



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 1, Part 1

2021, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2021] 1 F.C.R., $\left\{ \begin{array}{l} 3-207 \\ D-1-D-4 \end{array} \right.$

Renvoi [2021] 1 R.C.F., $\left\{ \begin{array}{l} 3-207 \\ F-1-F-5 \end{array} \right.$

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2021.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2021.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–207
Digests.	D-1–D-4

A.P. v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Conjugal partner sponsorship—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appeal from immigration officer's decision refusing applicant's conjugal partner sponsorship application—IAD considering factors enumerated by Supreme Court of Canada in *M. v. H.*, finding, on balance of probabilities, that AM not applicant's conjugal partner—Applicant obtaining refugee protection in Canada based on sexual orientation as gay man—Re-establishing relationship with former female university classmate, AM—Applicant, AM deciding to meet abroad where relationship developing—Child resulting from trip together—Applicant, AM deciding to commit to each other, their child, raise child together as family—Applicant deciding to sponsor AM as conjugal partner, their child to come to Canada—Whether IAD's decision unreasonable, procedurally unfair, in particular whether IAD's decision exhibiting closed mind reliance on stereotypes, subjective treatment of evidence—IAD treating evidence unreasonably, unfairly, resulting in unsustainable conclusion—*M. v. H.* determining that, after many years together, opposite-sex couple or even same-sex couple could be in conjugal relationship even though having neither children nor sexual relations—This finding applying to mixed-orientation couples too even where neither partner identifying as bisexual as in present case—Fact of couple's different sexual orientation not foreclosing possibility of applicant, AM establishing being in committed relationship of some permanence—IAD unreasonably assessing applicant, AM's relationship before concluding insufficient evidence proving they were in conjugal relationship—IAD focusing unreasonably only on factors which raised concerns; failing to identify, assess positive factors offered in support of

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–207
Fiches analytiques.	F-1–F-5

A.P. c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Parrainage d'un partenaire conjugal—Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté contre la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de parrainage d'une partenaire conjugale du demandeur—La SAI a tenu compte des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M. c. H.* et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'AM n'était pas la partenaire conjugale du demandeur—Le demandeur a obtenu la protection du Canada en raison de son orientation sexuelle : il se définit comme étant homosexuel—Il a renoué avec AM, une ancienne camarade d'université—Le demandeur et AM ont décidé de se retrouver à l'étranger, où leur relation a pris un nouveau tournant—Un enfant est né à la suite de ce voyage—Le demandeur et AM ont décidé de s'engager l'un envers l'autre et envers l'enfant et de former une cellule familiale pour élever ce dernier—Le demandeur a décidé de parrainer AM, à titre de partenaire conjugale, et leur enfant, pour qu'ils puissent venir au Canada—Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était déraisonnable et inéquitable sur le plan de la procédure, plus particulièrement si, pour parvenir à sa décision, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit fondée sur des stéréotypes et a traité la preuve de façon subjective—La SAI a traité la preuve de façon déraisonnable et injuste, et sa décision ne pouvait donc être maintenue—Dans l'arrêt *M. c. H.*, il a été statué qu'après de nombreuses années de vie commune, un couple de sexe différent ou même un couple de même sexe peut être considéré comme formant une relation conjugale même s'il n'a pas d'enfants ni de relations sexuelles—Ce principe s'applique également aux couples

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicant's relationship with AM, most notably their personal behaviour—IAD's failure to mention positive evidence on most relevant aspects of its decision rendering it unreasonable—IAD's decision based on closed mind or bias resulting in unreasonable assessment of evidence regarding possibility of mixed-orientation couple meeting criteria for conjugal partnership—IAD's decision rising to level of real or perceived bias—Matter remitted to different IAD member or panel for redetermination—Application allowed.

LaLiberte v. Day (F.C.A.) 22

Practice—Class Proceedings—Appeal from Federal Court order granting carriage motion to proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* (Day action), staying other carriage motions in *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, *Ouellette v. Canada* (LMO action)—Appellants submitting motion judge committing legal, factual errors in granting carriage to plaintiff in Day action—In determining carriage, motion judge adopting multi-factor test developed by Ontario courts—Setting out most relevant factors, finding representative quality of proposed plaintiff, class definition, quality, expertise, conduct of counsel weighing in favour of counsel in Day action—Issue whether motion judge erring in law, in fact by granting carriage to plaintiff in Day action—Motion judge not erring by taking into account Mr. Day's circumstances, nature of damage pled by Mr. Day—Considering "quality of the representative plaintiff"—Entitled to treat counsel's affidavit, pleading as having evidentiary value—Not improperly imposing typicality requirement—Motion judge entitled to conclude Mr. Day's circumstances, damage claimed as advantageous platform for claim on behalf of class—Factors to be considered in carriage motions non-exhaustive—Meant to assist court in unique context of each case to determine best interests of class—Treatment of Mr. Day's circumstances, damage claimed under heading chosen by motion judge not error of law—Motion judge not erring in finding that counsel's experience could remedy Mr. Day's lack of community

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'orientation mixte, même lorsqu'aucun des partenaires ne se définit comme bisexuel, comme dans la présente affaire—Le fait que le demandeur et AM ont des orientations sexuelles distinctes n'écartait pas la possibilité qu'ils entretiennent une relation sérieuse qui dure depuis un certain temps—La SAI a évalué leur relation de façon déraisonnable avant de conclure que la preuve était insuffisante pour établir qu'ils entretenaient une relation conjugale—La SAI a déraisonnablement mis l'accent seulement sur les facteurs qui soulevaient des préoccupations; elle a omis de relever et d'évaluer les facteurs positifs en faveur de la relation du demandeur et AM, particulièrement en ce qui concerne leur comportement personnel—Le défaut de la SAI de mentionner la preuve positive quant aux aspects les plus pertinents de sa décision a rendu sa décision déraisonnable—Dans sa décision, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit et d'une partialité qui l'ont mené à évaluer de façon déraisonnable la preuve quant à la possibilité qu'un couple d'orientation mixte satisfasse aux critères de la relation conjugale—La décision de la SAI a franchi le seuil pour conclure à une partialité réelle ou apparente—L'affaire a été renvoyée à un autre commissaire ou tribunal de la SAI pour nouvelle décision—Demande accueillie.

LaLiberte c. Day (C.A.F.) 22

Pratique—Recours collectifs—Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* (action de M. Day), et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada* (action des demandeurs LMO)—Les appelants ont soutenu que le juge des requêtes a commis des erreurs de droit et de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day—Pour déterminer la conduite de l'instance, le juge des requêtes a adopté le critère multifactoriel établi par les tribunaux de l'Ontario—Il a exposé les facteurs les plus pertinents et a conclu que la qualité des représentants demandeurs proposés, la définition du groupe, et la qualité, la compétence et la conduite des avocats, jouaient en faveur des avocats de l'action de M. Day—Il s'agissait de savoir si, en confiant la conduite de l'instance au demandeur de l'action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs de fait et de droit—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en prenant en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu'il portait devant les tribunaux—Il a examiné la « qualité du représentant demandeur »—Il pouvait considérer l'affidavit de l'avocat et l'acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante—Il n'a pas imposé à tort l'exigence du modèle type—Le juge des requêtes était en droit de conclure que la situation de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

connection—Discussions of counsel’s experience reflecting relationship between relevant factors—Motion judge undertaking global assessment, exercise of judicial judgment—Finding that plaintiffs in LMO action advancing no particular connection to non-status Indian communities—Not clear motion judge making binary comparison between counsel’s experience in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)* on one hand, having Indigenous counsel on other—Motion judge aware of experience of Indigenous counsel in LMO action consortium—Not erring by failing to advert to this evidence when reviewing expertise of counsel in Day action—Within purview of motion judge to undertake this comparison—Motion judge not erring in seeing as leap-frogging addition of non-status Indians to class definition in LMO action after carriage motions scheduled—Appeal dismissed.

Brown v. Canada (Citizenship and Immigration) **(F.C.A.)** 53

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Detention and Release—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge regarding immigration detention regime under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act)—Alvin Brown (appellant) found inadmissible to Canada on basis of criminal convictions; ordered detained pending removal—At each detention review, Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) ordering appellant continue to be detained—Appellant held in provincial correctional institutions for five years until deportation—Despite efforts, Canada Border Services Agency (CBSA) unable to obtain travel document for appellant—In Federal Court, appellant challenging constitutionality of immigration detention regime established under Act, ss. 57, 58, *Immigration and Refugee Protection*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

M. Day et les préjudices qu’il alléguait constituaient un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe—La liste des facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l’instance n’est pas exhaustive—Il s’agit de moyens d’aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l’intérêt supérieur du groupe—L’examen de la situation de M. Day et des préjudices allégués au regard du libellé que le juge des requêtes a choisi ne constituait pas une erreur de droit—Ce n’était pas une erreur de la part du juge des requêtes de conclure que l’expérience des avocats pouvait remédier à l’absence de lien entre M. Day et la collectivité—La discussion de l’expérience de l’avocat a montré les liens entre les facteurs pertinents—Le juge des requêtes a effectué une évaluation globale et un exercice du jugement judiciaire—La conclusion du juge des requêtes était que les demandeurs LMO n’avaient fait part d’aucun lien particulier avec les collectivités d’Indiens non-inscrits—Il n’était pas manifeste que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l’expérience des avocats dans l’affaire *Daniels (Affaires autochtones et du Nord Canada)*, d’une part, et le fait d’être représenté par des avocats autochtones, d’autre part—Le juge des requêtes avait connaissance de l’expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l’action des demandeurs LMO—Il n’a pas commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu’il a examiné la compétence des avocats de l’action de M. Day—Il était loisible au juge des requêtes d’établir cette comparaison—Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en qualifiant de surenchère l’ajout des Indiens non-inscrits au groupe dans l’action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance—Appel rejeté.

Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration) **(C.A.F.)** 53

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Détenion et mise en liberté—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l’immigration établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Alvin Brown (appellant) a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles; on a ordonné qu’il soit détenu en attendant l’exécution de la mesure de renvoi—La Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu’elle se poursuive—L’appelant a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux jusqu’à son renvoi cinq ans plus tard—Malgré ses efforts, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) n’a pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Regulations, ss. 244-248—Casting shadow on appellants’ constitutional challenge was Supreme Court of Canada’s decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* where Supreme Court prescribing process, protections required to ensure that lengthy, indeterminate detention be consistent with detainees’ rights under Charter, ss. 7, 12—Supreme Court holding that extended periods of detention under Act not violating Charter if accompanied by regular review—Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time—Charter not imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time—However, ID members conducting detention reviews, judges sitting in judicial review must consider Charter, administrative law standards—When detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter, ss. 7, 9 or 12—Clear from review that immigration detention scheme having all protections mandated by *Charkaoui* to ensure extended periods of detention not violating Charter, ss. 7, 9, 12—Legality of detention subject to judicial scrutiny in Federal Court—Act, s. 58 authorizing detention for several purposes—Act not constitutionally deficient because not stating expressly that which law already requiring—Where there are regular detention reviews that give full, fair consideration to non-exhaustive considerations in *Regulations*, s. 248, prolonged detention constitutional—In present case, statutory grant of discretionary power using word “consider”, constituting open-ended grant of discretion—*Regulations*, s. 248 factors having to be followed for continued detention to be legal under Act—In addition, nexus between detention, immigration purpose required—Decision maker having to be satisfied, on evidence, that removal is a possibility—*Charkaoui* making no mention of foreseeability test—Detention review scheme established by Parliament imposing continuing, overarching legal burden on Minister to establish that detention lawfully justified according to Act, s. 58, *Regulations*, s. 248, Charter—Legal burden not changing if Minister establishing *prima facie* case of grounds for detention—Procedural fairness requiring that detainee have advance disclosure of all evidence relevant to *Regulations*, s. 248 criteria, regardless of whether Minister relying on that evidence to support continued detention—Thus, lawful exercise of power to order detention requiring adequate evidentiary foundation—Judicial review testing legality of detention decision against Charter, common law principles; also testing reasoning process, transparency, integrity—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

été en mesure d’obtenir un titre de voyage pour l’appelant—Devant la Cour fédérale, l’appelant a contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l’immigration établi au titre des art. 57 et 58 de la LIPR et des art. 244 à 248 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, dans lequel la Cour suprême du Canada a prescrit le processus et les protections nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les art. 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus, a jeté une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants—La Cour suprême a affirmé que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la LIPR ne contreviennent pas à la Charte lorsqu’elles sont assorties d’un contrôle régulier des motifs de la détention—Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite—La Charte n’impose pas une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite—Toutefois, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif—Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte—Il ressortait clairement d’un examen que le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt *Charkaoui* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte—La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale—L’art. 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas—La LIPR n’est pas inconstitutionnelle parce qu’elle n’indique pas explicitement ce que le droit exige déjà—Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l’art. 248 du *Règlement*, la détention prolongée est constitutionnelle—En l’espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité—Les critères prévus à l’art. 248 du *Règlement* doivent être respectés pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR—Il doit aussi exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration—Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible—L’arrêt *Charkaoui* ne fait aucunement mention d’un critère de prévisibilité—Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’art. 58 de la LIPR, de l’art. 248 du *Règlement* et de la Charte incombe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Immigration detention—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ Charter challenge regarding immigration detention regime under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act)—Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time—When immigration detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter, ss. 7, 9, 12—Immigration detention scheme having all protections mandated by *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* to ensure extended periods of detention not violating Charter, ss. 7, 9, 12—Discretion to detain under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 58, *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 248 constitutionally compliant.

Constitutional Law—Charter of Rights—Legal rights—Cruel and unusual treatment or punishment—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ Charter challenge regarding immigration detention regime under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act)—Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time—Members of Immigration and Refugee Board, Immigration Division having duty to exercise discretion in manner consistent with Charter; obligation to consider Charter, ss. 7, 9, 12 inherent in exercise of discretion concerning whether detention warranted—As *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* noted, not detention itself or length that is objectionable; detention only cruel, unusual in legal sense if violating “accepted norms of treatment”—As such, denying means required by principles of fundamental justice to challenge detention may render

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au ministre—Le fardeau juridique n’est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit *prima facie* l’existence de motifs de détention—L’équité procédurale exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’art. 248 du Règlement soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention—L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite donc un fondement de preuve suffisant—Le contrôle judiciaire permet de vérifier la légalité d’une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law; il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Détention aux fins de l’immigration—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l’immigration établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite—Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte—Le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte—Le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l’art. 58 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et à l’art. 248 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* est conforme à la Constitution.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Garanties juridiques—Traitements ou peines cruels et inusités—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l’immigration établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite—Les commissaires de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié ont l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte; l’obligation de tenir compte des art. 7, 9 et 12 de la Charte est inhérente à l’exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non—Comme l’a souligné l’arrêt *Charkaoui c. Canada*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

detention arbitrary, cruel or unusual, but system permitting detainee to challenge detention, obtain release if justified may lead to conclusion that detention not cruel, unusual—Federal Court not making reviewable error in dismissing many of appellants' arguments regarding conditions of detention—Evidence of conditions of detention falling far short of threshold of cruel, unusual punishment set by Supreme Court, not supporting broad declaration appellants seeking.

Harrison v. Canada (National Revenue) (F.C.) 117

Income Tax—Practice—Judicial review of Canada Revenue Agency (CRA) decision refusing applicant's request to refund amount collected from her, on December 19, 2014, in relation to 1988 taxation year—Applicant requesting refund on basis that 10-year collection limitation period (CLP) set out in *Income Tax Act* (Act), s. 222 having expired—Applicant claiming losses, other deductions in connection with her participation in Trinity Denton Partnership (Trinity Denton), Sierra Trinity Limited Partnership (Sierra Trinity)—Objecting to CRA's disallowance of certain partnership losses—Several notices of reassessment, objection ensuing—Applicant filing notice of appeal in Tax Court of Canada (Tax Court) on January 4, 2011, with respect to 1988, 1989, 1990 taxation years—Notice of reassessment issued in December 2014—Reassessment restoring deductions disallowed with respect to Sierra Trinity but not making any adjustments relating to Trinity Denton losses—On December 19, 2014, Minister applying credit otherwise refundable to applicant against 1988 tax debt—Applicant of view that this collection statute barred pursuant to Act, s. 222(4)—Main issue whether Minister reasonably concluding that CLP had not expired as of December 19, 2014—Minister's statement that filing appeal with Tax Court acknowledgement of debt, thereby restarting limitation period, not justified, intelligible or transparent, thus unreasonable—Filing of appeal with Tax Court not automatic acknowledgment of tax debt that restarts limitation period—As to whether filing of appeal extending CLP, because 1988 debt in respect of Trinity Denton losses not validly in issue in appeal, debt not "amount in controversy"—Debt's collection therefore not barred by Act, s. 225.1(3), limitation period for its collection not extended by s. 222(8)—Initial limitation period not restarted or extended prior to its expiry on March 4,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(*Citoyenneté et Immigration*), ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues »—Ainsi, priver l'intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette dernière arbitraire, cruelle ou inusitée, mais l'existence d'un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n'est ni cruelle ni inusitée—La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention—Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention ne satisfaisaient pas au critère fixé par la Cour suprême pour qu'une peine soit jugée cruelle et inusitée et n'appuyaient pas la déclaration générale que sollicitaient les appelants.

Harrison c. Canada (Revenu national) (C.F.) 117

Impôt sur le revenu—Pratique—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada (ARC) a refusé de rembourser à la demanderesse une somme perçue auprès d'elle, le 19 décembre 2014, relativement à son année d'imposition 1988—La demanderesse a sollicité le remboursement au motif que le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi) avait expiré—La demanderesse a déclaré des pertes et d'autres déductions liées à sa participation à la société de personnes Trinity Denton (Trinity Denton) et à la société de personnes Sierra Trinity Limited (Sierra Trinity)—Elle s'est opposée au refus de l'ARC de déduire certaines pertes des sociétés—Plusieurs avis de nouvelle cotisation et avis d'opposition ont été déposés par la suite—Le 4 janvier 2011, la demanderesse a déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt (Cour de l'impôt) à l'égard de ses années d'imposition 1988, 1989 et 1990—Un avis de nouvelle cotisation a été émis en décembre 2014—La nouvelle cotisation a rétabli les déductions qui avaient été refusées relativement à Sierra Trinity, mais elle ne contenait aucun rajustement concernant les pertes de la société Trinity Denton—Le 19 décembre 2014, le ministre a utilisé le remboursement auquel la demanderesse avait par ailleurs droit pour réduire sa dette fiscale de 1988—La demanderesse était du point de vue que le recouvrement de cette dette était prescrit en vertu de l'art. 222(4) de la Loi—Il s'agissait principalement de savoir si le ministre a raisonnablement conclu que le DPR n'avait pas expiré le 19 décembre 2014—La conclusion du ministre selon laquelle le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt constitue une reconnaissance de dette, faisant ainsi recommencer à zéro le délai de prescription, n'était pas justifiée, intelligible ni transparente,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

2014, or prior to December 2014 reassessment—Finding that December 2014 reassessment restarting limitation period thus unreasonable—Contrary to public interest for Minister to sleep on its rights in enforcing collection—CRA decision quashed—Application allowed.

