Dimes” and assigned trade-mark to newly-created applicant, a merger of Canadian Foundation and Crippled Children—Applicant entered into renewable licensing agreement with respondent to use “The March of Dimes”—Parties’ conduct over years suggested agreement still in force despite absence of express renewal each year—Some time later, applicant asked Registrar to issue public notices for marks “March of Dimes” and “The March of Dimes”—Registrar complied—Respondent’s dissatisfaction with applicant’s performance as national charity under March of Dimes banner caused respondent to seek public notices for marks “March of Dimes” and “Ontario March of Dimes” under Act, s. 9(1)(n)(iii)—Respondent organizing fundraising campaigns under both banners for decades—Arguing has strong claim to name “Ontario March of Dimes” since applicant never had entitlement to mark either by registration or by issuance of public notice—Registrar’s decision to issue public notice under Act, s. 9(1)(n)(iii) based on assertion public authority has adopted, used official mark in question—All forms of “March of Dimes” marks used by respondent derived from licensing agreement with applicant—Respondent having no independent legal entitlement to marks—Applicant merely tolerated respondent’s use of marks since advanced charitable causes to which applicant devoted—Public notices previously

**TRADE-MARKS—Concluded**

issued to applicant for “The March of Dimes” and “March of Dimes” prevented respondent, other public authorities from using any similar mark—Marks in question protected by Act, s. 9(1) before respondent sought own public notices—Unlike trade-marks, Act not providing that licensee’s use of official mark for benefit of licensor—In prior cases before courts, public authorities successful in proving use of mark for purposes of Act, s. 9(1)(n)(iii) by showing licensees’ use of mark—Facts in present case different since respondent licensee requesting public notice of mark that is subject of licensing agreement with applicant licensor—Respondent failing to prove adoption, use of mark since use of mark under licence from another public authority not constituting “adoption and use” for purposes of Act, s. 9(1)(n)(iii)—In accordance with review standard of correctness, Registrar’s decision to issue public notices for respondent’s requested marks incorrect and set aside—Application allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9(1)(n)(iii).

CANADIAN REHABILITATION COUNCIL FOR THE DISABLED DBA EASTER SEALS/MARCH OF DIMES NATIONAL COUNCIL V. REHABILITATION FOUNDATION FOR THE DISABLED DBA ONTARIO MARCH OF DIMES (T-610-01, 2004 FC 1357, O’Reilly J., judgment dated 1/10/04, 14 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/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire du rejet par le directeur de la Division de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels de Revenu Canada (représentant ministériel) de la demande de M. Sherman concernant la communication de certains renseignements d'ordre statistique de l'Agence du Revenu du Canada (ARC) concernant l'assistance en matière de perception en vertu du paragraphe 1 de l'art. XXVII se rapportant à l'art. XXVI A du Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (la Convention)—L'art. XXVI A vise à permettre au Canada et à l'Internal Revenue Service des États-Unis (IRS) de se prêter mutuellement assistance pour percevoir les impôts—Le représentant ministériel a refusé la demande au motif que les renseignements demandés étaient visés par les exceptions prévues aux art. 13(1)a), 16(1)b), c) de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi)—La plainte déposée par le demandeur auprès du Commissaire à l'information a été rejetée—Il a ensuite demandé le contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre, mais la Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande au motif que les renseignements demandés étaient visés par l'exception prévue à l'art. 13(1)a) de la Loi—La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel (*Sherman c. M.R.N.*, [2003] 4 C.F. 865 (C.A.)) et a conclu que l'exception prévue à l'art. 13(1)a) de la Loi ne pouvait se justifier en droit—La Cour a affirmé que l'exception ne vise que les renseignements reçus par le Canada des États-Unis et non tous les renseignements échangés à moins que ces renseignements ne contiennent aussi des renseignements reçus des États-Unis qui seraient révélés du fait de la divulgation des renseignements canadiens—La Cour a également conclu que les statistiques générées par le ministre et tirées de renseignements obtenus des États-Unis ne sont pas visées par l'exception, à moins que leur divulgation ne révèle le contenu des renseignements confidentiels eux-mêmes—Toutefois, par suite d'un malentendu, les renseignements à l'égard desquels les exceptions étaient invoquées n'avaient pas été déposés devant la Cour d'appel et celle-ci n'était, par conséquent, pas en mesure de déterminer si la nature des renseignements était telle qu'ils pouvaient être facilement

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

extraits des renseignements protégés contre la communication —La Cour d'appel ne pouvait non plus déterminer si les renseignements étaient néanmoins protégés par les exceptions prévues aux art. 16(1)b) et c) de la Loi—Les art. 16(1)b) et c) prévoient que le responsable d'une institution fédérale a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de renseignements demandés si ceux-ci sont relatifs à des techniques d'enquêtes ou à des projets d'enquêtes licites déterminées ou risque vraisemblablement de nuire à l'application des lois fédérales—La question du pouvoir discrétionnaire ne se pose que si les renseignements en cause sont visés par l'exception—Le terme « enquête » employé dans l'art. 16(1)b) doit être interprété dans son sens ordinaire—On ne trouvait dans les renseignements présentés, confidentiels ou non, pas la moindre idée des techniques d'enquêtes relatives à des enquêtes licites déterminées; par conséquent, le critère d'exercice du pouvoir discrétionnaire n'était pas rempli—Les statistiques demandées portaient strictement sur les résultats des mesures de recouvrement et ne se rapportaient d'aucune façon à des enquêtes—L'objet de la Loi est d'assurer au public l'accès aux documents de l'administration fédérale—Les exceptions au droit d'accès doivent être précises et limitées; le droit de se prévaloir d'une exception doit être établi selon la probabilité la plus forte—Au sens de l'art. 16(1)c) de la Loi, il doit exister, dans la preuve, une explication établissant que le préjudice aux activités destinées à faire respecter les lois risque vraisemblablement de se produire—En l'espèce, la preuve cherchant à établir que la divulgation des renseignements nuirait aux relations avec les États-Unis et, par contre-coup, aux activités destinées à faire respecter les lois canadiennes, était au mieux équivoque—La preuve était loin de correspondre au critère légal, prévoyant que la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire—En outre, ce seraient des données canadiennes, non des données américaines, qui seraient communiquées—La preuve dont la Cour a été saisie ne démontrait pas que la divulgation de ces renseignements risquait vraisemblablement de nuire aux relations entre le Canada et les États-Unis au point que les États-Unis refuseraient d'exercer d'autres mesures de perception—Demande accueillie—Convention entre le

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, qui constitue l'annexe I de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, L.C. 1984, ch. 20, art. XXVI A (édicte par L.C. 1995, ch. 34, ann. IV, art. 15), XXVII (mod., *idem*, art. 16) —Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13(1)a), 16(1)b),c).

SHERMAN C. M.R.N. (T-612-00, 2004 CF 1423, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 14-10-04, 13 p.)

**AGRICULTURE**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des grains a annulé un certificat d'inspection délivré au demandeur le 13 juin 2003—La Commission est l'organisme fédéral chargé de fixer et de faire respecter des normes de qualité pour le grain canadien, en vertu des art. 3 et 13 de la Loi sur les grains du Canada—L'une de ses principales fonctions est d'assurer à l'industrie du grain un service d'inspection et un système de classement équitables et impartiaux—Le demandeur est un négociant en grains titulaire d'une licence—Du grain appartenant au demandeur et chargé dans 25 wagons a fait l'objet de deux inspections visuelles et a été certifié comme blé CWRS (blé roux de printemps de l'Ouest canadien) de grade 2—Un certificat final d'inspection a été émis—La Commission a avisé le demandeur 33 jours plus tard qu'à la suite d'analyses de laboratoire, le grade serait réduit—Comme le demandeur ne l'a présentée que le 31 décembre 2003, sa demande était prescrite en raison du délai de prescription prévu à l'art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales—Une prorogation du délai imparti a été accordée étant donné que tous les critères définis dans *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.), ont été respectés—Quant à savoir si la Commission est devenue *functus officio* après avoir délivré le certificat définitif d'inspection le 13 juin 2003, l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, qui est l'arrêt de principe sur la question de la réouverture des débats, s'applique aux décisions finales des tribunaux administratifs et aux questions qui ont été tranchées définitivement par voie judiciaire—La délivrance d'un certificat d'inspection par la Commission ne fait pas partie des décisions visées par *Chandler*—Il s'agissait d'une pure formalité administrative—Elle n'était pas revêtue du même caractère définitif qu'une procédure se déroulant devant un tribunal administratif étant donné que les parties reconnaissaient que la méthode d'inspection visuelle était insuffisante pour établir la qualité du grain—La Commission a-t-elle excédé les pouvoirs que lui confère la loi en annulant le certificat d'inspection et en le remplaçant par un second certificat corrigé?—L'art. 34 autorise la Commission à « annuler » un certificat dans des

**AGRICULTURE—Fin**

circonstances bien précises—Suivant un principe d'interprétation législative, *expressio unius est exclusio alterius*, la mention d'une chose dans la loi implique l'exclusion de l'autre—À moins que la Loi ou ses règlements d'application ne comportent une disposition permettant explicitement d'annuler un certificat dans un cas comme celui dont il est question en l'espèce, il faut présumer qu'un certificat définitif ne peut être annulé en vertu de la Loi ou de ses règlements d'application—L'art. 16 de la Loi prévoit que la Commission peut établir les méthodes de détermination des caractéristiques du grain—En conséquence, la Commission a le pouvoir de prendre des règlements pour assujettir des expéditions de blé à des analyses de laboratoire et pour prévoir que le certificat indiquant le grade qui est délivré au moment de l'expédition peut, par suite d'une inspection visuelle, faire l'objet d'une révision et d'une correction—Pour ce faire, il faut nécessairement que le premier certificat soit annulé—La Commission n'a toutefois pas exercé par voie réglementaire son pouvoir de définir les méthodes de détermination, visuelles ou autres, des caractéristiques du grain—Le Règlement sur les grains du Canada ne prévoit pas l'annulation des certificats de classement—Demande accueillie—Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 37, art. 2), 13, 16 (mod., *idem*, art. 5; L.C. 1994, ch. 45, art. 5), 34 —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(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

SASKATCHEWAN WHEAT POOL C. CANADA (COMMISSION DES GRAINS) (T-2843-03, 2004 CF 1307, juge Kelen, ordonnance en date du 23-9-04, 24 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Requête en radiation de la défense et de la demande reconventionnelle de Merck & Co. Inc. et Merck Frosst Canada & Co. (Merck) dans le cadre d'une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) au motif que l'avis de conformité (AC) a été délivré avec 11 mois de retard—Merck alléguait en défense et en demande reconventionnelle qu'Apotex (demanderesse) n'était pas en droit de recevoir des dommages-intérêts en vertu de l'art. 8 du Règlement puisqu'elle a contrefait le brevet canadien n° 1161380 (le brevet '380) de Merck et qu'elle n'aurait pas été en mesure de commercialiser de la lovastatine non contrefaite si un avis de conformité lui avait été délivré plus tôt; elle sollicite également une réparation par compensation contre les dommages-intérêts demandés par Apotex dans son action—Merck a d'abord obtenu le brevet '380 pour la commercialisation et la vente au Canada des comprimés de