Seklani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)..... 171

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Canada Border Services Agency decision determining that applicant ineligible to file claim for refugee protection with Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(c.1)—Parliament enacting s. 101(1)(c.1) in June 2019—S. 101(1)(c.1) new ineligibility provision that precludes asylum claimants who have made claim for refugee protection in country with which Canada having information-sharing agreement from having their claim heard, adjudicated by RPD—Countries with which Canada having agreement including United States (U.S.); together with Canada, known as “Five Eyes” countries—Parliament also adding s. 113.01 to Act to complement new ineligibility provision—S. 113.01 providing that mandatory hearing before a pre-removal risk assessment (PRRA) officer must be held for asylum seekers found ineligible under s. 101(1)(c.1)—Applicant entering Canada from U.S., citizen of Libya—Travelled to U.S. but claim filed there never assessed—Found ineligible to file claim for refugee protection in Canada—On judicial review, applicant asking Court to declare Act, s. 101(1)(c.1) inconsistent with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7, which deals with life, liberty, security of person—Whether Act, s. 101(1)(c.1) violating Charter, s. 7—Charter, s. 7 not engaged by RPD bar created by s. 101(1)(c.1) since ineligibility determination not depriving applicant from his right to life, liberty or security of person nor

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

et elle était donc déraisonnable—Le dépôt d’un appel auprès de la Cour de l’impôt ne constitue pas une reconnaissance automatique d’une dette fiscale qui a pour effet de faire recommencer le délai de prescription—En ce qui concerne la question de savoir si le dépôt de l’appel a eu pour effet de proroger le DPR, puisque la dette de 1988 à l’égard des pertes de la société Trinity Denton n’était pas valablement en litige dans l’appel, il ne s’agissait pas d’une « somme en litige »—Le recouvrement de cette dette n’était donc pas interdit par l’art. 225.1(3) de la Loi, et le délai de prescription pour le recouvrement n’a pas été prorogé par l’art. 222(8)—Le délai de prescription initial n’a pas recommencé à courir ni n’a été prorogé avant son expiration le 4 mars 2014 ou avant l’établissement de la nouvelle cotisation de décembre 2014—Par conséquent, dans sa décision, l’ARC a conclu déraisonnablement que la nouvelle cotisation de décembre 2014 a fait recommencer le délai de prescription—Le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de recouvrement est contraire à l’intérêt public—La décision de l’ARC a été annulée—Demande accueillie.

Seklani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 171

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision de l’Agence des services frontaliers du Canada, qui a conclu que la demande d’asile présentée par le demandeur à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié était irrecevable, conformément à l’art. 101(1)c.1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—En juin 2019, le Parlement a adopté l’art. 101(1)c.1)—Il s’agissait d’une nouvelle disposition d’irrecevabilité qui empêche les demandeurs d’asile qui ont présenté une demande d’asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l’échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la SPR—Les pays avec lesquels le Canada a conclu une telle entente incluent les États-Unis; ces pays, ainsi que le Canada, sont connus sous le nom du « Groupe des cinq »—Le Parlement a également ajouté l’art. 113.01 à la LIPR afin de compléter la nouvelle disposition d’irrecevabilité—Ce nouvel article prévoit que toutes les demandes d’asile jugées irrecevables au titre de l’art. 101(1)c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR)—Le demandeur, un citoyen de la Libye, est entré au Canada en provenance des États-Unis—Il s’est rendu aux États-Unis, mais sa demande de protection n’y a jamais été évaluée—La demande d’asile présentée par le demandeur au Canada a été jugée irrecevable—Au moyen de sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur a demandé à la Cour de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

increasing applicant's risk of refoulement—Moreover, “enhanced” PRRA mechanism to which applicant having access offering adequate process to be granted refugee protection—Finally, applicant failing to demonstrate that Act, s. 101(1)(c.1) arbitrary, overbroad or grossly disproportionate or that provision violating principles of fundamental justice—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(c.1) precluding asylum claimants who have made claim for refugee protection in country with which Canada having information-sharing agreement from having their claim heard, adjudicated by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division—Act, s. 113.01 providing that mandatory hearing before a pre-removal risk assessment (PRRA) officer must be held for asylum seekers found ineligible under s. 101(1)(c.1)—Whether Act, s. 101(1)(c.1) violating Charter, s. 7—Charter, s. 7 not engaged by RPD bar created by s. 101(1)(c.1) since ineligibility determination not depriving applicant from his right to life, liberty or security of person nor increasing applicant's risk of refoulement—Moreover, “enhanced” PRRA mechanism to which applicant having access offering adequate process to be granted refugee protection—Finally, applicant failing to demonstrate that Act, s. 101(1)(c.1) arbitrary, overbroad or grossly disproportionate or that provision violating principles of fundamental justice.

SOMMAIRE (Fin)

déclarer l'art. 101(1)c.1) de la LIPR incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui porte sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne—Il s'agissait de savoir si l'art. 101(1)c.1) de la LIPR viole l'art. 7 de la Charte—L'irrecevabilité devant la SPR, créée par l'art. 101(1)c.1), ne déclenche pas l'application de l'art. 7 de la Charte, puisque cette déclaration d'irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne du demandeur, et n'augmente pas son risque de refoulement—De plus, le mécanisme d'ERAR « amélioré » auquel peut avoir recours le demandeur constitue une procédure adéquate pour obtenir l'asile—Enfin, le demandeur n'a pas démontré que l'art. 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu'il viole les principes de justice fondamentale—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L'art. 101(1)c.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* empêche les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande d'asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l'échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—L'art. 113.01 de la LIPR prévoit que toutes les demandes d'asile jugées irrecevables au titre de l'art. 101(1)c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR)—Il s'agissait de savoir si l'art. 101(1)c.1) de la LIPR viole l'art. 7 de la Charte—L'irrecevabilité devant la SPR, créée par l'art. 101(1)c.1), ne déclenche pas l'application de l'art. 7 de la Charte, puisque cette déclaration d'irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne du demandeur, et n'augmente pas son risque de refoulement—De plus, le mécanisme d'ERAR « amélioré » auquel peut avoir recours le demandeur constitue une procédure adéquate pour obtenir l'asile—Enfin, le demandeur n'a pas démontré que l'art. 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu'il viole les principes de justice fondamentale.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., A-315-18, 2020 FCA 43, has been affirmed on appeal (2021 SCC 49). The reasons for judgment, handed down November 26, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada, A-321-18, 2020 FCA 79, has been affirmed on appeal (2021 SCC 51). The reasons for judgment, handed down December 3, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Adams v. Canada, 19-A-74, Laskin J.A., order dated April 14, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused November 4, 2021.

Konesavarathan v. University of Guelph Radio, A-1-19, 2020 FCA 148, Laskin J.A., judgment dated September 23, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused November 10, 2021.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, A-315-18, 2020 CAF 43, a été confirmé en appel (2021 CSC 49). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 novembre 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada*, A-321-18, 2020 CAF 79, a été confirmé en appel (2021 CSC 51). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3 décembre 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Adams c. Canada, 19-A-74, le juge Laskin, J.C.A., ordonnance en date du 14 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 novembre 2021.

Konesavarathan c. Radio de l'Université de Guelph, A-1-19, 2020 CAF 148, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 23 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 novembre 2021.

**Federal Courts
Reports**

2021, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-4343-19
2020 FC 906

IMM-4343-19
2020 CF 906

A.P. (Applicant)

A.P. (demandeur)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

INDEXED AS: A.P. v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : A.P. c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Fuhrer J.—Toronto, March 10; Ottawa, September 17, 2020.

Cour fédérale, juge Fuhrer—Toronto, 10 mars; Ottawa, 17 septembre 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Conjugal partner sponsorship — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appeal from immigration officer's decision refusing applicant's conjugal partner sponsorship application — IAD considering factors enumerated by Supreme Court of Canada in M. v. H., finding, on balance of probabilities, that AM not applicant's conjugal partner — Applicant obtaining refugee protection in Canada based on sexual orientation as gay man — Re-establishing relationship with former female university classmate, AM — Applicant, AM deciding to meet abroad where relationship developing — Child resulting from trip together — Applicant, AM deciding to commit to each other, their child, raise child together as family — Applicant deciding to sponsor AM as conjugal partner; their child to come to Canada — Whether IAD's decision unreasonable, procedurally unfair, in particular whether IAD's decision exhibiting closed mind reliance on stereotypes, subjective treatment of evidence — IAD treating evidence unreasonably, unfairly, resulting in unsustainable conclusion — M. v. H. determining that, after many years together, opposite-sex couple or even same-sex couple could be in conjugal relationship even though having neither children nor sexual relations — This finding applying to mixed-orientation couples too even where neither partner identifying as bisexual as in present case — Fact of couple's different sexual orientation not foreclosing possibility of applicant, AM establishing being in committed relationship of some permanence — IAD unreasonably assessing applicant, AM's relationship before concluding insufficient evidence proving they were in conjugal relationship — IAD focusing unreasonably only on factors which raised concerns; failing to identify, assess positive factors offered in support of applicant's relationship with AM, most notably their personal behaviour — IAD's failure to mention positive evidence on most relevant aspects of its decision rendering it unreasonable — IAD's decision based on closed mind or bias resulting

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Parrainage d'un partenaire conjugal — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté contre la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de parrainage d'une partenaire conjugale du demandeur — La SAI a tenu compte des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H. et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'AM n'était pas la partenaire conjugale du demandeur — Le demandeur a obtenu la protection du Canada en raison de son orientation sexuelle : il se définit comme étant homosexuel — Il a renoué avec AM, une ancienne camarade d'université — Le demandeur et AM ont décidé de se retrouver à l'étranger, où leur relation a pris un nouveau tournant — Un enfant est né à la suite de ce voyage — Le demandeur et AM ont décidé de s'engager l'un envers l'autre et envers l'enfant et de former une cellule familiale pour élever ce dernier — Le demandeur a décidé de parrainer AM, à titre de partenaire conjugale, et leur enfant, pour qu'ils puissent venir au Canada — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était déraisonnable et inéquitable sur le plan de la procédure, plus particulièrement si, pour parvenir à sa décision, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit fondée sur des stéréotypes et a traité la preuve de façon subjective — La SAI a traité la preuve de façon déraisonnable et injuste, et sa décision ne pouvait donc être maintenue — Dans l'arrêt M. c. H., il a été statué qu'après de nombreuses années de vie commune, un couple de sexe différent ou même un couple de même sexe peut être considéré comme formant une relation conjugale même s'il n'a pas d'enfants ni de relations sexuelles — Ce principe s'applique également aux couples d'orientation mixte, même lorsqu'aucun des partenaires ne se définit comme bisexuel, comme dans la présente affaire — Le fait que le demandeur et AM ont des orientations sexuelles distinctes n'écartait pas la possibilité qu'ils entretiennent une relation

in unreasonable assessment of evidence regarding possibility of mixed-orientation couple meeting criteria for conjugal partnership — IAD's decision rising to level of real or perceived bias — Matter remitted to different IAD member or panel for redetermination — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division dismissing an appeal from an immigration officer's decision refusing the applicant's conjugal partner sponsorship application. The IAD considered the factors enumerated by the Supreme Court of Canada in *M. v. H.* and found, on a balance of probabilities, that AM was not the applicant's conjugal partner.

The applicant obtained refugee protection in Canada based on his sexual orientation as a gay man. He re-established a relationship with a former university classmate and close friend, AM, who is a woman. The applicant and AM decided to meet up abroad in particular because the applicant could not return to the country from which he fled persecution and in which AM resides. On their trip, there was a shift in their relationship and they had unprotected sex. A child resulted from that trip. The applicant and AM decided to commit to each other and their child and to raise the child together as a family unit. While they considered marrying in a third country, it was not possible to do so. Therefore, they decided that the applicant would sponsor AM as a conjugal partner and their child to come to Canada. It was at that time that the applicant first disclosed his sexual orientation to AM. Despite this disclosure, they proceeded with the sponsorship application. On judicial review, the applicant argued that the IAD's decision was unreasonable and procedurally unfair.

The issues were whether the IAD's decision was unreasonable and procedurally unfair, in particular, whether the IAD's decision exhibited a closed mind reliance on stereotypes and the subjective treatment of the evidence.

sérieuse qui dure depuis un certain temps — La SAI a évalué leur relation de façon déraisonnable avant de conclure que la preuve était insuffisante pour établir qu'ils entretenaient une relation conjugale — La SAI a déraisonnablement mis l'accent seulement sur les facteurs qui soulevaient des préoccupations; elle a omis de relever et d'évaluer les facteurs positifs en faveur de la relation du demandeur et AM, particulièrement en ce qui concerne leur comportement personnel — Le défaut de la SAI de mentionner la preuve positive quant aux aspects les plus pertinents de sa décision a rendu sa décision déraisonnable — Dans sa décision, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit et d'une partialité qui l'ont mené à évaluer de façon déraisonnable la preuve quant à la possibilité qu'un couple d'orientation mixte satisfasse aux critères de la relation conjugale — La décision de la SAI a franchi le seuil pour conclure à une partialité réelle ou apparente — L'affaire a été renvoyée à un autre commissaire ou tribunal de la SAI pour nouvelle décision — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté contre la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de parrainage d'une partenaire conjugale du demandeur. La SAI a tenu compte des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M. c. H.* et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'AM n'était pas la partenaire conjugale du demandeur.

Le demandeur a obtenu la protection du Canada en raison de son orientation sexuelle : il se définit comme étant homosexuel. Il a renoué avec AM, une ancienne camarade d'université et amie proche. Le demandeur et AM ont décidé de se retrouver à l'étranger plus particulièrement parce que le demandeur ne pouvait retourner dans le pays qu'il a fui en raison de la persécution dont il avait été victime et où AM habite. Durant leur voyage, leur relation a pris un nouveau tournant et ils ont eu une relation sexuelle non protégée. Un enfant est né à la suite de ce voyage. Le demandeur et AM ont décidé de s'engager l'un envers l'autre et de former une cellule familiale pour élever l'enfant. Ils ont envisagé de se marier dans un pays tiers, mais il a été impossible de le faire. Ils ont plutôt décidé que le demandeur parrainerait AM, à titre de partenaire conjugale, et leur enfant, pour qu'ils puissent venir au Canada. C'est à ce moment que le demandeur a révélé son orientation sexuelle à AM. Ils sont allés de l'avant avec la demande de parrainage malgré tout. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le demandeur a soutenu que la décision de la SAI était déraisonnable et inéquitable sur le plan de la procédure.

Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était déraisonnable et inéquitable sur le plan de la procédure, plus particulièrement si, pour parvenir à sa décision, la SAI a fait

Held, the application should be allowed.

The IAD treated the evidence unreasonably and unfairly, resulting in an unsustainable conclusion. The Supreme Court in *M. v. H.* determined that, after many years together, an opposite-sex couple or even same-sex couple could be in a conjugal relationship even though they have neither children nor sexual relations. This applies to mixed-orientation couples too even where neither partner identifies as bisexual as in the case of the applicant and AM. The fact of their different sexual orientations did not foreclose the possibility of the applicant and AM establishing that they are in a committed relationship of some permanence. The IAD unreasonably assessed the applicant and AM's relationship before concluding there was insufficient evidence they were in a conjugal relationship. The most egregious error was the IAD's finding that "a homosexual man and a heterosexual woman are [not] able to meet the sexual component of conjugal partnership". As noted in *M. v. H.*, not all factors are necessary for the relationship to be considered conjugal and they may exist in varying degrees. The IAD did not acknowledge the objective evidence the applicant provided on mixed-orientation couples nor consider the possibility that a loving relationship centred on the concept of a joint family unit, regardless of the degree of sexual intimacy, can meet the criteria for a conjugal relationship. In addition, the IAD's conclusion that the applicant should have disclosed his sexual orientation to AM's parents because he did not know definitely what their reaction would be ignored the applicant's lived experience of being persecuted personally. The IAD focused unreasonably only on those factors which raised concerns and failed to identify and assess positive factors offered in support of the applicant's and AM's relationship, most notably their personal behaviour. The IAD's failure to mention the positive evidence on the most relevant aspects of its decision—namely, their sexual and personal behaviour—rendered its decision unreasonable. As argued by the applicant, the IAD's decision was based on a closed mind or bias resulting in an unreasonable assessment of the evidence regarding the possibility of a mixed-orientation couple meeting the criteria for a conjugal partnership. The applicant also rightly argued that the IAD focused exclusively on what appeared to be pre-determined conclusions on the ability of mixed-orientation couples to engage in sexual relations and form conjugal relationships, contrary to the evidence provided and to the findings in *M. v. H.*

preuve d'une fermeture d'esprit fondée sur des stéréotypes et a traité la preuve de façon subjective.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La SAI a traité la preuve de façon déraisonnable et injuste, et sa décision ne pouvait donc être maintenue. Dans l'arrêt *M. c. H.*, la Cour suprême a statué qu'après de nombreuses années de vie commune, un couple de sexe différent ou même un couple de même sexe peut être considéré comme formant une relation conjugale même s'il n'a pas d'enfants ni de relations sexuelles. Ce principe s'applique également aux couples d'orientation mixte, même lorsqu'aucun des partenaires ne se définit comme bisexuel, comme le demandeur et AM. Le fait que le demandeur et AM ont des orientations sexuelles distinctes n'écartait pas la possibilité qu'ils entretiennent une relation sérieuse qui dure depuis un certain temps. La SAI a évalué leur relation de façon déraisonnable avant de conclure que la preuve était insuffisante pour établir qu'ils entretenaient une relation conjugale. L'erreur la plus flagrante de la SAI a été de conclure qu'« un homme homosexuel et une femme hétérosexuelle [ne sont pas] en mesure de satisfaire au critère relatif au comportement sexuel de la relation conjugale ». Comme il est indiqué dans l'arrêt *M. c. H.*, les facteurs peuvent être présents à des degrés divers et tous ne sont pas nécessaires pour que la relation soit tenue pour conjugale. La SAI n'a pas reconnu les éléments de preuve objectifs présentés par le demandeur quant à l'existence de couples d'orientation mixte et n'a pas tenu compte de la possibilité qu'une relation affectueuse fondée sur le concept de cellule familiale puisse satisfaire aux critères de la relation conjugale sans égard au niveau d'intimité sexuelle. De plus, la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur aurait dû révéler son orientation sexuelle aux parents d'AM parce qu'il ne savait pas avec certitude quelle serait leur réaction faisait abstraction de l'expérience vécue par le demandeur selon laquelle il a été personnellement persécuté. La SAI a déraisonnablement mis l'accent sur les facteurs qui soulevaient des préoccupations et a omis de relever et d'évaluer les facteurs positifs en faveur de la relation du demandeur et AM, particulièrement en ce qui concerne leur comportement personnel. Le défaut de la SAI de mentionner la preuve positive quant aux aspects les plus pertinents de sa décision, à savoir leurs comportements sexuels et personnels, a rendu sa décision déraisonnable. Ainsi que le demandeur l'a soutenu, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit et d'une partialité qui l'ont mené à évaluer de façon déraisonnable la preuve quant à la possibilité qu'un couple d'orientation mixte satisfasse aux critères de la relation conjugale. Le demandeur a soutenu à juste titre également que la SAI s'est concentrée exclusivement sur des conclusions qui semblaient prédéterminées concernant la capacité des couples d'orientation mixte d'avoir des relations sexuelles et de former une relation conjugale, contrairement à la preuve présentée dans l'arrêt *M. c. H.*

Therefore, the IAD's decision rose to the level of real or perceived bias. Both the reasons and the transcript demonstrated the IAD was not open to the possibility of a loving, mixed-orientation relationship centred on the concept of a joint family unit meeting the statutory criteria, regardless of the degree of sexual intimacy. The matter was thus remitted to a different IAD member or panel for redetermination.

Par conséquent, la décision de la SAI a franchi le seuil pour conclure à une partialité réelle ou apparente. Les motifs et la transcription ont démontré que la SAI n'était pas ouverte à la possibilité qu'une relation affectueuse à orientation mixte centrée sur le concept d'unité familiale puisse satisfaire aux critères prévus par la loi, sans égard au niveau d'intimité sexuelle. L'affaire a donc été renvoyée à un autre commissaire ou tribunal de la SAI pour nouvelle décision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 12(1), 65.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 2 "conjugal partner", 4(1), 116, 117(1)(a), (b), 121.

CASES CITED

APPLIED:

M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3, (1999), 43 O.R. (3d) 254; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Sandhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 889.

CONSIDERED:

Leroux v. Canada (Citizenship and Immigration), 2007 FC 403, 64 Imm. L.R. (3d) 123; *Gjoka v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 386.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Mbollo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1267; *Molodowich v. Penttinen*, 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. S.C.); *Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1055, [2007] 2 F.C.R. 384; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35, [1998] F.C.J. No. 1425 (QL) (T.D.); *Lubana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 116, 228 F.T.R. 43; *Shumilo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1135; *Enright v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1258, 399 F.T.R. 69.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division decision (*X (Re)*, 2019 CanLII 141164) dismissing an appeal from an immigration officer's decision refusing

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 12(1), 65.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 2 « partenaire conjugal », 4(1), 116, 117(1)a), b), 121.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Sandhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 889.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Leroux c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CF 403; *Gjoka c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 386.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Mbollo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1267; *Molodowich v. Penttinen*, 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (C.S. Ont.); *Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1055, [2007] 2 R.C.F. 384; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667, [1998] A.C.F. n° 1425 (QL) (1^{re} inst.); *Lubana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 116; *Shumilo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1135; *Enright c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1258.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2019 CanLII 141164) par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté

the applicant's conjugal partner sponsorship application. Application allowed.

contre la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de parrainage d'une partenaire conjugale du demandeur. Demande accueillie.

APPEARANCES

Athena Portokalidis for applicant.
Kareena Wilding for respondent.

ONT COMPARU :

Athena Portokalidis pour le demandeur.
Kareena Wilding pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Bellissimo Law Group, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bellissimo Law Group, Toronto, pour le demandeur.
La sous-procureure-générale du Canada pour le défendeur.

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

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

FUHRER J.:

LA JUGE FUHRER :

I. Overview

I. Aperçu

[1] The applicant, AP, obtained protection in Canada based on his sexual orientation: he identifies as a gay man. AP re-established a relationship with a former university classmate and close friend, AM, who is a woman. AP and AM decided to meet up abroad for several reasons: as a refugee claimant, AP could not return to the country from which he fled persecution for being gay and where AM still resides; and AM was refused a visa twice. Until their reunion, they spoke almost every day. On their trip, there was a shift in their relationship and they had unprotected sex after a "night on the town." AP disclosed to AM that he was HIV positive but that there was a low chance of infecting anyone. Although they tried to have sex again on a few other occasions during the trip, AP had difficulty given his sexual orientation.

[1] AP, le demandeur, a obtenu la protection du Canada en raison de son orientation sexuelle : il se définit comme étant homosexuel. AP a renoué avec AM, une ancienne camarade d'université et amie proche. AP et AM ont décidé de se retrouver à l'étranger pour plusieurs raisons : en tant que demandeur d'asile, AP ne pouvait retourner dans le pays qu'il a fui en raison de la persécution dont il avait été victime à cause de son orientation sexuelle et où AM habite toujours; et AM s'est vu refuser un visa à deux reprises. Ils se parlaient presque tous les jours jusqu'à ce qu'ils soient réunis. Durant leur voyage, leur relation a pris un nouveau tournant et ils ont eu une relation sexuelle non protégée à la suite d'une [TRADUCTION] « soirée en ville ». AP a révélé à AM qu'il était séropositif, mais que les risques d'infection étaient faibles. Bien qu'ils aient essayé d'avoir d'autres relations sexuelles à quelques reprises durant le voyage, cela s'est avéré difficile pour AP compte tenu de son orientation sexuelle.

[2] A child, KP, resulted from that trip. AP and AM decided to commit to each other and their child, and to raise the child together as a family unit. There were two subsequent trips to a third country, one while AM was pregnant

[2] Un enfant nommé KP est né à la suite de ce voyage. AP et AM ont décidé de s'engager l'un envers l'autre et de former une cellule familiale pour élever l'enfant. Ils ont effectué deux autres voyages dans un

and another when KP turned two years old. They communicate regularly by Skype and AP provides AM with financial assistance. They considered marrying in a third country. AP made enquiries in three countries and was advised they could not do so because of AP's permanent resident status (his Canadian citizenship application is pending). Instead, they decided AP would sponsor AM as a conjugal partner, and their child, to come to Canada; at that time, AP first disclosed his sexual orientation to AM. Despite this disclosure, they proceeded with the sponsorship application.

[3] An immigration officer with the Canadian Embassy refused the application without an interview. In short, the officer found that AM was not a conjugal partner of AP, "given the degree of interdependence" between them and hence, the officer was not satisfied that AM is a member of the family class. The officer further held, regarding AP's concurrent H&C application, that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant approval. I note that the refused H&C application is the subject of a separate judicial review application presently in abeyance pending the disposition of the matter before me.

[4] The Immigration Appeal Division dismissed the appeal from the immigration officer's decision [*X (Re)*, 2019 CanLII 141164], following two days of hearing. The IAD considered the factors enumerated in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, (1999), 43 O.R. (3d) 254, and found that on a balance of probabilities AM is not AP's conjugal partner. AP now challenges the IAD's decision.

[5] The applicant argues that the IAD's decision was unreasonable and procedurally unfair. Subsumed in the question of procedural fairness is the issue of whether the IAD's decision exhibits a closed mind reliance on stereotypes and the subjective treatment of the evidence.

pays tiers; un pendant qu'AM était enceinte et un autre lorsque KP a eu deux ans. Ils communiquent régulièrement par Skype et AP subvient aux besoins financiers d'AM. Ils ont envisagé de se marier dans un pays tiers. AP s'est renseigné auprès de trois pays, mais on lui a répondu que le mariage était impossible en raison de son statut de résident permanent (sa demande de citoyenneté canadienne est en suspens). Ils ont plutôt décidé qu'AP parrainerait AM, à titre de partenaire conjugale, et leur enfant, pour qu'ils puissent venir au Canada; c'est à ce moment qu'AP a révélé son orientation sexuelle à AM. Ils sont allés de l'avant avec la demande de parrainage malgré tout.

[3] Un agent d'immigration à l'ambassade du Canada a rejeté la demande sans avoir accordé d'entretien. En somme, l'agent a conclu qu'AM n'était pas la partenaire conjugale d'AP [TRADUCTION] « en raison de leur niveau d'interdépendance » et, par conséquent, il n'était pas convaincu qu'AM appartenait à la catégorie du regroupement familial. L'agent a également conclu, au sujet de la demande concomitante d'AP fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, que les motifs présentés étaient insuffisants pour justifier qu'elle soit accueillie. Je souligne que la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire fait l'objet d'une demande distincte de contrôle judiciaire qui est présentement en suspens jusqu'à ce que je rende une décision en l'espèce.

[4] La Section d'appel de l'immigration (SAI) a rejeté l'appel interjeté contre la décision de l'agent d'immigration [*X (Re)*, 2019 CanLII 141164] à l'issue d'une audience de deux jours. La SAI a tenu compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'AM n'était pas la partenaire conjugale d'AP. AP conteste maintenant la décision de la SAI.

[5] Le demandeur soutient que la décision de la SAI était déraisonnable et inéquitable sur le plan de la procédure. La question de l'équité procédurale englobe la question de savoir si, pour parvenir à sa décision, la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit fondée sur des stéréotypes et a traité la preuve de façon subjective.

[6] I agree with the applicant that the IAD treated the evidence unreasonably and unfairly, resulting in an unsustainable conclusion. I therefore grant this application for judicial review, for the reasons that follow.

II. The IAD's Decision

[7] The IAD addressed the factors identified in *M. v. H.* and concluded that, on a balance of probabilities, the officer's decision was valid in law and that AM is not AP's conjugal partner:

- (i) **Shared shelter:** This was a neutral factor. The couple did not cohabit except during vacations. The IAD conceded that AP could not return to his country of origin because of his protected person status, but noted that the couple never identified a third country where they could live together.
- (ii) **Sexual and personal behaviour:** The IAD acknowledged that AP and AM knew each other when they studied together at university, and that AP considered AM a close friend. Though AP was aware of AM's romantic feelings for him, AP was involved in a same-sex relationship at that time. The IAD was not persuaded, however, that "a homosexual man and a heterosexual woman are able to meet the sexual component of conjugal partnership," and based on the following factors concluded that the sexual and personal behaviour of the couple was inconsistent with a conjugal partnership:

- AM does not know the name of AP's former partner nor how long they were in a relationship;
- AM feigned any interest in AP's relationship history, which the IAD described as unusual in a genuine relationship;
- AM did not know how AP acquired HIV;

[6] Je conviens avec le demandeur que la SAI a traité la preuve de façon déraisonnable et injuste et que sa décision ne peut donc être maintenue. Par conséquent, j'accueille la présente demande de contrôle judiciaire pour les motifs qui suivent.

II. Décision de la SAI

[7] La SAI a examiné les facteurs énoncés dans l'arrêt *M. c. H.* et a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, la décision de l'agent était valide en droit et AM n'était pas la partenaire conjugale d'AP.

- (i) **Partage d'un toit :** Il s'agissait d'un facteur neutre. Le couple ne cohabitait pas excepté pendant les vacances. La SAI a admis qu'AP ne pouvait retourner dans son pays d'origine en raison de son statut de personne protégée, mais elle a souligné que le couple n'a jamais désigné un troisième pays où ils pourraient vivre ensemble.
- (ii) **Rapports personnels et sexuels :** La SAI a reconnu qu'AP et AM se connaissaient lorsqu'ils étudiaient à l'université et qu'AP considérait AM comme une amie proche. Même si AP savait qu'AM avait des sentiments amoureux pour lui, il était engagé dans une relation homosexuelle à l'époque. Cependant, la SAI n'était pas convaincue qu'« un homme homosexuel et une femme hétérosexuelle soient en mesure de satisfaire au critère relatif au comportement sexuel de la relation conjugale ». La SAI s'est fondée sur les facteurs qui suivent pour conclure que les rapports personnels et sexuels du couple ne correspondaient pas à ceux d'une relation conjugale :

- AM ne connaît pas le nom de l'ancien partenaire d'AP ni la durée de leur relation;
- AM a feint tout intérêt à l'égard des antécédents relationnels d'AP, ce qui, selon la SAI, est inhabituel dans une relation authentique;
- AM ne sait pas comment AP est devenu séropositif;

- AP did not disclose to AM that he was gay until after the birth of their child;
 - Such lack of communication and candor (demonstrated by the above points) is not consistent with a couple engaged in a genuine conjugal relationship;
 - That AP would engage in unprotected sex with a partner of either sex with whom he was in a genuine conjugal relationship;
 - AP had difficulty being sexually aroused because of his orientation;
 - AP does not identify as bisexual.
- (iii) **Services:** The IAD found the sharing of services was not a relevant factor because of the lack of cohabitation.
- (iv) **Social Activities:** The IAD acknowledged the testimony of AP's brother regarding the relationship between the couple. The IAD also noted that, despite AM's parents knowing AP was the father of their grandchild, they did not know of his sexual orientation. Acknowledging AP's claim for protection was accepted on the basis of his sexual orientation, the IAD nonetheless found [at paragraph 10] there was "no persuasive evidence ... on the views of [AM]'s parents and why the couple would not advise them of [AP]'s orientation".
- (v) **Economic Support:** The IAD considered this a positive factor, noting AP's evidence of regular financial transfers to AM and KP.
- (vi) **The Social Perception of the Two as a Couple:** The IAD considered this a positive factor, noting immediate family members and friends perceived them as a couple.
- AP n'a pas dit à AM qu'il était homosexuel avant la naissance de leur enfant;
 - Un tel manque de communication et de franchise (comme le montrent les points ci-dessus) ne concorde pas avec l'attitude d'un couple qui entretient une relation conjugale authentique;
 - AP aurait des relations sexuelles non protégées avec un partenaire d'un sexe ou l'autre avec qui il entretenait une véritable relation conjugale;
 - AP avait de la difficulté à éprouver de l'excitation sexuelle en raison de son orientation;
 - AP ne se considère pas comme un bisexuel.
- (iii) **Services :** La SAI a conclu que le partage de services n'était pas un facteur pertinent étant donné l'absence de cohabitation.
- (iv) **Activités sociales :** La SAI a admis le témoignage du frère d'AP concernant la relation entre les membres du couple. La SAI a également souligné que, malgré le fait que les parents d'AM savaient qu'AP était le père de leur petite fille, ils ignoraient son orientation sexuelle. Bien qu'elle reconnaisse que la demande d'asile d'AP a été accueillie sur le fondement de son orientation sexuelle, la SAI a conclu [au paragraphe 10] qu'elle ne disposait « d'aucun élément de preuve [...] en ce qui a trait au point de vue des parents [d'AM] et aux raisons pour lesquelles le couple ne les informe pas de l'orientation [d'AP] ».
- (v) **Soutien financier :** La SAI a considéré ce facteur comme étant favorable et a mentionné la preuve présentée par AP concernant ses virements de fonds réguliers à AM et à KP.
- (vi) **Image sociétale des partenaires en tant que couple :** La SAI a considéré ce facteur comme étant favorable et a souligné que la famille immédiate et les amis d'AP et AM les percevaient comme un couple.

(vii) **Children:** The IAD found [at paragraph 13] it “clear from the couple’s testimony that they both love their child[, and that AP] wants to support [KP] and [the] mother”. The IAD also found AP “wants to do right by [AM] and be a father to his child”.

III. Relevant Provisions

[8] See Annex A.

IV. Standard of Review

[9] The presumptive standard of review is reasonableness: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraph 10. It is not a ““rubber-stamping”” exercise, but rather a robust form of review: *Vavilov*, above, at paragraph 13. Courts should intervene only where necessary. To avoid judicial intervention, the decision must bear the hallmarks of reasonableness —justification, transparency and intelligibility—and it must be justified in relation to the factual and legal constraints applicable in the circumstances: *Vavilov*, at paragraph 99. A decision may be unreasonable if the decision maker “fundamentally misapprehended or failed to account for the evidence before it”: *Vavilov*, above, at paragraph 126. The party challenging the decision has the onus of demonstrating that the decision is unreasonable: *Vavilov*, above, at paragraph 100.

[10] Breaches of procedural fairness in administrative contexts have been considered reviewable on a correctness standard or subject to a “reviewing exercise ... ‘best reflected in the correctness standard’ even though, strictly speaking, no standard of review is being applied”: *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraph 54. The duty of procedural fairness “is ‘eminently variable’, inherently flexible and context-specific”; it must be determined with reference to all the circumstances, including the *Baker* [*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*], [1999] 2 S.C.R. 817,

(vii) **Enfants :** La SAI a conclu [au paragraphe 13] qu’« il ressort clairement du témoignage des membres du couple qu’ils aiment tous deux leur enfant [et qu’AP] veut subvenir aux besoins de l’enfant et de sa mère ». La SAI a également conclu qu’AP « veut agir pour le bien [d’AM] et assumer son rôle de père auprès de son enfant ».

III. Dispositions applicables

[8] Voir l’annexe A.

IV. Norme de contrôle

[9] La norme de contrôle qui est présumée s’appliquer est celle de la décision raisonnable : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), au paragraphe 10. Il ne s’agit pas d’une « “simple formalité” », mais plutôt d’un contrôle rigoureux : *Vavilov*, précité, au paragraphe 13. La cour devrait intervenir seulement lorsque cela est nécessaire. Pour éviter l’intervention d’une cour de justice, la décision doit posséder les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et être justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes applicables dans les circonstances : *Vavilov*, au paragraphe 99. Le caractère raisonnable d’une décision peut être compromis si le décideur « s’est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été soumise ou n’en a pas tenu compte » : *Vavilov*, précité, au paragraphe 126. Il incombe à la partie qui conteste la décision d’en démontrer le caractère déraisonnable : *Vavilov*, précité, au paragraphe 100.