**BREVETS—Suite**

lovastatine puis a déposé une liste de brevets dans laquelle figurait le brevet '380—Apotex a produit un avis d'allégation (AA) dans lequel elle a allégué qu'elle ne contrefaisait pas le brevet '380 parce qu'elle utilisait de la lovastatine non contrefaite fabriquée grâce à un procédé non contrefait—En raison de la procédure d'interdiction fondée sur l'art. 6 du Règlement introduite par Merck, le ministre ne pouvait pas délivrer d'AC à Apotex pour les comprimés de lovastatine soit avant le rejet de la procédure soit avant l'expiration du sursis de trente mois prévu par la loi—Lorsque le sursis prévu par la loi a pris fin, la procédure d'interdiction a donc été réputée rejetée pour le motif que la Cour avait perdu compétence—La question de l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex dans le cadre de la procédure d'interdiction n'a jamais été tranchée—L'AC a été délivré à Apotex uniquement après le rejet de la procédure d'interdiction, soit onze mois après l'approbation de l'Apo-lovastatine en vertu du Règlement sur les aliments et drogues—Merck a intenté une action en contrefaçon du brevet '380 contre Apotex dans laquelle elle réclamait des dommages-intérêts pour la période commençant à la date de délivrance de l'AC et prenant fin à l'expiration du brevet—En ce qui concerne la requête en radiation fondée sur les art. 221(1)a), b), c), d) et f) des Règles de la Cour fédérale (1998) (Règles), Apotex a soutenu que les paragraphes contestés de la défense et de la demande reconventionnelle de Merck ne révélaient aucune cause de défense valable, qu'ils n'étaient pas pertinents, étaient frivoles et vexatoires, qu'ils retarderaient l'instruction équitable de l'action fondée sur l'art. 8 et qu'ils constituaient un abus de procédure—Il était question de savoir si les pures questions de droit et d'interprétation législative relatives à une action fondée sur l'art. 8 du Règlement pouvaient être tranchées dans le cadre d'une requête en radiation—Ces questions sont litigieuses et complexes—Les décisions invoquées concernant l'interprétation de l'art. 8 constituaient des précédents ayant force obligatoire dans les circonstances et exigeaient que la requête visant à obtenir la radiation soit rejetée pour ce motif—L'argument que la défense et la demande reconventionnelle ne révélaient aucune cause d'action était mal fondé—L'art. 8(5) du Règlement indique clairement que la Cour peut tenir compte de « la conduite » des parties et « des facteurs qu'elle juge pertinents »—La jurisprudence invoquée par Apotex n'empêchait pas de considérer que la contrefaçon par la seconde personne constitue une « conduite » ou un « facteur pertinent » dont la Cour peut tenir compte pour déterminer le montant des dommages-intérêts—Les allégations de contrefaçon et l'absence d'un procédé ou d'un produit non contrefait pendant la période antérieure à la délivrance de l'ADC ne sont pas hypothétiques et peuvent être démontrées au procès—La norme applicable dans une radiation effectuée en vertu de l'art. 221(1)d) des Règles, demande par ailleurs fondée, ne saurait être rejetée que si la partie qui invoque le retard peut démontrer un préjudice qui n'est pas réparable par

**BREVETS—Fin**

l'octroi de dommages-intérêts—Les droits substantiels de Merck sont en cause et le retard n'est pas suffisant ou approprié pour y passer outre—La répétition des procédures ne garantit pas le rejet des allégations selon lesquelles la contrefaçon de brevet constitue un abus de procédure—Comme Merck n'a pas engagé deux actions dans lesquelles elle réclame la même réparation, comme les parties à la présente instance ne sont pas les mêmes dans l'action en contrefaçon de brevet, comme les deux actions concernent des périodes distinctes et que des réparations différentes sont demandées, aucun abus de procédure n'a été démontré—Les garanties procédurales sont assez efficaces pour permettre la gestion judicieuse des deux actions—L'incompatibilité entre les observations écrites qu'a fait Merck devant la Cour lors de l'audition de la requête et la nature et la portée des actes de procédure de la défenderesse constituent un abus de la procédure de la Cour—Les déclarations contenues dans les actes de plaidoirie ne corroborent pas les affirmations de Merck en ce qui concerne la période au cours de laquelle la contrefaçon a eu lieu puisque la déclaration de contrefaçon de brevet n'est pas limitée dans le temps—Apotex a le droit de connaître la preuve qu'elle doit réfuter relativement aux actes de plaidoiries de la défenderesse—Il est ordonné à Merck de préciser ses allégations qui devront indiquer la période de la contrefaçon alléguée qui sous-tend la déclaration de contrefaçon qui a été déposée—Requête rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 221(1)a), b), c), d), f).

APOTEX INC. C. MERCK & CO., INC. (T-1169-01, 2004 CF 1452, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 20-10-04, 23 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Personnes interdites de territoire*

Dépôt à la Cour en vertu de l'art. 77(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) d'un certificat attestant qu'une personne est interdite de territoire pour raisons de sécurité afin qu'elle se prononce sur son caractère raisonnable—Certificat raisonnable, mise en cause de la validité constitutionnelle des dispositions législatives rejetée—Étapes procédurales régissant la divulgation de renseignements—Chronologie des ordonnances et directives émises par la Cour—Dans les sept jours suivant le dépôt du certificat, la juge s'est penchée sur le rapport du renseignement de sécurité le justifiant—Le récit et les index occupaient au total 10 volumes—La juge a recueilli le

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

témoignage oral d'un représentant du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et a interrogé le témoin—On a fourni à Harkat un résumé du rapport narratif, ainsi qu'une copie de certains documents devant lui permettre d'être raisonnablement informé—Environ six volumes de documents lui ont été remis—Seule la divulgation de renseignements portant atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui a été refusée—Les ministres ont à trois reprises demandé à la Cour d'accueillir certains renseignements additionnels en l'absence d'Harkat et de son avocat—La première demande concernait des renseignements transmis par un service étranger—On a remis un résumé à Harkat après avoir obtenu l'autorisation du service étranger—Selon ces renseignements, Harkat avait été désigné comme ayant tenu, au Pakistan, un lieu d'hébergement pour moudjahiddines se rendant en Tchétchénie—La seconde demande se rapportait à deux contacts entre Harkat et le SCRS—Un résumé ne contenant pas de renseignements permettant d'identifier certaines personnes ni de renseignements concernant des détails opérationnels a été remis à Harkat—D'autres questions de divulgation ont fait l'objet de litiges: *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Harkat (Re)* (2003), 243 F.T.R. 161 (C.F.); *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416 (C.F.)—En raison du temps écoulé, la Cour a convenu de tenir une audience afin de décider s'il serait possible de fournir d'autres renseignements à Harkat—On a ensuite remis à Harkat un résumé complémentaire concernant un certain Odeh, un terroriste qui avait joué un rôle dans l'attentat à la bombe perpétré contre l'ambassade des États-Unis à Nairobi—La Cour a reçu des ministres une autre demande appelant la Cour à siéger à huis clos pour recueillir des témoignages—Pour aider Harkat à préciser les arguments auxquels il serait tenu de répondre, la Cour a rendu une décision selon laquelle elle ne parviendrait à aucune conclusion défavorable au vu des renseignements fournis par Ahmed Ressay, Maher Arar ou Odeh—Harkat a déposé un avis de question constitutionnelle—Ordonnance annulant les art. 77 à 81 de la LIPR sollicitée—Dans les conclusions écrites, le recours invoqué a été plus avant précisé de manière à solliciter un jugement déclaratoire affirmant que les art. 78 à 80 sont contraires aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la Charte, ou une modification de la mise en application des dispositions en cause en exigeant qu'un défenseur spécial soit nommé (à l'instar de la procédure de la Special Immigration Appeals Commission du Royaume-Uni) pour représenter Harkat lors des séances tenues à huis clos hors de sa présence et de celle de son avocat—L'arrêt *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.), constitue l'autorité à l'appui de la proposition que les juges désignés sont effectivement compétents pour se prononcer sur des questions d'ordre constitutionnel—L'avocat d'Harkat a reconnu que la Cour est liée par l'arrêt *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (C.A.), selon lequel la procédure prévue à l'art. 40.1 de l'ancienne Loi sur l'immigration était

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

conforme aux principes de justice fondamentale—Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour d'appel fédérale a estimé que la procédure prévue aux art. 77 et 78 de la LIPR respecte les impératifs minimums des principes de justice fondamentale—La Cour d'appel fédérale a également jugé que la nomination d'un défenseur spécial, ou *amicus curiae*, n'est pas indispensable pour assurer que les audiences se déroulent conformément aux principes de justice fondamentale—Demande de recours constitutionnel par conséquent rejeté—Économie de la Loi, norme de preuve, ce que les ministres sont tenus de démontrer, principes juridiques applicables—Examen, présentation de l'économie de la Loi, jurisprudence pertinente—Seuls les citoyens ont le droit absolu d'entrer au Canada et d'y séjourner—Les résidents permanents possèdent un droit conditionnel—Les résidents permanents et les ressortissants étrangers peuvent être interdits de territoire s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'ils sont membres d'une organisation qui se livre à des actes de terrorisme—Le résident permanent qui fait l'objet d'un certificat de sécurité se voit reconnaître des droits procéduraux dont ne bénéficie pas le ressortissant étranger—Pour démontrer l'existence de ces « motifs raisonnables de croire », la preuve doit établir que ces motifs ont un fondement objectif: les simples soupçons ou croyances subjectives ne suffisent pas—La norme de preuve est une preuve selon la prépondérance des probabilités—En ce qui concerne le sens des termes « terrorisme » et « membre » d'un groupe, voir l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3—Allégations visant Harkat—A dissimulé qu'il avait soutenu des islamistes extrémistes et s'était rendu en Afghanistan—Membre du Réseau ben Laden (qui comprend Al-Qaïda)—Le Réseau se livre à des actes de terrorisme dans la poursuite de son objectif qui est de fonder des États islamiques basés sur une interprétation intégriste de la loi coranique—Soupçonné d'avoir pris part à la destruction du World Trade Center de New York en 2001—Al-Qaïda a dirigé des camps d'entraînement et des lieux d'hébergement pour terroristes en Afghanistan, au Pakistan et au Soudan—Quelque 5 000 militants y auraient subi un entraînement avant d'essaimer dans une cinquantaine de pays—Le Réseau a recours à des « agents dormants » ainsi qu'à des commandos suicides—En Algérie, Harkat était un partisan du Front islamique du salut—A menti à plusieurs reprises aux autorités canadiennes pour tenter de se dissocier des groupes qui soutiennent le terrorisme—Est lié à Abu Zubaida, un des principaux lieutenants d'Oussama ben Laden—Harkat a affirmé n'avoir jamais même rencontré Abu Zubaida—Témoignages publics examinés—Pour ce qui est des renseignements confidentiels, renvoi à la jurisprudence canadienne et étrangère quant à la nécessité d'assurer la confidentialité de certains renseignements de sécurité—Les enquêtes de renseignement de sécurité visent des événements susceptibles de se produire à l'avenir, et tentent de les prévoir

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

en décelant, à partir d'événements tant passés qu'actuels, des faisceaux de circonstances et de liens—Il faut recouper des éléments d'information qui, à première vue, n'ont rien à voir les uns avec les autres—Les enquêtes en matière de renseignement de sécurité, contrairement aux enquêtes criminelles, ne se terminent pas après l'arrestation d'un membre du groupe—Les principes applicables en matière de droit criminel ne s'appliquent pas aux affaires de certificats de sécurité—Des éléments d'information qui ne paraissent pas liés, et qui peuvent ne revêtir aucun caractère sensible, pourraient indiquer la portée ou le stade d'avancement d'une opération de renseignement en cours—Pourraient avertir les personnes visées par une enquête de l'existence d'une fuite au sein même de l'organisation, ce qui pourrait les amener à agir—Pourrait permettre de savoir que certaines activités échappent à toute surveillance—Exemples de genres de renseignements dont on doit préserver le caractère confidentiel—La question de la divulgation étant toujours liée aux faits de l'espèce, il n'est guère utile de comparer d'une affaire à une autre les résumés publics—Les principes applicables à l'évaluation de renseignements confidentiels ont été énoncés par le juge Blanchard dans la décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327 (C.F.)—Les principes applicables dans le contexte du contrôle des motifs de détention au titre de l'art. 84(2) de la Loi s'appliquent également à l'appréciation du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité—Exemples de questions que la Cour peut légitimement poser lorsque les renseignements confidentiels proviennent d'une source humaine—S'agissant d'informations confidentielles transmises par un autre service de renseignement, on peut légitimement demander dans quelle mesure ce service respecte les droits de la personne, si ce service n'a servi que d'intermédiaire pour transmettre des renseignements provenant d'un service moins fiable, etc.—Questions que l'on peut poser lorsque les renseignements proviennent de sources techniques (écoute électronique)—Quelle que soit la source, il convient de s'interroger quant à l'existence éventuelle de preuves exculpatrices—Le juge doit demeurer très attentif à cette obligation de sonder la fiabilité de la preuve—On a exigé des ministres qu'ils s'expliquent sur la source de chaque élément d'information mis en avant, sur la fiabilité de chacune des sources de renseignements et sur la présence, ou l'absence, d'éléments indépendants permettant de confirmer l'exactitude du renseignement en cause—Les ministres ont fourni, à titre de pièce confidentielle, un schéma indiquant la source de tous les renseignements—Après s'être livrée à un examen détaillé et complet du dossier, la juge a demandé à deux reprises aux avocats des ministres et à un témoin de comparaître à nouveau à huis clos pour répondre à certaines questions—Analyse de la preuve—Renvoi à l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, dans lequel la Cour suprême du Canada a réaffirmé l'importance de la motivation des jugements, qui constitue un

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

« aspect fondamental de la légitimité des institutions judiciaires aux yeux du public »—L'obligation de motiver son jugement amène le juge à centrer son attention sur les difficultés soulevées—Afin d'assurer la rigueur de sa démarche, la juge a écrit de sa propre main des notes en bas de page qui ont été versées au dossier confidentiel de la Cour—Il y a trois aspects du témoignage d'Harkat qui donnent à penser que celui-ci n'avait pas l'accent de vérité—Le fait qu'il ait reconnu avoir à deux reprises menti au SCRS a nui à sa crédibilité—Il ne fait aucun doute qu'Harkat, qui témoignait sous serment, a menti à la Cour sur plusieurs points importants—Harkat a laissé entendre que les renseignements obtenus d'Abu Zubaida l'ont été sous l'effet de la torture et qu'ils ne pouvaient par conséquent être admis en preuve—Les ministres ont affirmé qu'aucune preuve tendant à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les renseignements ont été obtenus par l'emploi de la torture n'a été produite—Harkat a cité des articles du *New York Times* et du *Globe and Mail* faisant état de conseils donnés à la CIA quant à savoir jusqu'où ses agents pouvaient aller dans l'emploi de techniques musclées d'interrogation pour obliger Abu Zubaida à livrer ce qu'il savait—Selon le memorandum Gonzales rédigé par le ministère américain de la Justice, ces actes devaient [TRADUCTION] « pour être considérés comme des actes de torture [...] revêtir un caractère extrême [...] certains actes peuvent être cruels, inhumains ou dégradants sans pour cela entraîner une douleur ou une souffrance suffisamment intense pour relever de » la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36—La souffrance psychologique est autorisée si elle n'entraîne pas d'importants maux psychiques qui persistent pendant des mois ou des années—L'emploi de techniques de privation sensorielles est légitime—Dans le contexte de [TRADUCTION] « la guerre actuellement menée contre Al-Qaida [...] des poursuites intentées en vertu de l'article 2340 pourraient être irrecevables étant donné que la mise en application [...] entraînerait une atteinte inconstitutionnelle aux pouvoirs de guerre du président [...] compte tenu des circonstances actuelles, la nécessité ou la légitime défense pourrait justifier des méthodes d'interrogation considérées comme contraires à l'article 2340A »—Harkat a également attiré l'attention sur la déclaration solennelle de M. Watt du Centre for Constitutional Rights, qui a estimé que, depuis les attentats du 11 septembre, [TRADUCTION] « le pouvoir exécutif des États-Unis, par une interprétation forcée des dispositions internes et internationales applicables en ce domaine, a autorisé des mesures de détention et des techniques d'interrogation qui constituent des actes de torture »—Les autorités américaines, en plus d'avoir eu recours à des méthodes d'interrogation entraînant de graves atteintes physiques et même la mort, ont [TRADUCTION] « remis » des détenus à d'autres pays qui se chargent de les torturer—Abu Zubaida aurait été pris au Pakistan, et serait

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

maintenant détenu en Jordanie—Un représentant de l'armée américaine a reconnu que les États-Unis envisageaient de le remettre à un service de renseignement étranger qui utiliserait des techniques plus brutales que celles qui sont autorisées aux É.-U.—Il a été blessé par balle lors de sa capture, et il semblerait que, parmi les techniques d'interrogation utilisées, on ait refusé de lui donner des analgésiques—La Cour a conclu que la documentation constituant du oui-dire incitait à se préoccuper des méthodes employées pour interroger Abu Zubaida— L'art. 78j) de la Loi reconnaît une marge de manœuvre au juge, qui peut admettre des éléments de preuve qui sont généralement inadmissibles—Abstraction faite de la question de la torture, la Cour ne disposait d'aucun élément concernant ce qu'Abu Zubaida avait effectivement dit et ne pouvait donc savoir quel poids accorder aux renseignements en cause— Dans tous les cas, aucun poids n'a été accordé aux renseignements qu'il a fournis—Renvoi aux rapports du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) critiquant le SCRS, notamment la mauvaise gestion du projet Sidewinder (dont le but était de recueillir des renseignements sur les efforts des bandes criminelles asiatiques pour influencer les milieux canadiens des affaires et de la politique), qui aurait nui aux relations entre le SCRS et la GRC—La première ébauche du rapport Sidewinder du SCRS dérogeait aux normes de rigueur professionnelle et analytique les plus élémentaires—Mais aucun signe que les désaccords survenus entre le SCRS et la GRC au cours du projet Sidewinder aient suscité des difficultés sur d'autres plans de leurs relations mutuelles ou soient symptomatiques de telles difficultés—La juge a lu le rapport du CSARS sur le rôle du SCRS dans l'affaire Maher Arar, qui a été rédigé par des personnes ayant accès à des renseignements « très secrets »—Le rapport du CSARS ne permettait aucunement de reprocher au SCRS son incompétence ou son manque d'efficacité, et indique que les conclusions tirées dans le cadre d'un examen ne doivent pas être considérées comme portant un jugement sur l'ensemble du SCRS—Les renseignements confidentiels fournis à la Cour par le SCRS sont généralement fiables—Ces renseignements se suffisent à eux-mêmes, et la Cour n'a pas besoin de s'en remettre à l'évaluation qu'en a faite le SCRS—Vu l'ensemble de la preuve, la Cour était convaincue qu'Harkat a soutenu des activités terroristes en tant que membre du Réseau ben Laden, soutient le Groupe islamique armée (qui entend établir un État islamiste en Algérie par la violence) et a aidé des extrémistes islamiques arrivés au Canada—En tant que personne visée par les art. 34(1)c) et f) de la LIPR, Harkat est interdit de territoire—Dans une instance antérieure, la Cour a écarté l'argument avancé par Harkat qui faisait valoir que les ministres n'avaient pas divulgué de manière intégrale la situation politique ayant cours en Algérie et avaient, à tort, affirmé que les faux passeports saoudiens étaient des passeports de prédilection uniquement pour les extrémistes islamiques—Les certificats

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

de sécurité étaient raisonnables— Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31)—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34, 76 à 81 (art. 76, 77, 79 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)—Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36— 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.

HARKAT (RE) (DES-4-02, 2005 CF 393, juge Dawson, ordonnance en date du 22-3-05, 74 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI), par laquelle la SAI avait rejeté l'appel formé contre une mesure d'expulsion, en application de l'art. 70(1)b) de l'ancienne Loi sur l'immigration et cela parce que le demandeur était une personne qui avait été reconnue coupable d'infractions criminelles et qui était décrite à l'art. 27(1)d) de la Loi—Le demandeur, un ressortissant portugais, vivait au Canada depuis son enfance et était devenu un résident permanent—Il n'avait aucune attache avec le Portugal et tous les membres de sa famille proche étaient au Canada, y compris sa fille, âgée de huit ans—Il a été reconnu coupable de dix infractions criminelles, notamment possession de biens obtenus par des moyens criminels et agression sexuelle; il a été l'objet d'un rapport d'immigration—La SAI a tenu compte des facteurs applicables durant l'audience sur le renvoi, mais elle a estimé que les facteurs étaient suffisants pour que soit rejeté l'appel, surtout parce que les actes criminels commis étaient graves et que le demandeur n'avait pas montré de remords—La SAI a-t-elle négligé de tenir compte de l'intérêt supérieur de la fille du demandeur lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire selon l'art. 70(1)b) de la Loi?—Le pouvoir discrétionnaire de la SAI est un point de droit qui en dernière analyse est l'objet d'un contrôle des tribunaux— Lorsque la SAI a fait porter son attention sur l'intérêt supérieur de l'enfant, on ne saurait dire qu'elle a « bien identifié et défini » cet intérêt, ni que ses considérations attestent de sa part un examen attentif selon ce que requiert la jurisprudence—En dépit du principe selon lequel la Cour doit s'abstenir d'imposer des règles formelles dans la manière d'évaluer l'intérêt d'un enfant, le simple fait de mentionner l'intérêt de l'enfant n'équivaut pas à l'analyser et à le soulever—L'intérêt supérieur de l'enfant est un facteur important, qui doit être pris en compte dans les cas de renvoi, mais il n'est pas un facteur décisif—La SAI n'a pas fait la moindre allusion aux difficultés qu'entraînerait pour l'enfant le renvoi de son père, et il s'agit là d'une erreur de droit

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sujette à révision—Cet aspect fait intervenir une question mixte de droit et de fait, et la décision est sujette à révision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—La SAI n'a pas considéré le pouvoir que lui confère l'art. 74(2) de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir de surseoir à la mesure de renvoi, à la condition que le demandeur ne récidive pas, et le pouvoir d'annuler le sursis et d'ordonner l'expulsion du demandeur s'il ne respectait pas la condition—La SAI eût sans doute été bien avisée en exerçant ce pouvoir, pour ainsi mettre en équilibre d'une part l'intérêt supérieur de l'enfant et les autres facteurs militant pour le non-renvoi du demandeur et d'autre part le facteur le plus important, qui est de savoir si le demandeur serait susceptible de récidiver—La SAI a aussi le pouvoir, selon l'art. 74(2), de réexaminer le cas périodiquement si cela est nécessaire—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1*d*) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78), 70(1*b*) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 74(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