[10] Les manquements à l’équité procédurale dans des contextes administratifs sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte ou sont sujets à « un exercice de révision [...] “particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte”, même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n’est appliquée » : *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, au paragraphe 54. L’obligation d’équité procédurale est « “éminemment variable”, intrinsèquement souple et tributaire du contexte »; elle doit être établie en tenant compte de l’ensemble des circonstances, y compris

(1999), 174 D.L.R. (4th) 193] factors: *Vavilov*, above, at paragraph 77. In sum, the focus of the reviewing court is whether the process was fair.

V. Analysis

[11] The Minister argues that the IAD reasonably determined AM is not AP's conjugal partner: *Mbollo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1267 (*Mbollo*). With the following principles in mind, I disagree.

[12] *M. v. H.* relies on *Molodowich v. Penttinen*, 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. S.C.) for the generally accepted characteristics of a conjugal relationship, exemplified by the factors enumerated above. These factors may exist in varying degrees and not all are necessary for the relationship to be considered conjugal. Couples are not required to fit precisely the traditional marital model to demonstrate that the relationship is "conjugal": *M. v. H.*, above, at paragraph 59.

[13] There was no question in the Court's mind in *M. v. H.* that, after many years together, an opposite-sex couple could be in a conjugal relationship even though they have neither children nor sexual relations. "[T]he weight to be accorded the various elements or factors to be considered in determining whether an opposite-sex couple is in a conjugal relationship will vary widely and almost infinitely": *M. v. H.*, above, at paragraph 60. The Supreme Court further found that this applies to same-sex couples as well, and I have no hesitation finding this applies to mixed-orientation couples too, even where neither partner identifies as bisexual as in the case of AP and AM. "Courts have wisely determined that the approach to determining whether a relationship is conjugal must be flexible[; t]his must be so, for the relationships of all couples will vary widely" (emphasis added): *M. v. H.*, above, at paragraph 60.

les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* [*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817]: *Vavilov*, précité, au paragraphe 77. En résumé, la cour saisie du contrôle judiciaire doit évaluer si le processus était équitable.

V. Analyse

[11] Le ministre soutient que la SAI a raisonnablement conclu qu'AM n'est pas la partenaire conjugale d'AP : *Mbollo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1267 (*Mbollo*). En tenant compte des principes suivants, je ne suis pas d'accord.

[12] L'arrêt *M. c. H.* se fonde sur la décision *Molodowich v. Penttinen*, 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (C.S. Ont.), en ce qui concerne les caractéristiques généralement acceptées d'une relation conjugale, comme en témoignent les facteurs énoncés plus haut. Ces facteurs peuvent être présents à des degrés divers et tous ne sont pas nécessaires pour que la relation soit tenue pour conjugale. Les couples n'ont pas besoin de se conformer parfaitement au modèle matrimonial traditionnel afin de prouver que leur relation est « conjugale » : *M. c. H.*, précité, au paragraphe 59.

[13] Dans l'arrêt *M. c. H.*, il ne faisait aucun doute pour la Cour suprême qu'après de nombreuses années de vie commune, un couple de sexe différent peut être considéré comme formant une relation conjugale même s'il n'a pas d'enfants ni de relations sexuelles. « [L]e poids à accorder aux divers éléments ou facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si un couple de sexe différent forme une union conjugale variera grandement, presque à l'infini » : *M. c. H.*, précité, au paragraphe 60. La Cour suprême a en outre conclu que ce principe s'applique également aux couples de même sexe, et je conclus sans hésiter qu'il s'applique aussi aux couples d'orientation mixte, même lorsqu'aucun des partenaires ne se définit comme bisexuel, comme AP et AM. « Les tribunaux ont eu la sagesse d'adopter une méthode souple pour déterminer si une union est conjugale[; i]l doit en être ainsi parce que les rapports dans les couples varient beaucoup » (non souligné dans l'original) : *M. c. H.*, précité, au paragraphe 60.

[14] The *M. v. H.* factors have been adapted to the immigration context, including the circumstances of partners who live in different countries: *Leroux v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 403, 64 Imm. L.R. (3d) 123 (*Leroux*), at paragraph 23. The alleged conjugal relationship nonetheless “must have a sufficient number of features of a marriage to show that it is more than just a means of entering Canada as a member of the family class”: *Leroux*, above, at paragraph 23. Parties must demonstrate, for example, that their conjugal relationship began at least one year prior to submitting a sponsorship application and continued throughout the processing of the application: sections 2, 4, 121 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227.

[15] IAD hearings are *de novo*: *Mbollo*, above, at paragraph 24. The panel must assess and weigh, independently, all relevant evidence before making a final determination. While decision makers are presumed to have considered all evidence prior to rendering a decision and need not respond to every line of inquiry, non-engagement with evidence or submissions central to the applicant’s argument may rebut this presumption, rendering the decision unreasonable: *Vavilov*, above, at paragraphs 127–128; *Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1055, [2007] 2 F.C.R. 384, at paragraph 23; *Leroux*, above, at paragraph 31, citing *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35, [1998] F.C.J. No. 1425 (QL) (T.D.), at paragraph 17.

[16] I find the fact of their different sexual orientations does not foreclose the possibility of AP and AM establishing that they are in a committed relationship of some permanence. In my view, the IAD unreasonably assessed AP and AM’s relationship before concluding there was insufficient evidence they were in a conjugal relationship. The most egregious error was the IAD’s finding [at paragraph 8] that “a homosexual man and a heterosexual woman are [not] able to meet the sexual component of conjugal partnership”. As noted in *M. v. H.*, not all

[14] Les facteurs énoncés dans l’arrêt *M. c. H.* ont été adaptés au contexte de l’immigration, y compris dans les circonstances où les partenaires vivent dans des pays distincts : *Leroux c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 403 (*Leroux*), au paragraphe 23. Il n’en demeure pas moins que la relation conjugale « doit comporter assez de caractéristiques associées à un mariage pour démontrer qu’elle constitue plus qu’un moyen d’entrer au Canada à titre de membre de la catégorie du regroupement familial » : *Leroux*, précitée, au paragraphe 23. Par exemple, les parties doivent établir que leur relation conjugale a commencé au moins un an avant le dépôt de la demande de parrainage et qu’elle s’est poursuivie tout au long du traitement de la demande : articles 2, 4, 121 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227.

[15] L’audience devant la SAI est une audience *de novo* : *Mbollo*, précitée, au paragraphe 24. Le tribunal doit évaluer et apprécier l’ensemble de la preuve de façon indépendante avant de rendre une décision définitive. Bien que les décideurs soient présumés avoir soupesé l’ensemble de la preuve avant de rendre une décision et qu’ils n’ont pas à répondre à chaque question soulevée, le défaut de tenir compte de la preuve et des observations essentielles à l’argument avancé par le demandeur pourrait réfuter cette présomption et rendre la décision déraisonnable : *Vavilov*, précité, aux paragraphes 127–128; *Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1055, [2007] 2 R.C.F. 384, au paragraphe 23; *Leroux*, précitée, au paragraphe 31, citant *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8667, [1998] A.C.F. n° 1425 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 17.

[16] Je conclus que le fait qu’AP et AM ont des orientations sexuelles distinctes n’écarte pas la possibilité qu’ils entretiennent une relation sérieuse qui dure depuis un certain temps. À mon avis, la SAI a évalué leur relation de façon déraisonnable avant de conclure que la preuve était insuffisante pour établir qu’ils entretenaient une relation conjugale. L’erreur la plus flagrante de la SAI a été de conclure qu’« un homme homosexuel et une femme hétérosexuelle [ne sont pas] en mesure de satisfaire au critère relatif au comportement sexuel de la

factors are necessary for the relationship to be considered conjugal and they may exist in varying degrees.

[17] AP provided objective evidence, for example, on the existence of mixed-orientation couples, and testified that despite his sexual orientation, he felt love for and commitment to AM that began when they met up abroad and AM became pregnant. The fact of their different sexual orientations also did not foreclose the development of sexual intimacy over time in their case, notwithstanding initial difficulties. When asked at the hearing whether AP and AM are sexually intimate on their trips, AP answered yes. He explained how his mindset shifted “step by step, from vacation to vacation, from more time spent together, ... [to] see that it is possible” notwithstanding his orientation. AP also testified that the problem “technically” can be solved, with sex toys or applications for example, and further explained it is about feelings and whether “you [are] getting all the richness of feelings or being having sex with who you love”.

[18] The IAD does not acknowledge this evidence, nor consider the possibility that a loving relationship centred on the concept of a joint family unit, regardless of the degree of sexual intimacy, can meet the criteria for a conjugal relationship. Sexual relations are but one aspect—and not even the predominant consideration—in assessing the existence of a conjugal relationship.

[19] The Minister points to the factual conclusions made by the IAD, as outlined in paragraph 7 above, to suggest the IAD was concerned their friendship did not reach the required level of intimacy, including AP and AM’s limited knowledge on discrete topics, such as details of AP’s former homosexual relationship, and his delayed disclosure of his sexual orientation, and that they did not inform AM’s parents of AP’s sexual orientation.

relation conjugale » [au paragraphe 8]. Comme il est indiqué dans l’arrêt *M. c. H.*, les facteurs peuvent être présents à des degrés divers et tous ne sont pas nécessaires pour que la relation soit tenue pour conjugale.

[17] Par exemple, AP a présenté des éléments de preuve objectifs quant à l’existence de couples d’orientation mixte, et il a affirmé que, malgré son orientation sexuelle, il ressentait de l’amour pour AM et souhaitait s’engager envers elle, et que ses sentiments sont nés lorsqu’ils se sont rencontrés à l’étranger et qu’AM est tombée enceinte. De plus, leurs orientations sexuelles distinctes n’ont pas empêché une intimité sexuelle de se former avec le temps malgré les difficultés éprouvées au début. À l’audience, lorsqu’on lui a demandé s’ils avaient des relations sexuelles durant leurs voyages, AP a répondu par l’affirmative. Il a expliqué que son état d’esprit a changé [TRADUCTION] « étape par étape, d’un voyage à l’autre, au fur et à mesure qu’ils passaient du temps ensemble, [...] jusqu’à ce qu’il réalise que cette relation était possible » malgré son orientation. AP a également affirmé que le problème peut [TRADUCTION] « techniquement » être réglé avec des jouets sexuels ou des applications, par exemple, et il a expliqué qu’il s’agit d’une question de sentiments et de savoir [TRADUCTION] « si l’on a accès à toute la richesse des sentiments et de l’être en faisant l’amour avec la personne que l’on aime ».

[18] La SAI n’a pas reconnu ces éléments de preuve et n’a pas tenu compte de la possibilité qu’une relation affectueuse fondée sur le concept de cellule familiale puisse satisfaire aux critères de la relation conjugale sans égard au niveau d’intimité sexuelle. Les relations sexuelles ne sont qu’un aspect — pas même le facteur prédominant — qui entre en compte lorsqu’on détermine l’existence d’une relation conjugale.

[19] Le ministre attire l’attention sur les conclusions factuelles tirées par la SAI, dont il est question au paragraphe 7 de la présente décision, pour faire valoir que la SAI était préoccupée par le fait que leur amitié n’atteignait pas le niveau d’intimité requis, y compris en ce qui a trait aux connaissances limitées d’AP et d’AM sur des sujets précis, comme les détails concernant la précédente relation homosexuelle d’AP, sa révélation tardive de son

[20] I find this argument unpersuasive for several reasons. While the IAD need not reference every piece of evidence or testimony, in my view the IAD was required to receive and treat reasonably and fairly AP's evidence and explain why his explanations were insufficient to allay concerns. This was not done.

[21] For example, as disclosed in his testimony, AP himself did not know how he became HIV positive, and only could speculate at best it originated from a former partner: Q: "Do you know - do you know how became infected with the HIV virus?"; A: "Probably with some—some of my ex-boyfriends ... nobody ever told me that he is positive". It therefore is unfair to expect AM to know information about which AP himself only can speculate. AP and AM also explain they don't really talk about their previous relationship history, and instead choose to focus on their future together. The IAD provided no explanation for why it considered this unusual.

[22] Further, AP's testimony demonstrates his difficulty in expressing his sexuality. In my view, the IAD must consider cultural contexts from a country of origin perspective, and not through "Western eyes": *Gjoka v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 386, at paragraph 81. The IAD also must be alert or sensitive to the challenges individuals with non-heterosexual sexual orientation and gender identities may face in disclosing such information, including reticence in discussing it with loved ones. I find the IAD's decision lacking such sensitivity.

[23] Having reviewed the transcript of his testimony, I further note AP explained several times how he was afraid to disclose his sexual orientation to AM earlier because he was uncomfortable disclosing any information on this topic in general. For example, his brother seems

orientation sexuelle et le fait qu'ils n'ont pas informé les parents d'AM de l'orientation sexuelle d'AP.

[20] Cet argument ne me convainc pas pour plusieurs raisons. À mon avis, bien que la SAI ne soit pas tenue de citer chaque élément de preuve ou témoignage, elle devait admettre et traiter de façon raisonnable et juste chacun des éléments de preuve déposés par AP et préciser les raisons pour lesquelles les explications de ce dernier ne suffisaient pas à dissiper ses préoccupations. Cela n'a pas été fait.

[21] Par exemple, comme AP l'a révélé dans son témoignage, il ne sait pas comment il est devenu séropositif et pouvait au mieux supposer que le virus lui avait été transmis par un ancien partenaire : [TRADUCTION] Q : « Savez-vous comment vous avez été infecté par le VIH? »; R : « Probablement auprès d'un de mes anciens conjoints [...] personne ne m'a jamais dit qu'il était séropositif. » Par conséquent, il est injuste de s'attendre à ce qu'AM connaisse la réponse à cette question alors qu'AP lui-même l'ignore. AP et AM ont également expliqué qu'ils ne se parlent pas vraiment de leurs relations précédentes et qu'ils choisissent plutôt de se concentrer sur leur avenir ensemble. La SAI n'a pas expliqué pourquoi elle considérait cette situation comme inhabituelle.

[22] De plus, le témoignage d'AP montre qu'il a de la difficulté à exprimer sa sexualité. À mon avis, la SAI doit aborder les contextes culturels selon la perspective du pays d'origine, et non en adoptant un « point de vue occidental » : *Gjoka c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 386, au paragraphe 81. La SAI doit également se montrer réceptive et sensible aux défis auxquels doivent faire face les personnes dont l'orientation sexuelle et le genre ne correspondent pas aux normes hétérosexuelles lorsqu'ils tentent de révéler cette information, y compris au fait qu'elles peuvent être réticentes à en discuter avec des proches. Je conclus que la décision de la SAI manque de sensibilité à cet égard.

[23] Après avoir examiné la transcription du témoignage d'AP, je remarque également qu'il a expliqué à maintes reprises avoir eu peur de révéler son orientation sexuelle à AM plus tôt, car parler de ce sujet le rendait mal à l'aise en général. Par exemple, il semble que le

to have discovered AP's orientation by accident, not by intent, when his brother observed AP with another man in the kitchen. AP was unsure of how AM would react to the news, especially when they knew each other at university, and he felt the distance could exacerbate her reaction. AP explains he wanted to discuss this in person, but noted that due to limited funds, vacation restrictions from his job, and that he had to go to the embassy of his country of origin (from which he claimed protection) each time they travelled to give AM permission to travel with KP, he and AM were able to see each other only on limited occasions where there was never an appropriate time to talk. For example:

Q: You learn she is pregnant in January of 2014.

A: Yes.

Q: But you wait another year and three months to tell her, oh, by the way, darling, I am gay. Why ---?

A: I would be – I would be waiting even for more or earlier if I had time to – not to be separated by thousands of miles but to have a seat together, how people do it, and to discuss it, because it's a tricky point and I would like to see her eyes not over Skype and I may be – I man like to take her hand and explain it like face to face because, again, I am not gay activist and ---

...

Q: Well, if you knew that, why couldn't you tell her?

A: But this is my private point. I didn't know, I don't ---

Q: How is it private? You – you are making her pregnant. She knows you are HIV positive. That's – that's high on the privacy scale. So you are making her pregnant, you told her you are HIV positive, you know she is gay friendly you tell me but you can't tell her: "Oh, honey, I am gay"?"

A: To some point when I feel myself more convenient, and, um, more – more convenient and confident I would

frère d'AP a découvert son orientation sexuelle par accident en l'observant avec un autre homme dans la cuisine. AP ne savait pas comment AM réagirait lorsqu'elle apprendrait la nouvelle, notamment du fait qu'ils se connaissaient depuis l'université et qu'il avait l'impression que la distance pourrait exacerber sa réaction. AP a expliqué qu'il voulait discuter de ce sujet en personne, mais a souligné qu'en raison de ses moyens limités, de ses congés restreints et du fait qu'il devait se rendre à l'ambassade de son pays d'origine (à l'encontre duquel il a demandé l'asile) chaque fois qu'ils voyageaient pour accorder à AM la permission de voyager avec KP, AM et lui n'ont pu se voir qu'à quelques occasions et le moment opportun ne s'est jamais présenté. Par exemple :

[TRANSCRIPTION]

Q : Vous avez appris qu'elle était enceinte en janvier 2014.

R : Oui.

Q : Mais vous avez attendu un an et trois mois de plus pour lui dire, oh, en passant, chérie, je suis gai. Pourquoi ---?

R : J'aurais attendu encore plus ou je lui aurais dit plus tôt si j'avais eu le temps – de ne pas être séparés par des milliers de kilomètres, mais de m'asseoir avec elle, comme les gens font, et d'en discuter, parce que c'est un sujet difficile et j'aurais voulu la regarder dans les yeux et pas sur Skype et je suis peut-être – j'aurais voulu lui prendre la main et lui expliquer en face, parce qu'encore une fois, je ne suis pas un activiste gai et ---

[...]

Q : Bien, si vous saviez cela, pourquoi ne pouviez-vous pas lui dire?

R : Parce que c'est personnel. Je ne savais pas, je ne ---

Q : En quoi cela est-il personnel? Vous l'avez mise enceinte. Elle sait que vous êtes séropositif. C'est élevé sur l'échelle de la vie privée. Donc vous la mettez enceinte, vous lui dites que vous êtes séropositif, vous savez qu'elle respecte les homosexuels, mais vous n'êtes pas capable de lui dire : « Oh, chérie, je suis gai »?