EUGENIO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5891-02, 2003 CF 1192, juge Kelen, ordonnance en date du 15-10-03, 13 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle le demandeur était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité, conformément à l'art. 36(1*a*) de la Loi de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission a ensuite pris une mesure d'expulsion contre lui—Le demandeur est né en Jamaïque—Il est arrivé au Canada en 1987 avec un visa temporaire—Il s'est vu accorder le statut de résident permanent en 1993, mais n'a jamais obtenu la citoyenneté—En 2001, il a été déclaré coupable de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant et de trafic de stupéfiants—Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans et demi, en plus de la période déjà purgée—En se fondant essentiellement sur l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711 (l'arrêt *Chiarelli*), la Commission a décidé qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits du demandeur garantis par l'art. 7 de la Charte—La question était de savoir si la prise d'une mesure d'expulsion porte atteinte au droit à la liberté du demandeur garanti par l'art. 7 de la Charte, d'une manière qui ne respecte pas les exigences de justice naturelle—La Commission a eu raison de s'appuyer sur l'arrêt *Chiarelli* en tant que point de départ de l'analyse, bien qu'il ait été rendu dans le contexte d'un régime législatif différent qui comprenait un appel de portée générale pour les personnes se trouvant dans la situation du demandeur—Avec le régime législatif actuel, le droit d'appel fondé sur les « circonstances de l'espèce » pour les personnes comme le demandeur a été éliminé en termes absolus—Le seul droit d'interjeter appel fondé sur des moyens de fait et de droit qui subsiste est celui de la demande de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

contrôle judiciaire—L'expulsion du Canada a des répercussions sur un éventail de droits de l'intéressé et, cela est concevable, d'autres personnes qui en dépendent—L'éventail de droits s'étend au droit à la liberté de l'intéressé—L'art. 7 de la Charte entraine en jeu—Il s'agissait alors de déterminer si la perte imminente de ce droit aurait lieu en conformité avec les principes de justice naturelle—Il était nécessaire de soupeser les droits personnels du demandeur qui sont touchés par la perte de son droit à la liberté par rapport aux droits de l'État qui sont inhérents dans le cadre du régime législatif—Les résidents permanents n'ont pas un droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada—Le demandeur avait délibérément contrevenu à une condition essentielle en vertu de laquelle il pouvait demeurer au Canada—La protection contre l'atteinte arbitraire au droit de demeurer au Canada continue d'exister malgré l'élimination du droit d'appel à la Section d'appel de l'immigration—Le demandeur a droit au contrôle judiciaire et il a droit, en vertu de la LIPR, à une évaluation du risque s'il était renvoyé vers la Jamaïque—Il peut également tenter d'obtenir un redressement pour des motifs d'ordre humanitaire—La perte du droit à la liberté est due à une action du Parlement dans un contexte global qui a préservé la compatibilité avec les principes de justice fondamentale—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1*a*)—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.

POWELL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4964-03, 2004 CF 1120, juge Gibson, ordonnance en date du 13-8-04, 20 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) annulant le sursis d'une ordonnance d'expulsion et rejetant l'appel de cette ordonnance prononcée contre le demandeur Celonie Mervilus—Le demandeur est un ressortissant haïtien qui est arrivé au Canada avec toute sa famille pour rejoindre une autre sœur déjà établie au pays—Quelques années plus tard, il a été arrêté pour trafic de stupéfiants, a été condamné et a reçu une peine d'emprisonnement—Il fut ordonné de quitter le Canada mais la Section d'appel a ordonné le sursis d'exécution de cette ordonnance pour une période de 5 ans avec révision régulièrement—Dans l'avant-dernière révision du dossier, la Section d'appel sursoit à l'ordonnance pour une autre année mais conclut que le demandeur, qui est depuis sorti de prison, n'a pas démontré de façon satisfaisante qu'il entend prendre en main sérieusement son intégration au marché du travail et régler ses dettes avec l'État—À la dernière révision, le demandeur s'est présenté à la Section d'appel mais n'était pas accompagné d'un avocat—Son avocat s'était retirée du dossier deux jours avant l'audience parce qu'elle n'arrivait pas à

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

entrer en contact avec lui—Le demandeur a demandé une remise de l'audience pour lui permettre de revenir avec un avocat, expliquant qu'il avait parlé avec l'avocate avant mais qu'au moment où ils devaient se rencontrer pour préparer son dossier, il était pris à Haïti—Concluant que l'intégration du demandeur au Canada était insatisfaisante, le commissaire a levé le sursis, rejeté l'appel et rendu exécutoire l'ordonnance d'expulsion—Malgré la prétention du défendeur qu'un avocat n'aurait pu faire la différence dans l'issue du litige, le demandeur n'avait clairement pas la capacité de se représenter lui-même de façon cohérente—Le droit à l'avocat dans le cadre d'une procédure administrative n'est pas un droit absolu, contrairement au droit à une audience équitable—Toutefois, lorsque l'absence de l'avocat a pour effet de priver le justiciable de son droit à une audience équitable, la décision rendue est invalide—Dans certains cas, le droit d'une personne à l'assistance d'un avocat découle de l'obligation d'accorder à cette personne l'occasion d'exposer adéquatement sa cause—Le fait de refuser au justiciable la possibilité de se constituer un avocat en n'accordant pas une remise est susceptible de contrôle judiciaire si les facteurs suivants sont en jeu : la cause est complexe, les conséquences de la décision sont graves, le justiciable n'a pas les ressources, qu'il s'agisse de capacité intellectuelle ou de connaissances juridiques, pour bien défendre ses intérêts—L'audience avait pour but de démontrer que le demandeur avait rempli les conditions du sursis et de décider de l'appel de l'ordonnance d'expulsion—Le commissaire a fait ressortir les lacunes du dossier mais comme le demandeur a appris la veille qu'il comparaitrait seul, personne n'a plaidé les points positifs—Les conséquences faisant en sorte d'éloigner le demandeur du Canada, qui est père de deux enfants et qui n'a plus de famille en Haïti, sont très graves—La Section d'appel a fait référence dans une décision antérieure aux faibles capacités intellectuelles du demandeur comme étant un obstacle à son intégration facile à la vie sociale le demandeur—Le demandeur n'a pas eu droit à une audience équitable puisqu'il était incapable de plaider sa cause—Puisqu'il avait toujours comparu en étant accompagné d'un avocat, le demandeur avait une expectative raisonnable d'obtenir une remise—À l'égard de son emploi et des mesures prises pour régler la dette de la sécurité sociale, le demandeur avait fait certaines démarches mais n'avait pas en main les preuves qu'il avait remises à son avocat—Il avait eu droit antérieurement à une sursis de l'exécution de la mesure de renvoi, grâce à la représentation des avocats, et il était manifestement absolument dépourvu pour aborder la question de l'appel—Il était tout à fait injuste de clore le dossier de façon définitive en n'accordant pas au demandeur la chance de se faire entendre par un tribunal impartial—Demande accueillie.

MERVILUS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-8400-03, 2004 CF 1206, juge Harrington, ordonnance en date du 2-9-04, 11 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite****PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de ne pas mettre fin à l'appel interjeté par la défenderesse pour le motif que l'art. 196 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ne s'applique pas aux appels interjetés en vertu de l'art. 77(3) de la Loi sur l'immigration (l'ancienne Loi), concernant une demande de parrainage, qui ont été déposés avant l'entrée en vigueur de la LIPR—La défenderesse est une citoyenne canadienne—Elle a épousé un citoyen de l'Inde, quelque temps après que celui-ci fut jugé inadmissible au Canada en vertu de l'art. 19(1)f(iii)(B) et de l'art. 19(2)d) de l'ancienne loi et après que le ministre eut signé un certificat déclarant qu'il serait contraire à l'intérêt public de faire étudier les revendications du statut de réfugié de ce dernier—Le mari de la défenderesse a été expulsé vers l'Inde et la défenderesse a fait une demande de parrainage de la demande d'établissement de son mari—Sa demande a été refusée pour plusieurs motifs, notamment que son mari avait été reconnu comme étant membre d'une organisation dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle se livrait à des actes de terrorisme—La défenderesse a interjeté appel de cette décision car elle avait le droit de le faire en vertu de l'ancienne Loi—L'audience de l'appel a d'abord été fixée à une certaine date mais pour des motifs encore inconnus, l'audience a été reportée à plusieurs reprises par l'ancienne Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Avant la date d'audience, le ministre a déposé un avis de désistement de l'appel auprès de la SAI en vertu de l'art. 196 de la LIPR parce que la défenderesse était le parrain d'un étranger qui avait été refusé pour des raisons de sécurité—Avant d'accepter l'avis de désistement du ministre, la SAI a sollicité de la part des parties d'autres observations sur la question—La défenderesse a invoqué que le libellé de l'art. 196 n'était pas suffisamment clair pour qu'il s'applique aux appels en matière de parrainage déposés avant l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la LIPR—La SAI a accepté la position de la défenderesse et elle a conclu que l'application de l'art. 196 à des appels en matière de parrainage interjetés avant l'entrée en vigueur de la LIPR conduirait à des conséquences injustes et déraisonnables que le législateur ne peut pas avoir voulues—Quant à la signification à accorder à l'art. 196, la Cour doit également examiner la version française—Les mots « *an appeal made to the Immigration Appeal Division* » et « *appellant* » dans la version anglaise ont une portée assez large pour viser tous les appels prévus en vertu de l'ancienne Loi, que ce soit en vertu de l'art. 70 ou de l'art. 77—Toutefois, dans la version française, l'utilisation des mots « alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi » entre guillemets donne à penser que la restriction du droit de l'appelant d'interjeter appel en vertu de



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'art. 64 est l'élément principal de l'art. 196—La version française est un élément du contexte important qui doit être examiné lorsque l'on tente de déterminer l'intention du législateur et la signification de cette disposition—Comme l'art. 196 de la LIPR renvoie à l'art. 64 dans son intégralité, notamment à l'art. 64(3) qui traite exclusivement des appels en matière de parrainage en vertu de l'art. 63(1), il est impossible d'affirmer que l'intention du législateur était de n'appliquer l'art. 196 qu'aux appels prévus en vertu de l'art. 70 de l'ancienne Loi—L'exclusion des appels en matière de parrainage de l'application de l'art. 196 aurait pour conséquence de ne pas donner plein effet aux mots utilisés par le législateur pour décrire cette exigence—L'art. 64 indique clairement que le législateur ne désirait pas que certains étrangers puissent bénéficier du droit d'appel de leur parrain et *garantit* que les personnes qui sont interdites de territoire pour raison de sécurité ou de grande criminalité ne puissent faire indirectement ce qu'elles ne peuvent faire directement—La LIPR s'appliquerait à toutes les demandes présentées ou instruites sauf aux appels interjetés avant l'entrée en vigueur des articles pertinents, sous réserve de certaines autres exceptions—Ces exceptions comprennent les appels visés par les art. 196 et 197 auxquels le principe général de l'application immédiate de la LIPR s'applique—L'argument que les exceptions doivent être interprétées d'une manière restrictive est rejeté car même les exceptions doivent être interprétées en conformité avec l'esprit de la LIPR et avec l'intention du législateur—L'interprétation selon laquelle un *étranger qui a été déclaré interdit de territoire pour des raisons de sécurité* ne pourrait interjeter appel à la SAI est tout à fait cohérente avec les choix faits par le législateur aux art. 64, 190 et 196 en rapport avec les appels interjetés en vertu de l'art. 70 de l'ancienne Loi—Par respect pour la SAI, les appelants qui se sont vu accorder un sursis en vertu de la Loi sont exclus de l'application de l'art. 196—Les mots de l'art. 196, lus dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi et l'objectif et l'intention du législateur, s'appliquent manifestement aux appels en matière de parrainage—La défenderesse n'était donc pas en droit d'en appeler de la décision de parrainage à la SAI—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 63(1), 64, 190, 196—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)f)(iii)(B) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 19(2)d), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13), 77(3) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 134).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. BHALRHU (IMM-2228-03, 2004 CF 1236, juge Gauthier, ordonnance en date du 9-9-04, 17 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui a décidé que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger—Le demandeur, un Chinois, a demandé l'asile au Canada du fait de sa religion—Il appartenait à une église chrétienne clandestine et sa maison a servi de lieu de culte—Le Bureau de la sécurité publique de Chine (le BSP) a découvert l'église clandestine mais le demandeur s'est enfui alors que d'autres membres ont été arrêtés—Le demandeur s'est caché, il a entendu dire que le BSP le recherchait et il s'est arrangé pour s'enfuir de Chine à l'aide d'un passeur—La Commission a conclu que le demandeur manquait de crédibilité étant donné les contradictions et les invraisemblances dans son témoignage—La Commission a douté que le demandeur soit un véritable croyant ou que les événements mentionnés se soient véritablement produits—À la fin de l'audience, l'agent de protection des réfugiés (l'APR) a souligné que le nom du demandeur avait été mentionné dans un article d'un journal local de Chine comme étant l'une de plusieurs personnes qui avaient disparu de la délégation avec laquelle il avait voyagé au Canada, lequel article demandait des renseignements concernant le lieu où se trouvaient les personnes disparues—Après que la Commission a demandé à l'agent de protection des réfugiés de tenter d'obtenir une copie de l'article, le demandeur a obtenu l'article ainsi qu'une traduction—Le commissaire qui présidait l'audience a refusé d'admettre l'article et sa traduction en preuve au motif qu'il était trop tard et que l'article n'était pas pertinent—Le demandeur a fait valoir que l'article établissait qu'il risquait d'être arrêté et d'être incarcéré s'il retournait en Chine pour avoir obtenu la permission de sortir sous de faux prétextes et pour avoir quitté la délégation commerciale avec laquelle il avait voyagé au Canada—Le défendeur a soutenu que la Commission pouvait refuser d'admettre l'article au motif qu'il n'y avait aucune preuve de son authenticité—Ce n'est pas parce qu'une personne pourrait faire face à une amende ou à une peine d'emprisonnement pour avoir enfreint la loi qu'elle peut se voir accorder l'asile—Même si le demandeur pouvait être incarcéré pour avoir enfreint la loi, la preuve documentaire a révélé que les personnes expulsées faisaient face à une peine maximale d'une année—Il est nécessaire d'établir un lien entre les conditions générales qui sévissent dans le pays et la probabilité précise de faire l'objet de mauvais traitements en cas de renvoi vers le pays de nationalité—Lorsque le témoignage oral d'un demandeur est la seule preuve qui permette de penser que le demandeur sera persécuté comme il l'allègue, si le demandeur manque de crédibilité, il n'y a aucune preuve crédible et digne de foi qui étaye sa prétention—Sa demande d'asile est fondée sur la crainte d'être persécuté du fait de son appartenance religieuse et de ses activités religieuses et du fait qu'il était une personne à protéger des