R : À un certain point, je voulais attendre de me sentir plus adéquat, et, euh, plus – plus adéquat et confiant je

say. Sir, again, this is not the point for me to discuss over Skype or over WhatsApp.

Q : Well, it's, you know, life – life doesn't always present us with the – with the most convenient, um, situations to discuss these things. I am just surprised that you waited as long as you did to tell her and I am – I am thinking that you might never have told her if she hadn't asked. She might not even know today if she hasn't asked.

A : No. And she didn't ask. She didn't ask. ...

[24] In addition, the IAD's conclusion that AP should have disclosed his sexual orientation to AM's parents, because he did not know definitely what their reaction would be, ignores AP's lived experience of being persecuted *personally*, including being physically beaten, for his sexual orientation in his country of origin. I find his testimony demonstrates this: "we never discussed because she is absolutely clear to me, I know her father, I know—I know people in [country of origin] in general let's say. I escaped there because of this common attitude which got to that case forced me to get out. So it's clear for me, absolutely, like as sun rises at morning and falling down as night. So we know it for sure for what the reaction would be."

[25] I also find the IAD's conclusion that it was "perplexing" a conjugal couple would choose to have unprotected sex unreasonable because it imports the IAD's value judgment into the assessment, rather than considers whether two adults who trust each other may consent to such activity: *Lubana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 116, 228 F.T.R. 43, at paragraphs 11–12. As well, it is factually incorrect because AP and AM both testify their conjugal relationship began only after AM disclosed she was pregnant.

[26] The IAD focused unreasonably only on those factors which raised concerns, and failed to identify and assess positive factors offered in support of AP and AM's relationship, most notably their personal behaviour. For

dirais. Monsieur, encore une fois, ce n'est pas une question dont je voulais discuter sur Skype ou WhatsApp.

Q : Bien, c'est, vous savez, la vie – la vie ne nous offre pas toujours la situation la plus adéquate pour discuter de ce genre de choses. Je suis seulement surpris que vous ayez attendu aussi longtemps pour lui dire, et je pense que vous ne lui auriez peut-être jamais dit si elle n'avait pas demandé. Elle ne le saurait peut-être même pas aujourd'hui si elle n'avait pas posé la question.

R : Non. Et elle ne l'a pas demandé. Elle ne l'a pas demandé...

[24] De plus, la conclusion de la SAI selon laquelle AP aurait dû révéler son orientation sexuelle aux parents d'AM parce qu'il ne savait pas avec certitude quelle serait leur réaction fait abstraction de l'expérience vécue par AP selon laquelle il a été personnellement persécuté, y compris battu, dans son pays d'origine en raison de son orientation sexuelle. Je conclus que son témoignage le démontre : [TRADUCTION] « Nous n'en avons jamais parlé parce qu'elle est très transparente avec moi, je connais son père, je connais les gens en [pays d'origine], disons. J'ai fui le pays en raison de cette attitude courante, qui m'a forcé à fuir. Alors c'est clair pour moi, absolument, comme le soleil se lève le matin et se couche la nuit. Nous savons exactement qu'elle aurait été leur réaction. »

[25] J'estime également que la conclusion de la SAI selon laquelle il était « troublant » qu'un couple choisisse d'avoir des relations sexuelles non protégées était déraisonnable, puisque la SAI a importé son jugement de valeur dans l'évaluation plutôt que d'envisager la possibilité que deux adultes qui se font confiance puissent consentir à une telle activité : *Lubana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 116, aux paragraphes 11–12. De plus, la conclusion est aussi incorrecte sur le plan des faits, puisqu'AP et AM ont tous deux déclaré que leur relation conjugale a seulement débuté après qu'AM a révélé qu'elle était enceinte.

[26] La SAI a déraisonnablement mis l'accent sur les facteurs qui soulevaient des préoccupations et a omis de relever et d'évaluer les facteurs positifs en faveur de la relation d'AP et AM, particulièrement en ce qui concerne

example, while the IAD acknowledged both families know of their relationship and consider them a couple, it remained fixated on AM's family not knowing the particulars of their sex life. This Court has found it unreasonable to engage only with evidence supporting the decisionmaker's preferred outcome, rather than considering all evidence and providing a rationale as to why certain evidence is preferred. I find the IAD's failure to mention the positive evidence on the most relevant aspects of its decision—namely, their sexual and personal behaviour—renders its decision unreasonable: *Shumilo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1135, at paragraphs 45–50; *Enright v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1258, 399 F.T.R. 69, at paragraphs 46–50.

[27] Finally, AP submits, and I agree, the IAD's decision was based on a closed mind or bias resulting in an unreasonable assessment of the evidence regarding the possibility of a mixed-orientation couple meeting the criteria for a conjugal partnership. In AP's view, with which I also agree, the IAD focused exclusively on what appear to be pre-determined conclusions on the ability of mixed-orientation couples to engage in sexual relations and form conjugal relationships, contrary to the evidence provided and to the findings in *M. v. H.* The IAD had a closed mind as to the couple's decision to engage in unprotected sex, despite this factor having no relevance to, or bearing on, their conjugal relationship status. The IAD also had a closed mind as to why AP did not disclose his sexual orientation readily to AM and her parents despite evidence of his prior negative lived experiences in his country of origin from his refugee claim.

[28] Justice Strickland recently described the “closed mind” principle in terms of “an unstated assertion of bias”: *Sandhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 889 (*Sandhu*), at paragraph 61. According to Justice Strickland, the test for a reasonable apprehension of bias is “what would an informed person,

leur comportement personnel. Par exemple, bien que la SAI ait reconnu que les deux familles étaient au courant de leur relation et les considéraient comme un couple, la SAI est restée fixée sur le fait que la famille d'AM ne connaissait pas les particularités de leur vie sexuelle. La Cour a conclu qu'il est déraisonnable de seulement tenir compte de la preuve qui soutient le résultat privilégié par le décideur plutôt que d'évaluer l'ensemble de la preuve et de justifier pourquoi certains éléments de preuve ont été privilégiés par rapport à d'autres. Je conclus que le défaut de la SAI de mentionner la preuve positive quant aux aspects les plus pertinents de sa décision, à savoir leurs comportements sexuels et personnels, rend sa décision déraisonnable : *Shumilo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1135, aux paragraphes 45–50; *Enright c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1258, aux paragraphes 46–50.

[27] Finalement, AP soutient, et je suis d'accord, que la SAI a fait preuve d'une fermeture d'esprit et d'une partialité qui l'ont mené à évaluer de façon déraisonnable la preuve quant à la possibilité qu'un couple d'orientation mixte satisfasse aux critères de la relation conjugale. Selon AP, avec qui je suis également d'accord, la SAI s'est concentrée exclusivement sur des conclusions qui semblaient prédéterminées concernant la capacité des couples d'orientation mixte d'avoir des relations sexuelles et de former une relation conjugale, contrairement à la preuve présentée dans l'arrêt *M. c. H.* et aux conclusions qui y étaient tirées. La SAI a fait preuve de fermeture d'esprit quant à la décision du couple d'avoir des relations sexuelles non protégées, malgré le fait que ce facteur n'avait rien à voir avec leur relation conjugale et n'avait aucune incidence sur celle-ci. La SAI a également fait preuve d'une attitude fermée quant à savoir pourquoi AP n'a pas révélé d'emblée son orientation sexuelle à AM et à ses parents malgré la preuve attestant des expériences négatives qu'il a vécues dans son pays d'origine présentée à l'appui de sa demande d'asile.

[28] La juge Strickland a récemment décrit le principe de la « “fermeture d'esprit” » comme une « affirmation tacite de partialité » : *Sandhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 889 (*Sandhu*), au paragraphe 61. Selon la juge Strickland, le critère relatif à une crainte raisonnable de partialité est le suivant : « [À

viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through conclude? Would [they] think it is more likely than not that the decision-maker whether consciously or unconsciously would not decide fairly? (*Yukon Francophone School Board, Education Area No. 23 v Yukon Territory (Attorney General)*, 2015 SCC 25)”: *Sandhu*, above, at paragraph 61. There is a rebuttable presumption that a tribunal member will act fairly and impartially. Suspicion alone of bias is not enough; a real likelihood or probability of bias must be demonstrated (by the person alleging bias) and the threshold for a finding of real or perceived bias is high.

[29] I find that the IAD’s decision rises to this level. Both the reasons and the transcript demonstrate the IAD was not open to the possibility of a loving, mixed-orientation relationship centred on the concept of a joint family unit meeting the statutory criteria, regardless of the degree of sexual intimacy.

VI. Conclusion

[30] This judicial review should be granted. The IAD unreasonably narrowed the scope of a conjugal partner to sexually romantic relationships, to the exclusion of other evidence demonstrating a committed relationship of some permanence. Neither party proposed a serious question of general importance for certification and I find that none arises.

JUDGMENT in IMM-4343-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. AP’s judicial review application is granted;
2. The Immigration Appeal Division’s decision dated June 17, 2019 is set aside;
3. The matter is remitted to a different IAD member or panel for redetermination;

quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? Cette personne penserait-elle probablement que le décideur, de manière consciente ou inconsciente, ne rendrait pas une décision juste? (*Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25) » : *Sandhu* [précitée], au paragraphe 61. Il existe une présomption réfutable selon laquelle le tribunal agit de manière équitable et impartiale. Un simple soupçon de partialité ne suffit pas; la personne qui allègue la partialité doit établir une réelle probabilité de partialité et le seuil à franchir pour conclure à une partialité réelle ou apparente est élevé.

[29] Je conclus que la décision de la SAI franchit ce seuil. Les motifs et la transcription du témoignage démontrent que la SAI n’était pas ouverte à la possibilité qu’une relation affectueuse à orientation mixte centrée sur le concept d’unité familiale puisse satisfaire aux critères prévus par la loi, sans égard au niveau d’intimité sexuelle.

VI. Conclusion

[30] La présente demande de contrôle judiciaire devrait être accueillie. La SAI a déraisonnablement restreint la portée du concept de relation entre partenaires conjugaux aux relations amoureuses impliquant des relations sexuelles, malgré la preuve démontrant qu’AP et AM entretenaient une relation sérieuse qui durait depuis un certain temps. Aucune des parties n’a proposé de question grave de portée générale à certifier, et je conclus que la présente affaire n’en soulève aucune.

JUGEMENT dans le dossier IMM-4343-19

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire d’AP est accueillie.
2. La décision datée du 17 juin 2019 de la Section d’appel de l’immigration est annulée.
3. L’affaire est renvoyée à un autre commissaire ou tribunal de la SAI pour nouvelle décision.

4. There is no serious question of general importance for certification; and
5. There are no costs.

Annex A: Relevant Provisions

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Family reunification

12 (1) A foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the spouse, common-law partner, child, parent or other prescribed family member of a Canadian citizen or permanent resident.

...

Humanitarian and compassionate considerations

65 In an appeal under subsection 63(1) or (2) respecting an application based on membership in the family class, the Immigration Appeal Division may not consider humanitarian and compassionate considerations unless it has decided that the foreign national is a member of the family class and that their sponsor is a sponsor within the meaning of the regulations.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227

Interpretation

2 The definitions in this section apply in these Regulations.

...

conjugal partner means, in relation to a sponsor, a foreign national residing outside Canada who is in a conjugal relationship with the sponsor and has been in that relationship for a period of at least one year. (*partenaire conjugal*)

...

Bad faith

4 (1) For the purposes of these Regulations, a foreign national shall not be considered a spouse, a common-law

4. Aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

5. Aucuns dépens ne sont adjugés

Annexe A : Dispositions applicables

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

Regroupement familial

12 (1) La sélection des étrangers de la catégorie « regroupement familial » se fait en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien ou un résident permanent, à titre d'époux, de conjoint de fait, d'enfant ou de père ou mère ou à titre d'autre membre de la famille prévu par règlement.

[...]

Motifs d'ordre humanitaires

65 Dans le cas de l'appel visé aux paragraphes 63(1) ou (2) d'une décision portant sur une demande au titre du regroupement familial, les motifs d'ordre humanitaire ne peuvent être pris en considération que s'il a été statué que l'étranger fait bien partie de cette catégorie et que le répondant a bien la qualité réglementaire.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227

Définitions

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

[...]

partenaire conjugal À l'égard du répondant, l'étranger résidant à l'extérieur du Canada qui entretient une relation conjugale avec lui depuis au moins un an. (*conjugal partner*)

[...]

Mauvaise foi

4 (1) Pour l'application du présent règlement, l'étranger n'est pas considéré comme étant l'époux, le conjoint de

partner or a conjugal partner of a person if the marriage, common-law partnership or conjugal partnership

(a) was entered into primarily for the purpose of acquiring any status or privilege under the Act; or

(b) is not genuine.

...

Family class

116 For the purposes of subsection 12(1) of the Act, the family class is hereby prescribed as a class of persons who may become permanent residents on the basis of the requirements of this Division.

Member

117 (1) A foreign national is a member of the family class if, with respect to a sponsor, the foreign national is

(a) the sponsor's spouse, common-law partner or conjugal partner;

(b) a dependent child of the sponsor;

...

Requirements

121 Subject to subsection 25.1(1), a person who is a member of the family class or a family member of a member of the family class who makes an application under Division 6 of Part 5 must be a family member of the applicant or of the sponsor both at the time the application is made and at the time of the determination of the application.

fait ou le partenaire conjugal d'une personne si le mariage ou la relation des conjoints de fait ou des partenaires conjugués, selon le cas :

a) visait principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège sous le régime de la Loi;

b) n'est pas authentique.

[...]

Catégorie

116 Pour l'application du paragraphe 12(1) de la Loi, la catégorie du regroupement familial est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents sur le fondement des exigences prévues à la présente section.

Regroupement familial

117 (1) Appartiennent à la catégorie du regroupement familial du fait de la relation qu'ils ont avec le répondant les étrangers suivants :

a) son époux, conjoint de fait ou partenaire conjugal;

b) ses enfants à charge

[...]

Exigences

121 Sous réserve du paragraphe 25.1(1), la personne appartenant à la catégorie du regroupement familial ou les membres de sa famille qui présentent une demande au titre de la section 6 de la partie 5 doivent être des membres de la famille du demandeur ou du répondant au moment où est faite la demande et au moment où il est statué sur celle-ci.

A-209-19
 A-210-19
 A-211-19
 2020 FCA 119

A-209-19
 A-210-19
 A-211-19
 2020 CAF 119

Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, Robert Doucette, Annette McComb and Randy Darren Ouellette (*Appellants*)

Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, Robert Doucette, Annette McComb et Randy Darren Ouellette (*appelants*)

v.

c.

Brian Day and Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Brian Day et Sa Majesté la Reine (*intimés*)

INDEXED AS: LALIBERTE v. DAY

RÉPERTORIÉ : LALIBERTE c. DAY

Federal Court of Appeal, Webb, Laskin and Mactavish JJ.A.—By videoconference hosted by the Registry, June 15; Ottawa, July 13, 2020.

Cour d'appel fédérale, les juges Webb, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Par vidéoconférence organisée par le greffe, 15 juin; Ottawa, 13 juillet 2020.

Practice — Class Proceedings — Appeal from Federal Court order granting carriage motion to proposed representative plaintiff in Day v. Canada (Attorney General) (Day action), staying other carriage motions in LaLiberte v. Canada (Attorney General), McComb v. Canada, Ouellette v. Canada (LMO action) — Appellants submitting motion judge committing legal, factual errors in granting carriage to plaintiff in Day action — In determining carriage, motion judge adopting multi-factor test developed by Ontario courts — Setting out most relevant factors, finding representative quality of proposed plaintiff, class definition, quality, expertise, conduct of counsel weighing in favour of counsel in Day action — Issue whether motion judge erring in law, in fact by granting carriage to plaintiff in Day action — Motion judge not erring by taking into account Mr. Day's circumstances, nature of damage pled by Mr. Day — Considering "quality of the representative plaintiff" — Entitled to treat counsel's affidavit, pleading as having evidentiary value — Not improperly imposing typicality requirement — Motion judge entitled to conclude Mr. Day's circumstances, damage claimed as advantageous platform for claim on behalf of class — Factors to be considered in carriage motions non-exhaustive — Meant to assist court in unique context of each case to determine best interests of class — Treatment of Mr. Day's circumstances, damage claimed under heading chosen by motion judge not error of law — Motion judge not erring in finding that counsel's experience could remedy Mr. Day's lack of community connection — Discussions of counsel's experience reflecting relationship between relevant factors — Motion judge undertaking global assessment, exercise of judicial judgment — Finding that plaintiffs in LMO action advancing no particular connection to non-status

Pratique — Recours collectifs — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action Day c. Canada (Procureur général) (action de M. Day), et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action LaLiberte c. Canada (Procureur général), McComb c. Canada et Ouellette c. Canada (action des demandeurs LMO) — Les appelants ont soutenu que le juge des requêtes a commis des erreurs de droit et de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day — Pour déterminer la conduite de l'instance, le juge des requêtes a adopté le critère multifactoriel établi par les tribunaux de l'Ontario — Il a exposé les facteurs les plus pertinents et a conclu que la qualité des représentants demandeurs proposés, la définition du groupe, et la qualité, la compétence et la conduite des avocats, jouaient en faveur des avocats de l'action de M. Day — Il s'agissait de savoir si, en confiant la conduite de l'instance au demandeur de l'action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs de fait et de droit — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en prenant en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu'il portait devant les tribunaux — Il a examiné la « qualité du représentant demandeur » — Il pouvait considérer l'affidavit de l'avocat et l'acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante — Il n'a pas imposé à tort l'exigence du modèle type — Le juge des requêtes était en droit de conclure que la situation de M. Day et les préjudices qu'il alléguait constituaient un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe — La liste des facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l'instance n'est

Indian communities — Not clear motion judge making binary comparison between counsel's experience in Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) on one hand, having Indigenous counsel on other — Motion judge aware of experience of Indigenous counsel in LMO action consortium — Not erring by failing to advert to this evidence when reviewing expertise of counsel in Day action — Within purview of motion judge to undertake this comparison — Motion judge not erring in seeing as leap-frogging addition of non-status Indians to class definition in LMO action after carriage motions scheduled — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Federal Court order granting a carriage motion to the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* (Day action), and staying the other carriage motions in *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* (LMO action).