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

autorités chinoises à cause de son engagement religieux—La Commission n'était saisie d'aucun motif permettant ou justifiant l'exercice de son pouvoir pour admettre l'article et la traduction en preuve après le délai—La Commission a eu raison de conclure que l'article de journal avait une valeur probante douteuse—De plus, l'énoncé de l'article selon lequel le demandeur était un délégué fugueur contredisait carrément la demande d'asile au motif de son appartenance religieuse—Si le contenu de l'article était établi, cela confirmerait la conclusion de la Commission concernant l'in vraisemblance du récit du demandeur—Les motifs du demandeur pour présenter l'article de journal en preuve constituait une toute autre demande n'ayant aucun lien avec une demande d'asile (délégué fugueur) et aucun lien avec le fondement avec la demande de protection initiale en tant que membre d'une église chrétienne clandestine—Les deux demandes n'étaient pas compatibles puisque le demandeur, ne pouvait pas venir au Canada comme délégué fugueur et entrer clandestinement en même temps comme réfugié chrétien—Les liens que le demandeur tentait maintenant d'établir entre l'article et sa crainte des autorités étaient au mieux ténus et ces liens n'ont pas été initialement présentés à la Commission—La Commission a eu raison de rejeter l'article—Demande rejetée.

ZHANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5580-03, 2004 CF 1274, juge Russell, ordonnance en date du 17-9-04, 17 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) de rejeter une demande de protection au Canada—Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié en tant que personne à charge lorsque sa mère a elle-même revendiqué le statut de réfugié—La revendication du statut de réfugié de la mère ainsi que celle de son fils mineur ont été rejetées—La mère a obtenu le statut en épousant un Canadien et elle réside maintenant au Canada avec son fils mineur—Le demandeur est retourné au Venezuela où il est devenu un activiste anti-Chavez— Craignant des mesures de rétorsion de la part du cercle Bolivarien, il est revenu au Canada—Il était maintenant trop âgé pour être parrainé par sa mère et il n'avait pas le droit de revendiquer le statut de réfugié de son propre chef car, selon l'art. 101(1)b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), une personne ne peut demander plus d'une fois le statut de réfugié au Canada si la demande a fait l'objet d'un rejet antérieur de la part de la Commission—Le demandeur a demandé la tenue d'un examen des risques avant renvoi en vertu des art. 112 et suivants de la LIPR dans le cadre duquel il pourrait invoquer des faits ultérieurs à son infructueuse demande antérieurs qui pourraient établir une crainte fondée de persécution comme réfugié au sens de la Convention ou comme personne à protéger—La demande de tenue d'une audience d'ERAR a été rejetée—L'agente

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

d'ERAR a rejeté la demande de protection au Canada du demandeur pour le motif qu'il ne craignait pas subjectivement d'être persécuté et qu'il n'y avait aucun fondement objectif à sa demande car il pouvait se prévaloir de la protection de l'État au Venezuela—L'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement sur l'IPR) ne donne droit au demandeur à une audience que si certains facteurs spécifiques, comme la question de la crédibilité, sont en cause—La demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'ERAR reposait sur les motifs suivants : 1) une audience aurait dû être tenue; 2) l'agente a tiré une conclusion de fait manifestement déraisonnable en concluant que le demandeur n'avait pas une crainte subjective; 3) les règles de la justice naturelle n'ont pas été suivies en ce que l'agente s'est appuyée sur des documents Internet traitant de la situation au Venezuela, lesquels documents ne figuraient pas dans la banque de données de la Commission, et en ce qu'elle n'a pas donné au demandeur la possibilité de répondre—La tenue d'une audience n'est pas obligatoire dans toutes les situations—On doit tenir compte du contexte de la situation—L'agente d'ERAR a soulevé des questions ayant trait aux aspects subjectifs et objectifs de la crainte de la persécution et n'a pas donné au demandeur l'occasion de répondre aux allégations qu'elle a fait valoir contre lui—L'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que, malgré l'incident déterminant qui a amené le demandeur à quitter le Venezuela, celui-ci a continué à vivre au même endroit et a continué de faire le même travail—Celui-ci a juré que, en fait, il se cachait au Venezuela—Les documents sur lesquels l'agente d'ERAR s'est fiée quant à la situation au Venezuela n'étaient pas des documents courants, mais étaient plutôt le résultat d'une recherche précise effectuée dans Internet par l'agente d'ERAR—Le fruit de cette recherche aurait dû être divulgué au demandeur et celui-ci aurait dû se voir accorder la possibilité de répondre avant que l'agente d'ERAR ne rende sa décision—L'utilisation unilatérale d'Internet est injuste—L'arrêt *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278, lequel a établi la règle en matière d'amirauté que les parties n'ont pas droit à la divulgation des avis que les assesseurs émettent à l'intention des juges ou n'ont pas le droit de citer des experts, viole le principe de justice naturelle qu'une partie doit avoir la possibilité d'être entendue—La Cour suprême a établi que le droit d'être entendu (*audi alteram partem*) confère à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants et ont le droit de citer des experts—La Cour assimile par analogie l'Internet à l'assesseur—L'agente d'ERAR était obligée de divulguer avant de prendre sa décision et était obligée de donner au demandeur l'occasion de présenter des observations—Le demandeur avait droit à une audience car la crédibilité était en cause—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 101(1)b),

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

112—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 167.

ZAMORA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-9593-03, 2004 CF 1414, juge Harrington, ordonnance en date du 14-10-04, 10 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui a rejeté la demande d'asile du demandeur en raison d'un manque de crédibilité—La question était de savoir si la Commission a commis des erreurs suffisamment graves pour annuler la décision—Le demandeur, un Cinghalais, citoyen du Sri Lanka, a prétendu avoir été torturé par la police sri-lankaise—La Commission a commis une erreur en tirant des conclusions de fait qui n'étaient pas du tout étayées par la preuve—Un exemple de conclusion de fait erronée se rapportait aux brûlures que le demandeur a subies à la partie inférieure de son corps—La Commission n'a pas cru que les brûlures résultaient du fait qu'on l'avait intentionnellement mis en feu et elle a émis l'hypothèse qu'elles résultaient du travail de soudeur et de l'utilisation de matériel dangereux—La Commission a également fait une utilisation inappropriée de la connaissance judiciaire lorsqu'elle a conclu qu'une personne ayant subi les blessures décrites se serait probablement évanouie, alors que le demandeur n'a pas fait cette allégation—La Commission a également fait une utilisation inappropriée de la connaissance judiciaire du fait que les troubles de la parole ont tendance à être de nature congénitale après le témoignage du demandeur selon lequel il avait développé un trouble de la parole suite aux chocs électriques administrés alors qu'il était sous la garde de la police—On a appliqué le principe selon lequel on ne peut tout simplement pas considérer que la mesure dans laquelle une blessure gênera le fonctionnement d'une personne est de connaissance d'office et qu'il faut tenir compte de la nature et du degré de la blessure ainsi que des circonstances dans lesquelles se trouve la personne blessée—L'arrêt *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, a établi que la connaissance d'office dispensait de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables—La Cour suprême a également établi qu'étaient admissibles les faits qui sont notoires ou généralement admis ou ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable—Le demandeur a également soutenu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité du fait de l'interrogatoire harcelant du commissaire qui présidait l'audience ainsi que de son ton sarcastique et humiliant—Le critère pour savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité est de savoir si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

réaliste et pratique, peut conclure qu'il y a de la partialité—Le ton, l'impatience et l'interrogatoire agressif du commissaire ne démontrait pas que celui-ci a perdu son impartialité—La conduite du commissaire qui présidait l'audience ne pouvait seule servir de fondement à une conclusion quant à la partialité—La décision de la Commission a été rendue à l'audience, d'une manière peu structurée, par le commissaire, immédiatement après la fin des observations, et il a fallu 90 minutes pour la rendre—Il ressortait de la décision un degré remarquable de dédain à l'égard du demandeur en tant que personne et elle référerait à celui-ci d'une manière peu flatteuse—Dans la décision, la Commission a également fait un commentaire irrespectueux concernant le témoignage du demandeur au sujet de sa prétendue implication politique—Le commentaire de la Commission a été vu à la lumière des autres commentaires désobligeants contenus dans les motifs et du degré d'hostilité démontré par le commissaire à l'égard du demandeur au cours de l'audience—Une personne bien renseignée étudiant la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire qui présidait à l'audience—La pleine portée de l'animosité du commissaire à l'égard du demandeur n'est devenue tout à fait évidente que lorsque la décision a été rendue—Par conséquent, l'omission de s'opposer à la conduite du commissaire au cours de l'audience n'était pas fatale au droit de faire valoir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité—Demande accueillie.

KANKANAGME C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1317-04, 2004 CF 1451, juge Mactavish, ordonnance en date du 20-10-04, 11 p.)