This appeal concerned the carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the Sixties Scoop. The proposed representative plaintiffs in the LMO action asked the Court to set aside the motion judge's order, to decide the carriage issue afresh, to award carriage to them, to consolidate the three actions, and to stay the Day action. They submitted that the motion judge committed both errors of law and palpable and overriding errors of fact in granting carriage to the plaintiff in the Day action. In determining carriage, the motion judge adopted the multi-factor test developed by Ontario courts. The motion judge set out what he saw as the most relevant factors in this case, and found that the representative quality of the proposed plaintiff ("a critical factor"), the class definition, and the quality, expertise and conduct of counsel weighed in favour of counsel in the Day action.

pas exhaustive — Il s'agit de moyens d'aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l'intérêt supérieur du groupe — L'examen de la situation de M. Day et des préjudices allégués au regard du libellé que le juge des requêtes a choisi ne constituait pas une erreur de droit — Ce n'était pas une erreur de la part du juge des requêtes de conclure que l'expérience des avocats pouvait remédier à l'absence de lien entre M. Day et la collectivité — La discussion de l'expérience de l'avocat a montré les liens entre les facteurs pertinents — Le juge des requêtes a effectué une évaluation globale et un exercice du jugement judiciaire — La conclusion du juge des requêtes était que les demandeurs LMO n'avaient fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités d'Indiens non-inscrits — Il n'était pas manifeste que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire Daniels (Affaires autochtones et du Nord Canada), d'une part, et le fait d'être représenté par des avocats autochtones, d'autre part — Le juge des requêtes avait connaissance de l'expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l'action des demandeurs LMO — Il n'a pas commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu'il a examiné la compétence des avocats de l'action de M. Day — Il était loisible au juge des requêtes d'établir cette comparaison — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en qualifiant de surenchère l'ajout des Indiens non-inscrits au groupe dans l'action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l'instance — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* (action de M. Day), et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada* (action des demandeurs LMO).

Le présent appel concernait la conduite d'un recours collectif envisagé au nom des Métis et des Indiens non-inscrits touchés par la raffle des années 1960. Les représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO ont demandé à la Cour d'annuler l'ordonnance du juge des requêtes, de trancher à nouveau la question de la conduite de l'instance, de leur accorder la conduite de l'instance, de regrouper les trois actions et de suspendre l'action de M. Day. Ils ont soutenu que le juge des requêtes a commis à la fois des erreurs de droit et des erreurs manifestes et dominantes sur des questions de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day. Pour déterminer la conduite de l'instance, le juge des requêtes a adopté le critère multifactoriel établi par les tribunaux de l'Ontario. Le juge des requêtes a exposé les facteurs qu'il estimait les plus pertinents en l'espèce et a conclu que

At issue was whether, in awarding carriage to the plaintiff in the Day action, the motion judge erred: (1)(a) by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff”, (b) in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff, (c) in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of non-status Indians; (2)(a) by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) (Daniels)* than to the importance of having Indigenous counsel represent the class, (b) in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action; and (3) by treating as “leap-frogging”¹ the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action to include non-status Indians.

Held, the appeal should be dismissed.

The motion judge did not err in taking into account Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he pled. The motion judge did consider the “quality of the representative plaintiff” in the sense that counsel in the LMO action say he should have considered it. The motion judge was entitled to treat counsel’s affidavit and the pleading, taken together, as having evidentiary value. In going on to consider Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he claimed, the motion judge did not improperly impose a typicality requirement. Approaching the dispute as one that would be litigated to its conclusion, and recognizing that Mr. Day personified some of the worst consequences of the Sixties Scoop, the motion judge saw Mr. Day’s circumstances and the damage he claimed as an advantageous platform for a claim on behalf of the class. The motion judge was entitled to come to that conclusion, and to take that assessment into account in awarding carriage. The factors that may be considered in a carriage motion are not ends in themselves. Rather, they are means of assisting the court, in the unique context of each case, to determine the best interests of the class. That is why the case law consistently describes the list of factors as non-exhaustive. The motion judge could have considered Mr. Day’s circumstances and the damage he claims outside the list of factors that he

¹ Leap-frogging refers to an attempt by one contender for carriage to improve its position after the motion has been scheduled by taking the benefit of the work of another contender.

la qualité des représentants demandeurs proposés (un « facteur déterminant »), la définition du groupe, et la qualité, la compétence et la conduite des avocats, jouaient en faveur des avocats de l’action de M. Day.

Il s’agissait de savoir si, en confiant la conduite de l’instance au demandeur de l’action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs : 1)a) en évaluant la « représentativité du demandeur » plutôt que la « qualité du représentant demandeur », b) en déterminant que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur, c) en concluant que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non-inscrits; 2)a) en accordant plus de poids à l’expérience des avocats de l’action de M. Day dans l’affaire *Daniels c. Canada (Affaires autochtones et du Nord Canada) (Daniels)* qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe, b) en ne tenant pas compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO; et 3) en qualifiant de « surenchère »¹ la modification, pour y inclure les Indiens non-inscrits, de la définition du groupe dans la déclaration commune proposée dans l’action des demandeurs.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en prenant en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu’il portait devant les tribunaux. Le juge des requêtes a bel et bien examiné la « qualité du représentant demandeur » comme, selon les avocats de l’action des demandeurs LMO, il devait le faire. Le juge des requêtes pouvait considérer l’affidavit de l’avocat et l’acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante. En examinant ensuite la situation de M. Day et la nature des préjudices qu’il alléguait, le juge des requêtes n’a pas imposé à tort l’exigence du modèle type. Traitant l’affaire en tenant pour acquis qu’elle serait instruite jusqu’à ce qu’elle soit tranchée et reconnaissant que M. Day personnifiait certaines des pires conséquences de la rafle des années 1960, le juge des requêtes a estimé que la situation de M. Day et les préjudices qu’il alléguait constituaient un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe. Le juge des requêtes était en droit d’arriver à cette conclusion et de tenir compte de cet élément dans sa décision sur la conduite de l’instance. Les facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l’instance ne sont pas des fins en soi. Il s’agit plutôt de moyens d’aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l’intérêt supérieur du groupe. C’est

¹ Le terme « surenchère » (« leap-frogging » en anglais) renvoie à une tentative faite par un candidat à la conduite de l’instance d’améliorer sa position après la mise au rôle de la requête en profitant du travail d’un autre candidat.

adopted from the prior case law. His treatment of these matters under the heading that he chose did not rise to the level of an error of law. The motion judge did not err in finding that counsel's experience could remedy Mr. Day's lack of community connection. The motion judge's reference to counsel's experience in discussing the representative plaintiff factor did not disclose an error of law, but simply reflected the relationship between the relevant factors. There should be no concern that it led to "double-counting". The motion judge did not take a "tick the boxes" approach, tallying points awarded on a factor-by-factor basis. He undertook "a more global assessment and an exercise of judicial judgment" in deciding who should have carriage. The motion judge's reasons show he was aware that each of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action has had involvements that go beyond Métis communities. He was nonetheless entitled to conclude that their experience was "Métis focused", and to prefer, on balance, the case for granting carriage to the plaintiff in the Day action. The motion judge's finding was that the plaintiffs in the LMO action "[advanced] no particular connection to the [non-status Indian] communities."

It was not clear that the motion judge made a binary comparison between counsel's experience in *Daniels* on the one hand and having Indigenous counsel on the other. Even if he had made this comparison, the factual basis for him to weigh the importance of having Indigenous counsel does not appear to have been established. It was apparent that the motion judge was aware of the evidence concerning the experience of Indigenous counsel who formed part of the LMO action consortium. The motion judge did not err by failing to advert to this evidence when he reviewed the expertise of counsel in the Day action in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor. It was within the purview of the motion judge to undertake the comparison as he did, especially when he was proceeding on the basis that the claims would be litigated to a conclusion.

The motion judge saw as leap-frogging the addition of non-status Indians to the class definition in the LMO action after the carriage motions had been scheduled. There was no error of law in the motion judge's treatment of this issue. The record might have supported the inference that the change to include non-status Indians flowed more from counsel's

pourquoi, dans la jurisprudence, il est systématiquement précisé que la liste des facteurs est non exhaustive. Le juge des requêtes aurait pu examiner la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue sans égard aux facteurs qu'il a tirés de la jurisprudence. Son examen de ces éléments au regard du libellé qu'il a choisi ne constituait pas une erreur de droit. Ce n'était pas une erreur de la part du juge des requêtes de conclure que l'expérience des avocats pouvait remédier à l'absence de lien entre M. Day et la collectivité. Le fait que le juge des requêtes a fait mention de l'expérience de l'avocat dans la discussion du facteur concernant le représentant demandeur n'a pas révélé une erreur de droit, mais a montré simplement les liens entre les facteurs pertinents. Il ne faudrait pas s'inquiéter qu'un facteur ait pu « compter en double ». Le juge des requêtes n'a pas adopté l'approche consistant à [TRADUCTION] « cocher les cases » et à compter les points attribués à chaque facteur. Il a effectué « une évaluation plus globale et [un] exercice du jugement judiciaire » pour décider qui devrait assurer la conduite de l'instance. Les motifs du juge des requêtes montrent qu'il a pris note que l'engagement de chacun des trois représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO allait au-delà des collectivités métisses. Il pouvait quand même conclure que leur expérience était « axée sur les Métis » et retenir, au bout du compte, les éléments de preuve justifiant que la conduite de l'instance soit confiée au demandeur dans l'action de M. Day. La conclusion du juge des requêtes était que les demandeurs LMO n'avaient « fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités [d'Indiens non-inscrits] ».

Il n'était pas manifeste que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire *Daniels*, d'une part, et le fait pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones, d'autre part. Même si le juge des requêtes avait fait cette comparaison, les faits justifiant qu'il prenne en compte l'importance pour le groupe d'avoir des avocats autochtones ne semblent pas avoir été établis. Il était évident que le juge des requêtes avait connaissance des éléments de preuve concernant l'expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l'action des demandeurs LMO. Le juge des requêtes n'a pas commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu'il a examiné la compétence des avocats de l'action de M. Day dans son analyse du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats. Il était loisible au juge des requêtes d'établir la comparaison qu'il a établie, d'autant plus qu'il s'est fondé sur le principe selon lequel l'affaire serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée.

Le juge des requêtes a estimé que l'ajout des Indiens non-inscrits au groupe dans l'action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l'instance constituait de la surenchère. Il n'y avait aucune erreur de droit dans l'examen de cette question par le juge des requêtes. Le dossier aurait pu étayer la conclusion selon laquelle la

research than from any appropriation of the benefit of the work of counsel in the Day action. But whether an inference of this kind should have been drawn was a matter for the motion judge, and not to be second-guessed on appeal. Even if there were an error in this respect, it would be neither palpable nor overriding.

modification consistant à inclure les Indiens non-inscrits relevait davantage des recherches des avocats que d'une quelconque tentative de s'approprier le fruit du travail des avocats de l'action de M. Day. Toutefois, il appartenait au juge des requêtes de déterminer s'il y avait lieu de tirer une telle conclusion, et il n'appartenait pas à la Cour de remettre en question cette conclusion en appel. Et même s'il y avait une erreur à cet égard, elle ne serait ni manifeste ni dominante.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 81(1), 105(b).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, Vol. III, UN Doc. A/61/49 (2007).

CASES CITED

CONSIDERED:

Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc., 2016 ONSC 3819 (CanLII); *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. No. 4594 (QL) (Sup. Ct.); *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, affg 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (Div Ct.); *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289; *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (Ont. Sup. Ct.).

REFERRED TO:

Riddle v. Canada, 2018 FC 901; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 81(1), 105b).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. A.G. 61/295, Doc. Off., 61^e session, Suppl. n° 49, vol. III, Doc. de l'ONU A/61/49 (2007).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc., 2016 ONSC 3819 (CanLII); *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. n° 4594 (QL) (C.S.); *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, confirmant 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (C. div.); *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289; *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (C.S. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

Riddle c. Canada, 2018 CF 901; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et*

F.C.R. 344; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII); *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII); *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII).

APPEAL from a Federal Court order (2019 FC 766, [2019] 4 F.C.R. 390) granting a carriage motion to the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)*, and staying the other carriage motions in *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Paul J. Pape and *Shantona Chaudhury* for appellants.
Michael A. Eizenga and *Ilan Ishai* for respondent Brian Day.
Catharine Moore for respondent Her Majesty the Queen.

SOLICITORS OF RECORD

Strosberg Sasso Sutts LLP, Windsor, *DD West LLP*, Calgary, *Aboriginal Law Group*, Saskatoon, *Klein Lawyers LLP*, Vancouver, and *Merchant Law Group LLP*, Vancouver, for appellants.
Koskie Minsky LLP and *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for respondent Brian Day.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Her Majesty the Queen.

Immigration), 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII); *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII); *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII).

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale (2019 CF 766, [2019] 4 R.C.F. 390) a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Paul J. Pape et *Shantona Chaudhury* pour les appelants.
Michael A. Eizenga et *Ilan Ishai* pour l'intimé Brian Day.
Catharine Moore pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Strosberg Sasso Sutts LLP, Windsor, *DD West LLP*, Calgary, *Aboriginal Law Group*, Saskatoon, *Klein Lawyers LLP*, Vancouver, et *Merchant Law Group LLP*, Vancouver, pour les appelants.
Koskie Minsky LLP et *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour l'intimé Brian Day.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LASKIN J.A.:

I. Introduction

[1] When two or more proposed class proceedings are commenced with respect to the same alleged wrongdoing, and the plaintiffs and their counsel do not agree to cooperate, the plaintiff in one proceeding may bring a motion, known as a carriage motion, to stay the other proceedings.

[2] This appeal concerns the carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the Sixties Scoop, but not included in the settlement of the Sixties Scoop litigation approved in *Riddle v. Canada*, 2018 FC 901 and *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII). The Sixties Scoop was a federal program under which status Indian, Inuit, Métis, and non-status Indian children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption. The settlement approved in *Riddle* and *Brown* included only status Indian and Inuit Sixties Scoop survivors.

[3] Two motions were brought in the Federal Court seeking carriage. They were heard together. One motion sought carriage for the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* [T-2166-18], represented by two law firms based in Toronto: Koskie Minsky LLP and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP. The other sought carriage for the proposed representative plaintiffs in three actions, which would be consolidated as part of the relief sought: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* [T-940-18], *McComb v. Canada* [T-1251-18], and *Ouellette v. Canada* [T-1904-18]. They would be represented by a consortium of five law firms, with offices from Montreal to Vancouver: Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP, Aboriginal Law Group, DD West LLP, and Merchant Law Group LLP.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Lorsque deux ou plusieurs recours collectifs sont envisagés à l'égard de mêmes faits allégués et que les demandeurs et leurs avocats décident de ne pas collaborer, le demandeur dans une instance peut présenter une requête, appelée « requête en conduite de l'instance », demandant la suspension des autres instances.

[2] Le présent appel concerne la conduite d'un recours collectif envisagé au nom des Métis et des Indiens non inscrits touchés par la rafle des années 1960, mais exclus du règlement approuvé dans les décisions *Riddle c. Canada*, 2018 CF 901 et *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII). La rafle des années 1960 était un programme fédéral par lequel des enfants indiens inscrits, inuits, métis et indiens non inscrits étaient retirés à leurs parents et placés dans des foyers d'accueil non autochtones ou donnés en adoption. Le règlement approuvé dans les décisions *Riddle* et *Brown* ne visait que les survivants indiens inscrits et inuits de la rafle des années 1960.

[3] Deux requêtes en conduite de l'instance ont été déposées devant la Cour fédérale. Elles ont été entendues ensemble. Une requête a été déposée pour le représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* [T-2166-18], lequel est représenté par deux cabinets d'avocats basés à Toronto : Koskie Minsky LLP et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP. Dans l'autre requête, on demandait à ce que les représentants demandeurs proposés dans les trois actions ci-après, dont le regroupement est également une mesure demandée, obtiennent la conduite de l'instance : *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*[T-940-18], *McComb c. Canada (Procureur général)* [T-1251-18] et *Ouellette c. Canada (Procureur général)* [T-1904-19]. Ils seraient représentés par un consortium de cinq cabinets d'avocats ayant des bureaux de Montréal à Vancouver : Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP, Aboriginal Law Group, DD West LLP et Merchant Law Group LLP.

[4] In the order under appeal (2019 FC 766, [2019] 4 F.C.R. 390, Phelan J.), the Federal Court granted carriage to the plaintiff in the Day action, and stayed the other three actions. The order was the first contested carriage order issued by the Federal Court.

[5] The proposed representative plaintiffs in the three actions that were stayed (which I will refer to together as the LMO action) ask this Court to set aside the motion judge's order, to decide the carriage issue afresh, to award carriage to them, to consolidate the three actions, and to stay the Day action. They acknowledge that the motion judge (who is also the case management judge) appropriately carried out a subjective analysis in exercising his discretion with a view to awarding carriage in the best interests of the class. They agree that the motion judge made no error in adopting the lengthy but non-exhaustive list of potentially relevant factors applied by Ontario and British Columbia courts in determining carriage. They take no issue with the motion judge's entitlement to identify and consider the subset of factors that he saw as most relevant in this carriage dispute. However, they submit that the motion judge committed both errors of law and palpable and overriding errors of fact in granting carriage to the plaintiff in the Day action.

[6] I conclude that the motion judge made no reviewable error. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. The contending parties and proceedings

[7] In both the Day action and the LMO action, the plaintiffs seek damages and other relief against Canada on behalf of Métis and non-status Indians who were subject to the Sixties Scoop. As issued, the statements of claim in the three proceedings proposed to be consolidated into the

[4] Dans l'ordonnance faisant l'objet du présent appel (2019 CF 766, [2019] 4 R.C.F. 390, le juge Phelan), la Cour fédérale a accordé la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day et a suspendu les trois autres instances. Il s'agit de la première ordonnance relative à la conduite de l'instance rendue par la Cour fédérale qui est contestée.

[5] Les représentants demandeurs proposés dans les trois instances qui ont été suspendues (lesquelles seront appelées collectivement « l'action des demandeurs LMO ») demandent à notre Cour d'annuler l'ordonnance du juge des requêtes, de trancher à nouveau la question de la conduite de l'instance, de leur accorder la conduite de l'instance, de regrouper les trois actions et de suspendre l'action de M. Day. Ils reconnaissent que le juge des requêtes (qui est également le juge chargé de la gestion de l'instance) a à juste titre effectué une analyse subjective lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire afin de trancher la question de la conduite de l'instance en tenant compte de l'intérêt supérieur des membres du groupe. Ils reconnaissent que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en adoptant la liste longue, mais non exhaustive, de facteurs potentiellement pertinents appliqués par les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique pour déterminer la conduite de l'instance. Ils ne contestent pas que le juge des requêtes avait le droit de retenir et d'examiner les facteurs qu'il estimait les plus pertinents dans le présent litige sur la conduite de l'instance. Cependant, ils soutiennent que le juge des requêtes a commis à la fois des erreurs de droit et des erreurs manifestes et dominantes sur des questions de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day.