**DROIT AÉRIEN**

Contrôle judiciaire à l'encontre de l'interprétation qu'a fait la Direction de l'aviation commerciale et d'affaires de Transport Canada (Transport Canada) portant qu'un appareil de type Beechcraft BE10 (BE10) avec équipage de deux pilotes doit être muni d'un enregistreur de la parole (CVR) dans le poste de pilotage lorsque l'appareil est utilisé en taxi aérien en vertu de la sous-partie 3 de la partie VII du Règlement de l'aviation canadien (RAC)—Plus spécifiquement, les demanderesse demandent à la Cour de déclarer qu'elles n'ont pas l'obligation d'installer un CVR dans leurs appareils BE10 dans ces conditions—Les demanderesse exploitent une entreprise de transport par avion en vertu d'une licence d'exploitation émise par Transport Canada—Elles exploitent plusieurs aéronefs de type BE10 en taxi aérien en service sur demande pour une clientèle diverse—Les demanderesse prétendent qu'elles peuvent en toute légalité opérer le BE10 avec un seul pilote mais pour diverses raisons, dont le confort des passagers et la sécurité en général, elles

**DROIT AÉRIEN—Fin**

choisissent de l'opérer avec deux pilotes—L'appareil BE10 est un aéronef possédant deux moteurs à turbine et comprenant six sièges passagers ou plus—Dans une circulaire d'information adressée à tous les transporteurs canadiens visés, dont les demanderesse, Transport Canada a annoncé que lorsque le BE10 est utilisé comme taxi aérien et que deux pilotes y sont aux commandes, l'art. 605.33(2) du RAC, récemment modifié, exige que cet aéronef soit muni d'un CVR dans le poste de pilotage—Les demanderesse prétendent que l'installation d'un CVR n'est obligatoire que dans les cas où les avions sont en tout temps pilotés par un équipage de deux personnes—Le point en litige est de savoir si l'interprétation de Transport Canada en ce qui concerne l'installation obligatoire d'un CVR dans un BE10, lorsque cet appareil est utilisé en taxi aérien et que deux pilotes y sont aux commandes, est conforme aux prescriptions du RAC—L'art. 703.86 du RAC prévoit que les aéronefs exploités en vertu de la sous-partie 3 de la partie VII du RAC doivent être opérés par deux pilotes à moins que deux conditions soient remplies, soit que l'exploitant aérien y est autorisé aux termes de son certificat d'exploitation aérienne et il satisfait aux Normes de service aérien commercial—En plus de ces deux conditions, un aéronef pourra être opéré par un seul pilote uniquement si la spécification d'exploitation 011, créée par l'art. 703.86a) du RAC, est respectée—L'art. 703.86 du RAC, combiné avec la spécification d'exploitation 011, forment une exception à la règle et permettent qu'un seul pilote soit aux commandes d'un aéronef multimoteur à turbomoteur sans la nécessité que ledit aéronef soit muni d'un CVR—Conformément à l'art. 605.33(2) du RAC, lorsque le BE10 des demanderesse est utilisé en taxi aérien et que deux pilotes y sont aux commandes, les demanderesse doivent l'équiper d'un CVR—Par conséquent, l'interprétation de Transport Canada respecte les prescriptions du RAC—Demande rejetée—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, art. 605.33(2), 703.86, 703.86a).

MAX AVIATION INC. C. TRANSPORT CANADA (T-594-04, 2004 CF 1410, juge Shore, ordonnance en date du 14-10-04, 14 p.)

**DROIT MARITIME****CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

Foresight Shipping Co. Ltd. (Foresight) a interjeté appel à l'encontre de la décision par laquelle la protonotaire a autorisé Shipping Company of India Ltd. (SCI) à intervenir dans la présente instance aux fins de s'opposer à la saisie de son navire—L'ordonnance annulait également ladite saisie et remettait la garantie bancaire déposée en cautionnement—À la suite d'un différend portant sur une charte-partie, Foresight a obtenu une sentence arbitrale contre la République de l'Inde

**DROIT MARITIME—Suite**

(Inde) et la Food Corporation of India (FCI)—La somme accordée par sentence a été enregistrée comme jugement devant la Haute Cour de Delhi de même qu'en Angleterre et devant la Cour fédérale du Canada—Ni l'Inde ni la FCI n'a payé la somme accordée, soit plus de 1 000 000 \$CAN—Foresight cherchait à exécuter son jugement contre les biens de l'Inde situés à l'extérieur du pays et a obtenu un bref de saisie et de vente contre le navire *Lok Rajeshwari* (le navire) appartenant à la SCI, qui était en station à Sorel (Québec)—La protonotaire a estimé qu'en vertu du droit indien, la SCI avait une personnalité juridique distincte de celle de la République de l'Inde, de sorte que leurs avoirs et leurs passifs étaient distincts et séparés—Elle a également conclu que la loi indienne n'autorisait pas la percée du voile corporatif de la SCI en dépit du refus de l'Inde de payer sa dette—Percer le voile de la personnalité juridique ne peut être justifié que par l'usage auquel une personne physique ou morale assujettit une société sous son contrôle—*Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022 a établi que, lorsqu'il y a un conflit de lois, la courtoisie commande que les tribunaux appliquent la *lex loci*, la loi du lieu où l'événement s'est produit, aux questions de fond de l'affaire—La *lex fori*, la loi du lieu où l'affaire est entendue, s'applique aux questions de procédure—En l'espèce, les questions de procédure étaient résolues selon les règles de procédure régissant la Cour fédérale, alors que la loi indienne s'appliquait aux questions de droit substantif—L'exécution d'une sentence relative à une dette constitue une question de procédure qui doit être tranchée après les questions de fonds—La capacité de Foresight de recouvrer cette dette dépendait donc de sa capacité de démontrer que le bien de la SCI devait être considéré comme un bien de l'Inde, soit parce que la SCI était l'*alter ego* de l'Inde, soit parce que les circonstances commandaient de percer le voile de la personnalité juridique de la SCI—La loi indienne s'appliquait à deux questions de fonds—La loi indienne reconnaît que les sociétés ont une personnalité juridique distincte de leurs actionnaires—Certaines affaires déterminées en vertu du droit indien où il fut conclu qu'une société était l'*alter ego* de l'État relevaient de la protection de droits fondamentaux, alors que la présente affaire relèvait du droit des biens et des contrats—La preuve n'a pas établi que la SCI était un intermédiaire du gouvernement—Quoique l'Inde était l'actionnaire majoritaire de la SCI, cela ne suffisait pas en soi à nier l'existence de la SCI en tant qu'entité juridique indépendante—Les activités, les revenus, les obligations et les biens de SCI n'étaient pas contrôlés par l'Inde—La preuve n'a pas non plus établi que la SCI a été pour quelque chose dans le refus de l'Inde de payer sa dette à Foresight—La SCI n'était ni un mandataire ni un intermédiaire ou l'*alter ego* de l'Inde—Pour trancher une question de conflit de lois, la Cour doit appliquer le droit étranger tel qu'il est, et non tel que les réformateurs pensent qu'il devrait être—C'est la jurisprudence

**DROIT MARITIME—Fin**

indienne qui régissait la question de percer le voile de la personnalité juridique—Foresight n'a pas réussi à démontrer que la SCI était utilisée par l'Inde pour commettre une fraude, pour éviter de payer sa dette—La fraude alléguée par Foresight a été commise par l'actionnaire, l'Inde, séparément et indépendamment de la SCI—Il ne convenait pas de percer le voile de la personnalité juridique de la SCI puisqu'elle n'a pas été impliquée dans une fraude ou une opération illégale—Autoriser cette saisie équivaldrait à ne pas tenir compte de l'état du droit indien et punir les actionnaires minoritaires de la SCI—Foresight était mal venue d'invoquer la décision rendue dans *Med Coast Shipping Ltd. et al. c. Cuba*, [1993] Q.J. n° 750 (QL) (C.S.) à l'appui de sa demande d'exécution de jugement—La décision *Med Coast* ne s'appliquait pas parce que le bien en question était détenu pour le compte du gouvernement cubain et appartenait à celui-ci tandis que la présente affaire concernait le bien d'un tiers—Appel rejeté.

FORESIGHT SHIPPING CO. C. RÉPUBLIQUE DE L'INDE  
(T-455-02, 2004 CF 1501, juge Tremblay-Lamer,  
ordonnance en date du 26-10-04, 17 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****PRATIQUE**

Contrôle judiciaire d'une décision selon laquelle l'arbitre, membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, a rejeté le grief que le demandeur avait déposé par suite de son congédiement par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC)—Le demandeur contestait la décision au motif que l'arbitre a commis une erreur en admettant en preuve trois documents au cours de l'audience à la demande de l'ADRC—L'art. 17.04 de la convention collective intervenue entre l'Alliance de la fonction publique du Canada et l'ADRC énonce que l'employeur convient de ne produire comme élément de preuve, au cours d'une audience concernant une mesure disciplinaire, aucun document extrait du dossier de l'employé dont le contenu n'a pas été porté à la connaissance de celui-ci au moment où il a été versé à son dossier ou dans un délai ultérieur raisonnable—L'art. 17.04 est une norme d'équité procédurale—Le demandeur a commencé à travailler comme examinateur des fiducies/agent d'assujettissement/recouvrement/RPC/AC à Revenu Canada (maintenant l'ADRC)—Il a subséquemment été nommé vérificateur, impôt sur le revenu/taxe d'accise PM-2—L'ADRC a mis fin à l'emploi du demandeur au motif que celui-ci avait préparé des déclarations de revenus contre rémunération alors qu'il travaillait pour l'ADRC, contrairement au *Code régissant les conflits d'intérêts* de celle-ci et malgré le fait qu'elle lui avait demandé de mettre fin à cette pratique—Le demandeur a déposé un grief afin de contester son congédiement—Le grief

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

a été soumis à l'arbitrage après la dernière réponse de l'employeur—Au cours de l'audience, l'arbitre a implicitement admis en preuve dans le dossier trois documents précis, soit le rapport d'enquête final, les notes au dossier portant sur certaines conversations tenues avec le demandeur et la note rédigée à propos de l'enquête—L'arbitre n'a pas fait explicitement allusion aux documents en question dans les motifs qu'il a invoqués pour rejeter le grief du demandeur—La norme de la décision raisonnable, soit une norme de contrôle « globale », s'appliquait à la décision de l'arbitre de rejeter le grief du demandeur et la norme de la décision correcte s'appliquait à la décision relative à la preuve que l'arbitre a rendue au sujet du sens de l'art. 17.04—L'arbitre a reconnu que le demandeur n'avait pas vu les trois documents en question avant l'audience, mais n'a pas considéré l'art. 17.04 comme une norme d'équité procédurale impérative—L'art. 17.04 est une norme d'équité procédurale qui impose un degré élevé d'équité, étant donné qu'il concerne la communication, au cours d'une procédure disciplinaire, d'un avis pouvant donner lieu au congédiement d'un employé—L'art. 17.04 a manifestement pour objet de donner à l'auteur d'un grief un avis du contenu d'un document avant que celui-ci puisse être admis en preuve—En temps normal, cela signifierait que l'auteur du grief devrait avoir reçu copie du document avant l'audition de l'arbitrage ou, à tout le moins, que le contenu de celui-ci devrait lui avoir été présenté d'une façon qui lui permettrait d'en comprendre tous les éléments et de préparer une réponse—Le mot « dossier » de l'art. 17.04 doit recevoir un sens élargi de façon à respecter l'objet d'équité de la disposition—Avant de les admettre en preuve, l'arbitre aurait dû se demander si les documents en question se trouvaient en la possession de l'employeur et si le demandeur en connaissait le contenu exact—L'arbitre n'a pas tenté d'examiner l'admission des documents de la façon exigée et a donc commis une erreur de droit susceptible de révision—Cependant, l'admission des documents en preuve n'a eu aucune répercussion sur le résultat final de l'arbitrage—Citant l'arrêt *Cardinal et al. c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, le demandeur a soutenu que le manquement à l'équité procédurale commis par l'arbitre devrait, en soi, entraîner l'annulation de la décision de celui-ci—Dans l'arrêt *Cardinal*, il a été établi que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente—Le principe énoncé dans l'arrêt *Cardinal* doit être examiné à la lumière de l'exigence plus récente que la Cour suprême a établie et selon laquelle, si le tribunal dont la décision est examinée a contrevenu à la norme d'équité procédurale lorsqu'il en est arrivé à sa décision finale, la cour qui révisé la décision devra décider si le manquement touche la conclusion finale en fonction de la norme de contrôle globale—Bien que les faits examinés dans l'arrêt *Cardinal*

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

soient différents de ceux de la présente affaire, l'arbitre a omis de respecter un principe d'équité procédurale en interprétant l'art. 17.04 comme il l'a fait—Cependant, l'admission des documents par l'arbitre n'a pas eu pour effet de rendre déraisonnable le rejet du grief—Par conséquent, eu égard à la norme de contrôle globale, l'arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible de révision et aucune ordonnance annulant, conformément à l'art. 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales, la décision de celui-ci ne pouvait être rendue—Demande rejetée—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(3) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

OLIVER C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-1167-03, 2004 CF 1462, juge Campbell, ordonnance en date du 21-10-04, 16 p.)