[6] Je conclus que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur susceptible de révision. Par conséquent, je rejetterais l'appel.

II. Les parties au litige et les instances

[7] À la fois dans l'action de M. Day et l'action des demandeurs LMO, les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts et d'autres mesures de redressement de la part du Canada au nom des Métis et des Indiens non inscrits qui ont fait l'objet de la raffe des

LMO action included as members of the class only Métis, and not non-status Indians. Non-status Indians were added to the class in the proposed consolidated statement of claim, in the LMO action, prepared after the carriage motions were scheduled.

[8] Brian Day is the proposed representative plaintiff in the Day action. He did not file an affidavit in the carriage motion; information concerning him came from his amended statement of claim and affidavit evidence from a Koskie Minsky lawyer. The motion judge described this (at paragraph 16) as a “flaw” in his material that weighed against his claim to carriage, but found that the material was sufficient for the purposes of the Court’s decision, and established that Mr. Day could act as a representative plaintiff. According to his amended statement of claim, Mr. Day is a Métis man and survivor of the Sixties Scoop. As a consequence of the Sixties Scoop, it is pleaded, Mr. Day lost his Métis cultural identity and has no connection to his Métis community, spiritually, emotionally, or culturally. The motion judge saw Mr. Day’s experience (at paragraph 18) as “[speaking] to some of the worst consequences of alienation arising from the Scoop” and as “[tracking] the very issues raised by the litigation concerning Métis and [non-status Indian] victims of the Scoop.”

[9] The three proposed representative plaintiffs in the LMO action, Robert Doucette, Annette McComb, and Randy Ouellette, are all also Métis survivors of the Sixties Scoop. Unlike Mr. Day, they have all, through adversity and struggle, succeeded in re-establishing connections with and involvement in the Métis community. The motion judge found (at paragraph 15) that each of them exhibits knowledge of and commitment to the duties of a representative plaintiff and has deep roots into his or her Métis community. They are also all active in non-Métis-specific Indigenous organizations and in advancing the interests of Indigenous peoples generally. However, he found (at paragraph 15), they “advance

années 1960. Les déclarations, telles qu’elles ont été déposées, dans les trois procédures devant être regroupées pour constituer l’action des demandeurs LMO visaient seulement les Métis, et non les Indiens non inscrits. Les Indiens non inscrits ont été ajoutés au groupe dans la déclaration commune proposée de l’action des demandeurs LMO, préparée après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance.

[8] Brian Day est le représentant demandeur proposé dans l’action de M. Day. Il n’a pas déposé d’affidavit dans la requête en conduite de l’instance; les renseignements le concernant proviennent de sa déclaration modifiée et de la preuve par affidavit d’un avocat du cabinet Koskie Minsky. Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 16) qu’il s’agissait d’une « lacune » dans la documentation qui jouait contre la requête en conduite de l’instance de M. Day, mais il a estimé que la documentation permettait à la Cour de rendre une décision, et il a établi que M. Day pouvait agir en tant que représentant demandeur. Selon sa déclaration modifiée, M. Day est un Métis et un survivant de la rafle des années 1960. M. Day soutient avoir perdu son identité culturelle métisse et n’avoir aucun lien avec sa communauté métisse, que ce soit sur le plan spirituel, émotionnel ou culturel, en raison de la rafle des années 1960. Le juge des requêtes a estimé que le vécu de M. Day (au paragraphe 18) « témoign[ait] des conséquences parmi les pires de l’aliénation produite par la rafle » et « [était] à l’origine même des questions soulevées dans le cadre des poursuites auxquelles prennent part les victimes de la rafle qui sont des Métis et des [Indiens non inscrits] ».

[9] Les trois représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO, soit Robert Doucette, Annette McComb et Randy Ouellette, sont tous également des survivants métis de la rafle des années 1960. Contrairement à M. Day, ils ont tous, malgré l’adversité et les difficultés, réussi à rétablir des liens avec la communauté métisse et à s’y intégrer. Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 15) que chacun d’eux avait fait preuve de connaissance et d’engagement envers les devoirs des représentants demandeurs et était profondément enraciné dans sa collectivité métisse. Ils sont également tous actifs au sein d’organisations autochtones non réservées aux Métis et dans la défense des

no particular connection to the [non-status Indian] communities.”

III. The decision of the motion judge

A. *Jurisdiction to hear the motions*

[10] The motion judge noted (at paragraph 36) that the Federal Court class action rules do not specifically provide for carriage motions. However, he was satisfied that section 50 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, read in the context of rule 3, give the Federal Court sufficient authority to decide carriage motions. Section 50 gives the Federal Court the discretion to stay proceedings when, among other things, it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. Paragraph 105(b) authorizes the Court to order that a proceeding be stayed until another proceeding is determined. Rule 3 calls for the rules to be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious, and least expensive determination of every proceeding on its merits. Not surprisingly, no one challenges the motion judge’s conclusion on the jurisdiction issue.

B. *Test for determining carriage*

[11] The motion judge proceeded to adopt, as both sides had submitted he should, the multi-factor test for determining carriage developed by Ontario courts. He quoted the non-exhaustive list of 16 factors set out in *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII), at paragraph 143:

- (1) The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs
- (2) Funding

intérêts des peuples autochtones en général. Cependant, il a conclu (au paragraphe 15) qu’ils n’ont « aucun lien particulier avec les collectivités [d’Indiens non inscrits]. »

III. La décision du juge des requêtes

A. *La compétence pour juger les requêtes*

[10] Le juge des requêtes a fait observer (au paragraphe 36) que les règles de la Cour fédérale en matière de recours collectif ne prévoient pas spécifiquement les requêtes en conduite de l’instance. Toutefois, il a conclu que l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et l’alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles], interprétés dans le contexte de la règle, confèrent à la Cour fédérale un pouvoir suffisant pour trancher des requêtes en conduite de l’instance. L’article 50 donne à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance lorsque, entre autres, l’intérêt de la justice l’exige. L’alinéa 105b) autorise la Cour à ordonner qu’il soit sursis à une instance jusqu’à ce qu’une décision soit rendue à l’égard d’une autre instance. L’article 3 dispose que les Règles doivent être interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Sans surprise, la conclusion du juge des requêtes sur la question de la compétence n’est pas contestée.

B. *Le critère pour déterminer la conduite de l’instance*

[11] Le juge des requêtes a ensuite adopté, comme les deux parties l’avaient demandé, le critère multifactoriel servant à déterminer la conduite des instances établi par les tribunaux de l’Ontario. Il a cité la liste non exhaustive des 16 facteurs énoncés dans la décision *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII), au paragraphe 143 :

[TRADUCTION]

- 1) la qualité des représentants demandeurs proposés
- 2) le financement

(3) Fee and Consortium Agreements	3) les ententes d'honoraires et les ententes conclues par les consortiums
(4) The Quality of Proposed Class Counsel	4) la qualité des avocats proposés du recours collectif
(5) Disqualifying Conflicts of Interest	5) les conflits d'intérêts entraînant inhabilité
(6) Preparation and Readiness of the Action	6) les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement
(7) Relative Priority of Commencement of the Action	7) la priorité relative en fonction de la date où le recours collectif a été intenté
(8) Case Theory	8) la théorie de la cause
(9) Scope of Causes of Action	9) l'étendue des causes d'action
(10) Selection of Defendants	10) la sélection des défendeurs
(11) Correlation of Plaintiffs and Defendants	11) la corrélation entre les demandeurs et les défendeurs
(12) Class Definition	12) la définition du groupe
(13) Class Period	13) la période visée par le recours collectif
(14) Prospect of Success: (Leave and) Certification	14) les chances que l'instance soit autorisée comme recours collectif
(15) Prospect of Success against the Defendants	15) les chances que l'action soit accueillie (et les défendeurs condamnés)
(16) Interrelationship of Class Actions in More than one Jurisdiction.	16) l'interrelation des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal

[12] Referring to the seminal Ontario decision on carriage, *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. No. 4594 (QL) (Sup. Ct.), at paragraph 48, the motion judge stated (at paragraph 41) that in determining carriage, “the best interests of the class are paramount” and that a multi-factor analysis “allows for the flexibility necessary for the Court to determine the best interests of the class.” He set out what he saw as the most relevant factors in this case as follows, and identified the first of these factors as “a critical factor” [at paragraph 42]:

- the representative quality of the proposed plaintiff – a critical factor;

[12] Citant la décision de principe ontarienne en matière de conduite de l'instance, *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. n° 4594 (QL) (C.S.), au paragraphe 48, le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 41) que « l'intérêt supérieur du groupe est primordial » dans la décision concernant la conduite de l'instance et que l'analyse multifactorielle « accorde à la Cour la souplesse nécessaire lui permettant de déterminer l'intérêt supérieur du groupe ». Il a exposé de la manière suivante les facteurs qu'il estime les plus pertinents en l'espèce et a qualifié le premier de ces facteurs de « facteur déterminant » [au paragraphe 42] :

- la qualité des représentants demandeurs proposés – facteur déterminant;

- the preparation and readiness of the action;
 - the class definition;
 - scope of causes of action;
 - timing of filing of action;
 - quality, expertise and conduct of counsel; and
 - relevance of class actions in more than one jurisdiction.
- les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement;
 - la définition du groupe;
 - l'étendue des causes d'action;
 - le moment du dépôt du recours collectif;
 - la qualité, la compétence et la conduite des avocats;
 - la pertinence des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal.

[13] In moving from the list of 16 potentially relevant factors to the shorter list of the most relevant factors in this litigation, the motion judge reframed somewhat the first of the factors that he set out—from “The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs” to “the representative quality of the proposed plaintiff.” This was not the only change. Reflecting the issues raised before him, he also changed “The Quality of Proposed Class Counsel” to “quality, expertise and conduct of counsel.”

[14] The motion judge stated that not all factors have the same weight. He proceeded (at paragraph 44) on the basis that what was required was “not a mathematical tally of specific points awarded by factor but a more global assessment and an exercise of judicial judgment as best one can foresee the case developing.” He had earlier in his reasons expressed the view that despite the settlement approved in *Riddle* and *Brown*, it was necessary to assess carriage on the assumption that the case will be litigated to a conclusion.

C. Consideration of the factors

(1) Representative plaintiffs

[15] Having described this as “a critical factor,” the motion judge found (at paragraph 45) that while it was

[13] En réduisant la liste de 16 facteurs potentiellement pertinents à une liste plus courte des facteurs les plus pertinents en l'espèce, le juge des requêtes, dans la version anglaise de ses motifs, a quelque peu recadré le premier des facteurs qu'il a énoncés, c'est-à-dire que « *the Quality of the Proposed Representative Plaintiffs* », ou « la qualité des représentants demandeurs proposés », est devenu « *the representative quality of the proposed plaintiff* », qui aurait pu se traduire par « la représentativité des demandeurs proposés ». Il ne s'agit pas du seul changement. En réponse aux questions soulevées devant lui, il a également modifié le facteur « la qualité des avocats proposés du recours collectif », qui est devenu « la qualité, la compétence et la conduite des avocats ».

[14] Le juge des requêtes a déclaré que tous les facteurs n'avaient pas le même poids. Il a effectué son analyse selon le principe (au paragraphe 44) qu'il ne s'agit « pas de l'application mathématique de points attribués spécifiquement à chaque facteur, mais plutôt d'une évaluation plus globale et d'un exercice du jugement judiciaire visant à prévoir le mieux possible comment l'affaire évoluera ». Il avait exprimé plus tôt dans ses motifs l'avis selon lequel, malgré le règlement approuvé dans les décisions *Riddle* et *Brown*, il était nécessaire d'évaluer la conduite de l'instance en tenant pour acquis que l'affaire sera instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée.

C. L'examen des facteurs

1) Les représentants demandeurs

[15] Après avoir qualifié ce facteur de « facteur déterminant », le juge des requêtes a conclu (au paragraphe 45)

close, it weighed in favour of the Day action “because of the experience and focus the Day action counsel have toward the [non-status Indian] community.” He had earlier found that the material before him was sufficient to establish that Mr. Day could act as a representative plaintiff. While the motion judge expressed the view (at paragraph 46) that the proposed representative plaintiffs in the LMO action were also “suitable class representatives in terms of commitment and experience,” and had connections to the Métis community, he determined that they represented “an experience which is Métis focused” and “[had] not advanced a case for their representation of the [non-status Indian] component of the litigation.”

[16] The motion judge acknowledged that Mr. Day has no community connections to either the Métis or non-status Indian communities. But he found (at paragraph 47) that Mr. Day’s circumstances “reflect the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and [non-status Indian] group at the more severe end of the damage spectrum. He is a textbook claimant and a mirror for both indigenous components of the litigation.”

[17] The motion judge went on to find (at paragraph 48), that

What Day personally may lack in connection into the Métis and [non-status Indian] community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and [Non-Status Indian] people and the relevant practical experience of [Paliare Roland] counsel in both communities.

(2) Preparation and readiness of the action

[18] The motion judge found (at paragraphs 49–50) that this factor “slightly favours the LMO Action in that it has conducted archival studies and prepared at least one expert report”, but that the parties are at the early stages of the litigation process and “the gap in preparation between the two actions is not significant.”

que, bien que ce facteur ait pesé de façon presque équivalente pour chacune des parties, il militait néanmoins en faveur de l’action de M. Day « en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats démontrent envers la collectivité des [Indiens non inscrits] ». Il avait auparavant conclu que les éléments dont il disposait étaient suffisants pour établir que M. Day pouvait agir en qualité de représentant demandeur. Bien que le juge des requêtes ait affirmé (au paragraphe 46) que les représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO représentaient « convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience » et avaient des liens avec la communauté métisse, il a conclu que leur « expérience [était] axée sur les Métis » et qu’ils n’avaient « pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les [Indiens non inscrits]. »

[16] Le juge des requêtes a reconnu que M. Day n’avait aucun lien avec les collectivités métisses ou indiennes non inscrites. Cependant, il a conclu (au paragraphe 47) que la situation de M. Day « symbolise toutefois le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les [Indiens non inscrits], à l’extrémité la plus grave de la fourchette des préjudices. Il est théoriquement le demandeur parfait et il reflète les deux volets autochtones du litige. »

[17] Le juge des requêtes a ensuite conclu (au paragraphe 48) ce qui suit :

Les efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les [Indiens non inscrits] ainsi que l’expérience pratique pertinente des avocats RP à l’égard des deux collectivités compensent l’absence de liens existant entre M. Day et la collectivité des Métis et des [Indiens non inscrits] attribuable à son vécu.

2) Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement

[18] Le juge de la requête a estimé (aux paragraphes 49 et 50) que ce facteur « favorise légèrement l’action des demandeurs LMO parce que les avocats ont examiné des documents d’archives et ont au moins un rapport d’expert », mais que les parties en sont aux premiers stades de l’instance et que « [l’]écart dans la préparation démontrée dans les deux actions n’est donc pas important ».

(3) Class definition

[19] The motion judge concluded (at paragraph 51) that this factor “is largely neutral and if anything, it slightly favours the Day action.” He noted that while the class definition in the LMO action was more objective, that definition, unlike the definition in the Day action, initially did not include non-status Indians: they were added to the class definition in the proposed consolidated statement of claim only after the carriage motions were scheduled, in February 2019. The Day action, with its more inclusive class definition, had been commenced in December 2018. The motion judge saw the initial omission as significant when the purpose of the litigation was to secure compensation for Indigenous survivors of the Sixties Scoop who were excluded from the settlement in *Riddle and Brown*. He also saw it as consistent with the LMO action’s principal focus on the Métis community, and its lack of involvement with the non-status Indian community. While he recognized that the omission had been rectified, he stated (at paragraph 53) that “the Court cannot ignore what appears to be ‘leap-frogging’ by the LMO action when a carriage motion is pending,” and that “[s]uch leap-frogging is to be discouraged” in carriage motions.

(4) Scope of causes of action

[20] The motion judge found (at paragraph 55) that this factor “is essentially neutral as both actions are based primarily on breach of fiduciary duty and common law duties owed by the defendant.” The LMO action also raises claims involving the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, Vol III, UN Doc. A/61/49 (2007), and the Day action also advances the honour of the Crown principle. However, the motion judge determined (at paragraph 59) that “[n]one of these additional grounds of claim gives either group an advantage in respect of carriage.”

3) La définition du groupe

[19] Le juge des requêtes a conclu (au paragraphe 51) que ce facteur « est en grande partie neutre, sinon il favorise légèrement l’action de M. Day ». Il a fait observer que, si la définition du groupe dans l’action des demandeurs LMO était plus objective, cette définition, contrairement à celle de l’action de M. Day, n’incluait pas initialement les Indiens non inscrits : ils ont seulement été ajoutés à la définition du groupe dans la déclaration commune proposée après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance en février 2019. L’action de M. Day, avec sa définition de groupe plus inclusive, avait été déposée en décembre 2018. Le juge des requêtes a estimé que l’omission initiale était significative alors que le but de l’instance était d’obtenir une compensation pour les survivants autochtones de la rafle des années 1960 qui avaient été exclus du règlement dans les décisions *Riddle et Brown*. Il a également estimé qu’elle confirmait la prépondérance de la collectivité métisse dans l’action des demandeurs LMO et le peu d’intérêt envers les collectivités d’Indiens non inscrits. Tout en reconnaissant que l’omission avait été rectifiée, il a déclaré (au paragraphe 53) que « la Cour ne peut ignorer ce qui semble être une [TRADUCTION] “surenchère” de la part des demandeurs LMO avant que la Cour ait pu statuer sur la requête en conduite de l’instance », et que le « recours à une telle surenchère est déconseillé » dans les requêtes en conduite de l’instance.