**FORCES ARMÉES**

Contrôle judiciaire de la décision du chef d'état-major de la défense sur la demande de redressement présenté par le demandeur par voie de grief conformément à l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale (la Loi)—Dans son grief, le demandeur s'est opposé au fait qu'on lui a demandé de prendre des jours de congé annuel pour le temps pendant lequel il s'est absenté de son travail pour mener à bien son déménagement—Le demandeur est major dans les Forces armées canadiennes—En 1998, il a été muté de Trenton à Ottawa—Il s'est absenté du travail pendant 11 jours pour s'occuper du déménagement—L'agent d'administration a exigé que le demandeur sollicite une autorisation de congé pour la période non visée par le congé spécial de cinq jours prévu dans l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 209-36, sinon il serait accusé d'absence sans permission—Le demandeur a déclaré qu'une telle façon d'agir constituait de l'intimidation et du harcèlement parce que le retard dans le déménagement ne dépendait pas de lui—Le commandant du détachement a accordé deux jours additionnels de permission en plus du congé spécial de cinq jours pour le déménagement, mais il a exigé que le demandeur présente une demande de quatre jours de congé annuel pour couvrir les autres journées pendant lesquelles il avait dû s'absenter du travail—La demande de quatre jours de congé annuel a été approuvée—Le demandeur a déposé une demande de redressement par voie de grief—Cette demande a été rejetée—Le commandant a rejeté les affirmations du demandeur qui avait prétendu ignorer ce à quoi il avait droit ou être tenu d'informer ses supérieurs du lieu où il se trouvait—Il a souligné que, en théorie, le demandeur était absent sans permission et pouvait faire l'objet de mesures administratives ou disciplinaires—Le demandeur a présenté une demande de redressement plus large afin d'inclure le temps qu'il a dû consacrer à la préparation de sa

**FORCES ARMÉES—Fin**

demande—Le commandant était convaincue que le demandeur avait reçu une indemnité adéquate pour ses frais de déplacement et de déménagement et elle a conclu qu'aucun congé compensatoire n'est prévu pour la préparation d'un grief—Le demandeur a déposé son grief devant le chef d'état-major de la défense, demandant le rétablissement des quatre jours de congé annuel, 21 jours de congé spécial pour compenser le temps consacré à la préparation de son grief et trois mois de congé spécial pour les douleurs et souffrances subies—Le directeur, Pension et programmes sociaux, a dit être d'avis que, suivant l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 209-36, le demandeur avait droit à cinq jours de congé spécial, ce qu'il a obtenu, et que les membres qui ont besoin de plus de temps doivent prendre des jours de congé annuel—S'appuyant sur la recommandation du Comité des griefs des Forces canadiennes (CGFC), le chef d'état-major de la défense a rejeté le grief, mais a accordé deux jours de congé spécial—Comme le demandeur a reconnu qu'il ne s'était pas conformé aux exigences de la politique des Forces en matière de harcèlement, son argument visant à obtenir une décision discrétionnaire favorable pour les douleurs et souffrances subies n'était pas fondé—Comme il n'y a aucune disposition réglementaire qui permettrait d'accorder 21 jours de congé spécial pour la préparation d'un grief, le chef d'état-major de la défense n'a pas commis d'erreur à cet égard—Pour ce qui est de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le demandeur a soutenu que la décision du chef d'état-major de la défense de ne pas lui accorder deux autres jours de congé à titre d'éléments essentiels de sa réinstallation était manifestement déraisonnable—Le CGFC a conclu que les deux jours concernant l'attente de l'électricien et l'inspection avant vente n'étaient pas des « éléments essentiels de la réinstallation »—Le demandeur soutenait que cette conclusion était erronée et qu'étant donné qu'elle a été acceptée sans hésitation par le chef d'état-major de la défense, cette acceptation était manifestement déraisonnable—La preuve comprenait un document qui est remis au moment de la réinstallation et qui explique ce à quoi on s'attend de la part des membres des Forces—Compte tenu de la preuve, il était impossible de conclure selon la prépondérance de la preuve que les attentes en ce qui concernait la certification électrique et l'inspection avant vente n'étaient pas des éléments essentiels de la réinstallation—Le CGFC a conclu à tort que ces attentes ont été satisfaites pour « des raisons personnelles »—Cette simple acceptation par le chef d'état-major de la défense de cette conclusion erronée du CGFC était manifestement déraisonnable—Demande accueillie dans cette mesure limitée—Loi sur la Défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 7).

DOYLE C. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (T-2101-03, 2004 CF 1294, juge Campbell, ordonnance en date du 22-9-04, 17 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Demande de jugement déclaratoire affirmant que la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la CNLC) a commis une erreur de droit parce qu'elle n'a pas appliqué les principes exposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385—Le demandeur purgeait une peine d'emprisonnement à perpétuité dans un établissement à sécurité maximale pour un meurtre au second degré commis alors qu'il était âgé de 17 ans—En raison de plusieurs circonstances aggravantes, il avait été déclaré non admissible à la libération conditionnelle pendant une période de 18 ans—L'appel interjeté contre la condamnation et contre la peine devant la juridiction provinciale a été rejeté, mais, en raison de modifications apportées au texte applicable et promulguées après la condamnation, la période de non-admissibilité à la libération conditionnelle a été ramenée à sept ans, c'est-à-dire la période maximale alors autorisée pour des personnes âgées de 17 ans au moment de la perpétration d'un meurtre au second degré—Le demandeur a renoncé à l'audience de libération conditionnelle ou a sollicité des reports jusqu'à ce que l'audience de 2003 fût fixée impérativement en application de l'art. 123(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la Loi), et en vertu de l'art. 158 sur le système du Règlement correctionnel et la mise en liberté sous condition—Lors de l'audience impérative de libération conditionnelle, la CNLC a refusé au demandeur une libération conditionnelle totale, et la Section d'appel de la CNLC a confirmé la décision—Le demandeur n'aspirait pas cependant à une libération conditionnelle au cours de l'une ou l'autre des instances et il n'a pas non plus fait valoir qu'il était apte à une libération dans la collectivité—Il voulait plutôt que la CNLC accepte la responsabilité de la gestion de son programme correctionnel, mais sa demande a été rejetée—La CNLC a-t-elle commis une erreur en refusant d'appliquer l'arrêt *Steele* au cas du demandeur?—Trente-deux accusations pour des actes commis au sein de l'établissement avaient été inscrites au dossier du demandeur, et il avait purgé une bonne partie de sa détention dans une aire d'isolement ou dans une unité d'isolement—Rupture progressive de la relation entre le demandeur et le personnel du Service correctionnel du Canada (SCC) chargé de la gestion des cas, une rupture attribuable en partie à des erreurs qui s'étaient glissées dans les dossiers du SCC—Un rapport psychologique/rapport d'évaluation des risques commandé par le demandeur mentionnait qu'il s'était retiré du processus de gestion des cas parce qu'il était devenu enclin à claironner les injustices dont il se croyait victime—À l'audience de libération conditionnelle, le SCC n'a produit aucun suivi du plan correctionnel—La CNLC a estimé que le risque présenté par le demandeur ne pouvait pas être géré dans la collectivité et qu'il appartenait au SCC et non à la CNLC de gérer le cas—La CNLC a aussi accordé un poids restreint au rapport psychologique/rapport d'évaluation des risques—La CNLC avait jugé que l'arrêt

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

*Steele* n'était pas applicable et elle n'a pas commis d'erreur en rendant une décision en l'absence d'un rapport sur l'évolution du cas, parce qu'il existait suffisamment de renseignements permettant d'évaluer les risques—Il ressort de l'arrêt *Steele* que la détention et la peine doivent être adaptées aux circonstances de l'intéressé et de l'infraction—L'arrêt *Steele* n'est pas applicable ici car la durée considérable de l'incarcération du délinquant dans cette affaire était devenue tout à fait hors de proportion avec l'infraction sexuelle commise et constituait une peine cruelle et inusitée contraire à la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), art. 12—Ce précédent indiquait aussi que la voie de recours qui s'imposait pour contester le maintien d'une détention équivalant à une peine cruelle et inusitée était un contrôle judiciaire de la décision du SCC ou de la CNLC—Le SCC a compétence pour voir à la gestion des cas des détenus et des libérés conditionnels : voir la Loi, art. 3a), b), 4a), b), h), i), 5—Selon la Loi, art. 100, 101, 102, 107, la CNLC a compétence pour dire si le détenu répond aux conditions d'une libération—Le traitement réservé au rapport psychologique/rapport d'évaluation des risques constituait une erreur sujette à révision—Même si la CNLC pouvait parfaitement décider quel poids il convenait d'accorder au rapport et dire si elle acceptait ou non la méthode employée pour rendre compte des risques, il était fautif pour elle d'ignorer le rapport du seul fait qu'il avait été commandé par le demandeur et examiné par son avocat avant d'être présenté à la CNLC—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44], art. 12—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3a), b), 4a), b), h), i), 5 (mod. par L.C. 1997, ch. 17, art. 13), 100, 101, 102 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27(F)), 107 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ann. II; ch. 42, art. 28(A), 70(A), 71(F); 2000, ch. 24, art. 36), 123(1)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 158.

STODDART C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-395-04, 2004 CF 1350, juge Mosley, ordonnance en date du 1-10-04, 11 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Contrôle judiciaire de la décision du registraire de donner des avis publics comme quoi la défenderesse avait adopté et employé les marques « March of Dimes » et « Ontario March of Dimes » sous le régime de l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce (la Loi)—Lorsque le registraire publie

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

de tels avis publics, cela a pour effet de conférer au requérant une « marque officielle » protégée par des dispositions plus rigoureuses—Le demandeur tentait, en présentant de nouveaux éléments de preuve, de démontrer que la défenderesse employait les marques en question en vertu d'une licence qu'il lui avait cédée et qu'elle n'avait aucun droit indépendant sur elles—Le demandeur est l'incarnation actuelle d'une organisation nationale fondée en 1951, qui s'appelait alors « Canadian Foundation for Poliomyelitis » (Conseil national), qui fut créée en 1951 et qui a mené des collectes de fonds sous la dénomination « The March of Dimes »—La défenderesse fut aussi créée en 1951, en tant qu'une des multiples sections provinciales de l'organisation nationale—Plus tard, la Canadian Foundation for Poliomyelitis a enregistré la marque de commerce « The March of Dimes » qu'elle a plus tard cédé au demandeur, nouvellement créé par la fusion de la Canadian Foundation for Poliomyelitis et du Canadian Council for Crippled Children—Le demandeur a conclu avec la défenderesse un accord renouvelable par lequel il octroyait à celle-ci, sous licence, l'autorisation d'employer la marque « The March of Dimes »—La conduite des parties au fil des années donne à penser qu'elles s'estimaient liées par l'accord de licence en dépit de l'absence de documents de renouvellement pour chaque année—Quelques années plus tard, le demandeur a demandé l'émission d'avis publics pour les marques de commerce « March of Dimes » et « Ontario March of Dimes »—Le registraire a publié les avis—Comme la défenderesse était mécontente de la prestation du demandeur en tant qu'organisme national de bienfaisance opérant sous la dénomination « March of Dimes », elle a décidé de demander l'émission d'avis publics pour les marques « March of Dimes » et « Ontario March of Dimes » sous le régime de l'art. 9(1)*n*(iii) de la Loi—La défenderesse organisait des collectes de fonds sous les deux dénominations depuis plusieurs décennies—Elle soutient énergiquement qu'elle avait le droit de demander un avis public pour la marque « Ontario March of Dimes » puisque le demandeur n'avait pas enregistré cette marque, pas plus qu'il n'avait obtenu d'avis public à son égard—La décision du registraire de donner un avis public sous le régime de l'art. 9(1)*n*(iii) se fonde sur la simple affirmation de l'autorité publique selon laquelle elle a adopté et employé la marque officielle en question—Les diverses formes de la marque « March of Dimes » employées par la défenderesse découlaient de sa situation de licencié du demandeur—La défenderesse n'avait pas de droit indépendant sur ces marques—Le demandeur tolérait l'emploi des marques par la défenderesse, sans doute parce que cela lui était utile dans la mesure où il servait les causes de bienfaisance qu'il défendait—Les avis publics préalablement publiés par le demandeur à l'égard des marques « The March of Dimes » et « March of Dimes » interdisaient à la défenderesse comme aux autres d'employer toute marque semblable—Les marques

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

officielles étaient protégées par l'art. 9(1) de la Loi avant que la défenderesse ne demandât des avis publics pour elle-même—Au contraire de la Loi sur les marques de commerce qui dispose que l'emploi par le licencié de la marque de commerce a le même effet que si celle-ci était employée par le donneur de licence, il n'y a pas de disposition semblable pour les marques officielles—Dans des affaires antérieures entendues par les tribunaux, des autorités publiques ont prouvé l'emploi d'une marque, conformément à l'art. 9(1)*n*(iii), en établissant que ses licenciés l'avaient employée—En l'espèce, les faits diffèrent puisque la défenderesse, titulaire d'un permis, a demandé la publication d'avis publics concernant la marque qui fait l'objet du contrat de licence avec le demandeur qui est le concédant de licence—Le demandeur n'a pu prouver l'adoption des marques puisque l'emploi d'une marque officielle sous licence d'une autre autorité publique ne constitue pas un fait d'« adoption et emploi » pour l'application de l'art. 9(1)*n*(iii) de la Loi—Conformément à la norme de la décision correcte, la décision du registraire de donner les avis publics demandés pour les marques de commerce de la défenderesse était incorrecte et doit être annulée—Demande accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9(1)*n*(iii).

LE CONSEIL CANADIEN POUR LA RÉADAPTATION DES HANDICAPÉS S/N CONSEIL NATIONAL DES TIMBRES DE PÂQUES ET DE LA MARCHE DES DIX SOUS C. LA REHABILITATION FOUNDATION FOR THE DISABLED S/N LA MARCHE DES DIX SOUS DE L'ONTARIO (T-610-01, 2004 CF 1357, juge O'Reilly, jugement en date du 1-10-04, 14 p.)

**PÉNITENCIERS**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un président indépendant a infligé à un détenu une peine de 12 jours d'isolement disciplinaire et de perte de privilèges—Le demandeur, qui est détenu au pénitencier de Millhaven, a été inculpé de possession d'objets interdits, une infraction disciplinaire grave prévue à l'art. 40*i*) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la Loi), après que deux armes de fabrication artisanale eurent été découvertes dans sa cellule—Au terme d'une audience disciplinaire, le président indépendant a déclaré le demandeur coupable de l'infraction qui lui était reprochée—Pour déterminer la peine à appliquer, le président a tenu compte de la peine d'isolement disciplinaire de quatre jours et de perte de privilèges à laquelle M. Graham avait déjà été condamné (récemment) pour possession d'armes interdites—Une sanction disciplinaire de perte de privilèges peut-elle être infligée conjointement avec une sanction d'isolement disciplinaire?—La question est de nature juridique et elle ne dépend pas des faits de l'espèce—L'art. 44(1) de la Loi



**PÉNITENCIERS—Suite**

énumère les peines dont est passible le détenu déclaré coupable d'une infraction disciplinaire, y compris la perte de privilèges et l'isolement préventif—L'art. 37 de la Loi prévoit que le détenu en isolement préventif jouit des mêmes droits, privilèges et conditions que ceux dont bénéficient les autres détenus du pénitencier—L'art. 40(3) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition déclare que le détenu purgeant une peine d'isolement pour une infraction disciplinaire se voit accorder les mêmes conditions que les détenus mis en isolement préventif—Le demandeur maintient qu'en lui retirant certains privilèges, on le place dans une situation où il se voit refuser les mêmes conditions de détention que celles dont jouissent les détenus mis en isolement préventif et les autres détenus du pénitencier—Ni la Loi ni le Règlement ne disent qu'on ne peut retirer aux détenus qui sont en isolement disciplinaire leurs privilèges—L'expression « une ou [ . . . ] plusieurs des peines suivantes » à l'art. 44(1) de la Loi permet de condamner le détenu déclaré coupable d'une infraction disciplinaire à plusieurs peines, y compris l'isolement disciplinaire et la perte de privilèges, sous réserve des restrictions imposées par le Règlement—Le régime disciplinaire vise à encourager chez les détenus un comportement favorisant l'ordre et la bonne marche du pénitencier—Pour favoriser l'ordre et la bonne marche du pénitencier, le président doit pouvoir sanctionner les détenus qui ont commis des infractions disciplinaires—Il ressort du libellé de l'art. 37 que les « privilèges » et les « conditions » sont deux choses bien distinctes—Il ne s'ensuit donc pas que le détenu mis en isolement disciplinaire qui se voit accorder « les mêmes conditions (de détention) » jouit pour autant des mêmes droits et privilèges qu'un détenu en isolement préventif—La Loi établit une distinction entre l'isolement administratif et l'isolement disciplinaire parce que le législateur parle de « droits » et de « privilèges » à l'art. 37 de la Loi mais pas à l'art. 40(3) du Règlement—Les conséquences graves et nuisibles de l'isolement disciplinaire doivent être mises en balance avec la nécessité d'assurer la sécurité du pénitencier et celle de son personnel, des détenus et de la population—L'art. 44(1) de la Loi permet d'infliger simultanément une peine d'isolement disciplinaire et une peine de perte de privilèges à un détenu déclaré coupable d'une infraction disciplinaire grave—Suivant l'interprétation des dispositions applicables et conformément à leur sens grammatical courant, le président a correctement interprété la Loi—Le principe d'interprétation législative suivant lequel les lois pénales doivent être interprétées de façon stricte en faveur du citoyen ne s'applique que lorsqu'il existe une ambiguïté au sujet du sens d'une disposition—Les dispositions applicables ne sont pas ambiguës—Qui plus est, une sanction disciplinaire n'entraîne pas de conséquences pénales—La demande est rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 37, 40*i*, 44(1)—Règlement sur le système

**PÉNITENCIERS—Fin**

correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 40(3).

GRAHAM C. PÉNITENCIER DE MILLHAVEN (T-608-04, 2004 CF 1344, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 30-9-04, 13 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la Commission) du 18 septembre 2003 qui a conclu qu'elle avait compétence pour connaître d'un appel d'une décision dans laquelle le tribunal de révision avait refusé de réexaminer sa décision antérieure au motif que les éléments nouveaux soumis par la défenderesse ne constituaient pas des faits nouveaux aux termes de l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada—Par la suite, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)* (2004), 320 N.R. 168, est arrivée à la conclusion que la Commission n'avait pas compétence pour connaître d'un appel d'une décision dans laquelle le tribunal de révision avait refusé de réexaminer l'une de ses décisions au motif que la demanderesse n'avait soumis aucun fait nouveau—La Cour est liée par cet arrêt—La défenderesse doit maintenant chercher à faire contrôler judiciairement en Cour fédérale la décision du tribunal de révision—Demande accueillie—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 84(2) (édicte L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. RICHARD (A-558-03, 2004 CAF 378, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 8-11-04, 3 p.)

**PRATIQUE***RES JUDICATA*

Requête en irrecevabilité de l'action relative au maintien des prix de revente fondée sur la chose jugée—Paccar du Canada Ltée a introduit devant la Cour de l'Ontario une procédure contre les demanderesse et leurs commettants (les Belzile et leurs concessions) pour fraude, concurrence déloyale, atteinte illicite aux intérêts financiers, perte de réputation et dommages-intérêts exemplaires—Elle a également demandé une injonction pour empêcher les Belzile et leurs concessions d'introduire une poursuite contre leurs clients et anciens clients, ainsi que contre les utilisateurs finals des produits de la Paccar—Les Belzile et leurs concessions ont présenté une défense et demande reconventionnelle visant l'octroi de dommages-intérêts exemplaires et alléguant des dommages pour cause de « résiliation fautive » et d'« intervention fautive » de la part de la Paccar—La Cour de l'Ontario a

**PRATIQUE—Suite**

accordé à Paccar une injonction provisoire, laquelle est devenue permanente lorsque le dossier a été réglé—La poursuite en dommages-intérêts et la demande reconventionnelle des parties ont été rejetées par jugement, sur consentement des parties, et celles-ci ont conclu un procès-verbal de transaction—La question est de savoir si la transaction dans la poursuite devant la Cour de l'Ontario constitue un motif de rejeter la poursuite intentée devant la Cour fédérale pour cause de chose jugée—Le principe de la chose jugée comporte deux volets : la préclusion fondée sur la cause d'action et la préclusion pour question déjà tranchée—Le principe qui sous-tend la préclusion pour question déjà tranchée est qu'une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause—Il y a trois conditions préalables à l'application du principe de la chose jugée et de la question déjà tranchée : 1) la question en litige a déjà été tranchée; 2) la décision portant préclusion était définitive; 3) les parties à l'instance antérieure sont les mêmes personnes que les parties à l'instance où l'on fait valoir la

**PRATIQUE—Fin**

préclusion—Le jugement sur consentement de la Cour de l'Ontario a mis un terme à la poursuite—Pour les fins du principe de la chose jugée, les jugements sur consentement ont le même effet qu'un jugement rendu par un tribunal après un procès ou une audience—La règle de la chose jugée prévoit que lorsque, dans une instance, une partie ne soulève pas une question qui aurait dû ou aurait pu être soulevée, la partie ne peut plus jamais soulever la question à moins de circonstances exceptionnelles—On a conclu à des circonstances exceptionnelles en l'espèce—La poursuite devant la Cour fédérale a soulevé des questions portant sur une législation qui n'a pas été invoquée dans la poursuite devant la Cour de l'Ontario—Le procès-verbal de transaction ne contient aucune admission et il a envisagé la poursuite de l'action devant la Cour fédérale, bien qu'il ne soit pas fait expressément mention de poursuite supplémentaire—Demande rejetée.

351694 ONTARIO LTD. C. PACCAR DU CANADA LTÉE  
(T-1263-93, 2004 CF 1442, juge von Finckenstein,  
ordonnance ren date du 19-10-04, 9 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>