4) L’étendue des causes d’action

[20] Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 55) que ce facteur « est essentiellement neutre, car les deux actions sont fondées principalement sur un manquement à l’obligation fiduciaire de la part du défendeur et aux obligations que la common law lui impose ». L’action des demandeurs LMO invoque également des arguments fondés sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. G.A. 61/295, Doc. off., 61^e session, Suppl. n° 49, vol. III, Doc. de l’ONU A/61/49 (2007), tandis que l’action de M. Day est aussi fondée sur l’honneur de la Couronne. Cependant, le juge des requêtes a déterminé (au paragraphe 59) qu’« [a]ucun des arguments supplémentaires qu’invoque une partie ne confère à l’un ou l’autre groupe un avantage sur la conduite de l’instance ».

(5) Priority of commencement of action

[21] The motion judge stated (at paragraph 60) that this factor “must be examined qualitatively.” Since the three proceedings constituting the LMO action were commenced before the Day action, he found that this factor “slightly favours” the LMO action. However, he saw this factor (at paragraph 61) as “of no great importance in the overall scheme of the litigation as the gap in timing does not appear to materially affect the progress of the respective actions.”

(6) Quality, expertise, and conduct of counsel

[22] The motion judge described this factor (at paragraphs 63, 66) as “a relevant factor but not as overwhelmingly determinative as some may have thought,” and as “but one factor [whose] importance depends on the circumstances.”

[23] He recognized [at paragraph 64] that both law firm groups have extensive class action experience, and experience acting for Métis people, but found this factor to weigh in favour of counsel in the Day action for “a number of reasons”. These included, “especially,” their expertise in relation to the issues left unresolved in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99. Over a 15-year period, Paliare Roland litigated *Daniels* through trial, appeal, and final appeal to the Supreme Court. The Supreme Court confirmed in *Daniels* that Métis and non-status Indians are “Indians” within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], but left the question whether particular individuals or communities are Métis or non-status Indians to be decided on a case-by-case basis.

5) La priorité en fonction de la date où le recours collectif a été intenté

[21] Le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 60) que ce facteur « doit être examiné d’un point de vue qualitatif ». Étant donné que les trois demandes constituant l’action des demandeurs LMO ont été déposées avant l’action de M. Day, il a estimé que ce facteur « favorise légèrement » l’action des demandeurs LMO. Toutefois, il a estimé que ce facteur (au paragraphe 61) « ne revêt pas une grande importance dans le cadre global du litige, car le l’écart temporel ne semble pas avoir d’incidence importante sur l’état d’avancement des instances respectives ».

6) La qualité, la compétence et la conduite des avocats

[22] Le juge des requêtes a dit de ce facteur (aux paragraphes 63 et 66) qu’il s’agissait « d’un facteur pertinent, mais pas aussi déterminant que certains auraient pu le croire » et que ce n’était « qu’un facteur parmi d’autres [dont l’]importance dépend des circonstances ».

[23] Il a reconnu [au paragraphe 64] que les deux groupes de cabinets d’avocats avaient une vaste expérience des recours collectifs et de la représentation des Métis, tout en estimant que ce facteur jouait en faveur des avocats de l’action de M. Day pour « un certain nombre de raisons ». Il s’agit « en particulier » de leur expertise en ce qui concerne les questions que l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, a laissées sans réponse. Pendant 15 ans, le cabinet Paliare Roland a plaidé cette affaire devant les tribunaux, au procès, en appel et finalement en appel devant la Cour suprême. Cette dernière a confirmé dans l’arrêt *Daniels* que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], tout en concluant qu’il fallait trancher au cas par cas la question de savoir si des personnes données sont des Métis ou des Indiens non inscrits ou si une collectivité donnée est formée de telles personnes.

[24] The motion judge was of the view (at paragraph 68) that some of the issues unresolved in *Daniels* would likely arise in the current proceeding. He saw as unique and important the experience of counsel in the Day action with these issues acting for both Métis and non-status Indians, compared with the experience of counsel in the LMO action acting for Métis people.

[25] The motion judge also considered the geographic coverage of the two sets of law firms. He found (at paragraphs 70–71) that, while the LMO group has a “geographic scope advantage”, it “advanced no details of its organization, division of labour, or management which establishes that it is materially better able to act for Métis and [non-status Indians] across the country.” The motion judge noted (at paragraph 73) that Koskie Minsky and Paliare Roland have handled national class actions successfully. He concluded that “there is no established qualitative difference between the competing groups on this point of geography.”

[26] In concluding his discussion of this factor, the motion judge referred (at paragraph 74) to allegations by counsel in the Day action of “a pattern of adverse conduct” in other proceedings on the part of several of the law firms in the LMO action consortium. He had earlier referred (at paragraphs 28–29) both to what he described as the “bad blood” remaining between some of the firms arising from their experience with each other in the first Sixties Scoop litigation, and to judicial statements criticizing the conduct of the Merchant Law Group.

[27] The motion judge had stated (at paragraph 29) that the “bad blood” was of little relevance to the issue before him. As for the allegations against the Merchant Law Group, he found (at paragraph 75) that Merchant Law Group’s involvement did not constitute grounds to deny carriage, but that its reputation did not advantage the consortium of which it was a part.

[24] Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 68) que certaines des questions non résolues dans l’arrêt *Daniels* se poseraient probablement dans l’instance en l’espèce. Il a estimé que l’expérience des avocats de l’action de M. Day, qui avaient représenté des Métis et des Indiens non inscrits, était unique et importante par rapport à celle des avocats de l’action des demandeurs LMO, qui avaient représenté des Métis.

[25] Le juge des requêtes a également tenu compte de la couverture géographique des deux consortiums de cabinets d’avocats. Il a conclu (aux paragraphes 70 et 71) que, bien que le groupe représentant les demandeurs LMO ait un « avantage géographique », il « a été avare de détails sur son organisation, sa division du travail ou sa direction, éléments qui lui permettraient d’établir qu’il est beaucoup plus en mesure de représenter les Métis et les [Indiens non inscrits] partout au pays ». Le juge des requêtes a fait observer (au paragraphe 73) que Koskie Minsky et Paliare Roland ont également eu gain de cause dans des recours collectifs nationaux. Il a conclu qu’aucune « différence qualitative n’existe entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique ».

[26] En concluant son examen de ce facteur, le juge des requêtes s’est penché (au paragraphe 74) sur les allégations des avocats de l’action de M. Day concernant la « tendance à adopter des comportements préjudiciables » qu’auraient eue dans d’autres instances plusieurs des cabinets d’avocats du consortium de l’action des demandeurs LMO. Il avait plus tôt fait référence (aux paragraphes 28 et 29) à ce qu’il a appelé le « “ressentiment” » qui subsistait entre certains de ces cabinets du fait de leurs rapports mutuels lors du premier litige sur la rafle des années 1960, ainsi qu’à des commentaires défavorables faits par les tribunaux au sujet de la conduite du cabinet Merchant Law Group.

[27] Le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 29) que le « “ressentiment” » n’était pas pertinent s’agissant de trancher la question dont il était saisi. Quant aux allégations contre le cabinet Merchant Law Group, il a estimé (au paragraphe 75) que la participation de ce cabinet ne constituait pas un motif de refuser de confier la conduite de l’instance au consortium dont il faisait partie, mais que sa réputation n’avantageait pas ce consortium.

(7) Interrelationship of the class action in other jurisdictions

[28] Canada requested that the parties to the carriage motions undertake not to advance similar proceedings in other courts regardless of the outcome of the motions. Counsel in the Day action were prepared to give this undertaking, but counsel in the LMO action were not. The motion judge did not accept their rationale for refusing to give the undertaking. But he ultimately decided (at paragraphs 82, 84) that he would not determine carriage on the basis of the giving of the undertaking, and that the issue was academic in any event because carriage was being granted to the plaintiff in the Day action.

IV. Issues

[29] Counsel in the LMO action submit that in awarding carriage to the plaintiff in the Day action, the motion judge made errors of both fact and law. Taking into account both their written and their oral submissions, I would set out the issues that they raise as follows:

- (1) whether in considering the representative plaintiff factor, the motion judge
 - (a) erred in law by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff,”
 - (b) erred in law in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff, and
 - (c) erred in fact in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation;

7) L’interrelation des recours collectifs déposés devant plus d’un tribunal

[28] Le Canada a demandé que les parties aux requêtes en conduite de l’instance s’engagent à ne pas intenter de recours semblables devant d’autres tribunaux, quelle que soit l’issue des requêtes. Les avocats de l’action de M. Day étaient prêts à prendre cet engagement, mais ceux de l’action des demandeurs LMO ne l’étaient pas. Le juge des requêtes n’a pas retenu les motifs qu’ils ont avancés pour justifier leur refus de prendre cet engagement. Mais il a finalement décidé (aux paragraphes 82 et 84) qu’il ne trancherait pas la question de la conduite de l’instance en fonction de cet engagement et que la question était de toute façon théorique, car la conduite de l’instance était confiée au demandeur de l’action de M. Day.

IV. Les questions en litige

[29] Les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent qu’en confiant la conduite de l’instance au demandeur de l’action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs de fait et de droit. Vu leurs observations écrites et verbales, j’énoncerais de la manière suivante les questions qu’ils soulèvent :

- 1) En examinant le facteur concernant le représentant demandeur, le juge des requêtes :
 - a) a-t-il commis une erreur de droit en évaluant la représentativité du demandeur (« *representative quality of the plaintiff* ») plutôt que la qualité du représentant demandeur (« *quality of the representative plaintiff* »)?
 - b) a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur?
 - c) a-t-il commis une erreur de fait en concluant que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits?

- | | |
|---|--|
| <p>(2) whether in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel, the motion judge</p> <p>(a) erred in law by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in <i>Daniels</i> than to the importance of having Indigenous counsel represent the class, and</p> <p>(b) erred in fact in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action; and</p> <p>(3) whether in assessing the preparation and readiness for trial factor, the motion judge erred in fact or law by treating as “leap-frogging” the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action to include non-status Indians.</p> | <p>2) En évaluant la qualité, la compétence et la conduite des avocats, le juge des requêtes :</p> <p>a) a-t-il commis une erreur de droit en accordant plus de poids à l’expérience des avocats de l’action de M. Day dans l’affaire <i>Daniels</i> qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe?</p> <p>b) a-t-il commis une erreur de fait en ne tenant pas compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO?</p> <p>3) En évaluant le facteur des mesures préparatoires au recours et de son état d’avancement, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de fait ou de droit en qualifiant de « surenchère » la modification, pour y inclure les Indiens non inscrits, de la définition du groupe dans la déclaration commune proposée dans l’action des demandeurs LMO?</p> |
|---|--|

[30] Before addressing each of these issues in turn, I will briefly discuss the standard of review.

[30] Avant d’analyser chacune de ces questions, je parlerai brièvement de la norme de contrôle.

V. Standard of review

V. La norme de contrôle

[31] As already noted, carriage orders are discretionary. The standard of review in this Court for discretionary orders of the Federal Court is the *Housen v. Nikolaisen*, standard: correctness for questions of law and palpable and overriding error for questions of fact and questions of mixed fact and law (except where there is an extricable question of law): *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, at paragraph 79; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[31] Comme je l’ai écrit plus haut, les ordonnances sur la conduite de l’instance sont discrétionnaires. La norme de contrôle que notre Cour doit appliquer aux ordonnances discrétionnaires de la Cour fédérale est celle établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, c’est-à-dire la norme de la décision correcte pour les questions de droit et celle de l’erreur manifeste et dominante pour les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit (sauf en cas de question de droit isolable) : *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, au paragraphe 79; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[32] Palpable and overriding error is, of course, a highly deferential standard. It authorizes appellate intervention only where an error is both obvious and determinative of the outcome: *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at paragraph 33; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraphs 61–75.

[32] L’erreur manifeste et dominante est, bien entendu, une norme de contrôle qui commande une grande déférence. Selon cette norme, la cour d’appel ne peut intervenir que lorsque, à la fois, l’erreur est évidente et elle a déterminé l’issue de l’affaire : *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 719, au paragraphe 33; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017

It does not permit an appellate court to reweigh the evidence that was before the court of first instance: *Salomon*, at paragraph 40; *Mahjoub*, at paragraphs 70, 79. Nor does it allow an appellate court to interfere merely because the first instance court made no mention in its reasons of a particular matter or body of evidence: *Mahjoub*, at paragraphs 66–67, 69. “[F]irst-instance courts benefit from a rebuttable presumption that they considered and assessed all of the material placed before them”: *Mahjoub*, at paragraph 67.

VI. Analysis

A. *Alleged errors in considering the representative plaintiff factor*

- (1) Alleged error of law by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff”

[33] In alleging this error, counsel in the LMO action emphasize the motion judge’s description of this factor as “a critical factor,” and his change in terminology from “The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs” (at paragraph 39) when listing the 16 factors identified by Ontario courts to “the representative quality of the proposed plaintiff” (at paragraph 42) when listing the factors most relevant in deciding carriage in this case. It was by applying the latter formulation, they submit, that the motion judge found Mr. Day (at paragraph 47) to be a better representative plaintiff because he “[reflected] the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and [non-status Indian] group” and was “a textbook claimant and a mirror for both indigenous components of the litigation.” This, they submit, took the motion judge outside the scope and purpose of this factor, which is aimed at assessing the proposed representative plaintiffs’ willingness and ability to carry out the functions of a representative plaintiff. The motion judge’s treatment of this factor, they say, amounted instead to imposing a requirement of “typicality”—a requirement that the representative plaintiff be typical of the class. They point out that the Supreme Court rejected

CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, aux paragraphes 61 à 75. Elle ne permet pas à la cour d’appel de soupeser à nouveau les éléments de preuve qui ont été présentés au tribunal de première instance : *Salomon*, au paragraphe 40; *Mahjoub*, aux paragraphes 70 et 79. Elle ne permet pas non plus à la cour d’appel d’intervenir simplement parce que le tribunal de première instance n’a pas mentionné dans ses motifs un sujet donné ou des éléments de preuve particuliers : *Mahjoub*, aux paragraphes 66, 67 et 69. « [L]es cours de première instance jouissent d’une présomption réfutable selon laquelle elles ont pris en considération et évalué tous les éléments dont elles disposent » : *Mahjoub*, au paragraphe 67.

VI. Discussion

A. *Les erreurs alléguées dans l’examen du facteur concernant le représentant demandeur*

- 1) L’erreur de droit alléguée consistant à évaluer la représentativité du demandeur plutôt que la qualité du représentant demandeur

[33] À l’appui de leurs observations quant à cette erreur alléguée, les avocats de l’action des demandeurs LMO insistent sur le fait que le juge des requêtes a qualifié ce facteur de « facteur déterminant », ainsi que sur le fait qu’il a changé, dans la version anglaise, le libellé de ce facteur de manière à ce qu’il porte sur la « qualité des représentants demandeurs proposés » (au paragraphe 39) lors de l’énumération des 16 facteurs énoncés par les tribunaux de l’Ontario, mais sur la représentativité des demandeurs proposés (au paragraphe 42) dans l’énumération des facteurs les plus pertinents pour trancher la question de la conduite de l’instance en l’espèce. Selon eux, c’est parce que le juge des requêtes a utilisé ce dernier libellé qu’il a conclu que M. Day (au paragraphe 47) était le meilleur représentant demandeur parce qu’il « symbolis[ait] [...] le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les [Indiens non inscrits] » et qu’il était « le demandeur parfait et il refl[était] les deux volets autochtones du litige ». Ils soutiennent que le juge des requêtes a ainsi outrepassé la portée et l’objectif de ce facteur, qui est censé servir à évaluer la volonté et la capacité des représentants demandeurs proposés d’exercer

a typicality requirement in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at paragraph 41.

[34] I see no error of law in the motion judge’s taking into account, in considering this factor, Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he pleads.

[35] First, the motion judge did consider the “quality of the representative plaintiff” in the sense that counsel in the LMO action say he should have considered it. He expressly found (at paragraph 16) that the materials filed by counsel in the Day action, despite the absence of an affidavit from Mr. Day, were “sufficient for purposes of [the] Court’s decision and [established] that he can act as a representative plaintiff.” I do not understand counsel in the LMO action to be maintaining the position that the absence of an affidavit from Mr. Day should have been treated as fatal. In any event, the motion judge was entitled in my view to treat counsel’s affidavit and the pleading, taken together, as having evidentiary value: *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134, at paragraph 52; *Federal Courts Rules*, paragraph 81(1) (permitting hearsay affidavit evidence on motions). He also found (at paragraph 46) that the plaintiffs in the LMO action were “suitable class representatives in terms of commitment and experience.”

[36] Second, I do not agree that in going on to consider Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he claims, the motion judge improperly imposed a typicality requirement. The statements in *Western Canadian Shopping Centres* and other cases that a representative plaintiff need not be typical of the class were made in the context of motions for certification, not carriage motions. In any event, the motion judge did

les fonctions de représentant demandeur. La façon dont le juge des requêtes a appliqué ce facteur, avancent-ils, revient plutôt à imposer une exigence de [TRADUCTION] « modèle type » — une exigence selon laquelle le représentant demandeur doit correspondre au demandeur type constituant le groupe. Ils soulignent que la Cour suprême a rejeté l’exigence du modèle type dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, au paragraphe 41.

[34] Je ne vois aucune erreur de droit dans la façon dont le juge des requêtes, en examinant ce facteur, a pris en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu’il porte devant les tribunaux.

[35] Tout d’abord, le juge des requêtes a bel et bien examiné la « qualité du représentant demandeur » comme, selon les avocats de l’action des demandeurs LMO, il devait le faire. Il a expressément conclu (au paragraphe 16) que les documents produits par les avocats de l’action de M. Day, malgré l’absence d’affidavit de M. Day, « permettent à la Cour de rendre sa décision et établissent qu’il [M. Day] peut agir à titre de représentant demandeur ». Je ne crois pas que les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que l’absence d’affidavit de M. Day aurait dû être fatale. Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que le juge des requêtes pouvait considérer l’affidavit de l’avocat et l’acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante : *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134, au paragraphe 52; *Règles des Cours fédérales*, au paragraphe 81(1) (autorisant la preuve par oui-dire dans les affidavits produits à l’appui d’une requête). Il a également conclu (au paragraphe 46) que les demandeurs LMO « représentent convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience ».

[36] Deuxièmement, je ne souscris pas à l’observation selon laquelle, en examinant ensuite la situation de M. Day et la nature des préjudices qu’il allègue, le juge des requêtes a imposé à tort l’exigence du modèle type. Les déclarations faites dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres* et dans d’autres décisions, selon lesquelles le représentant demandeur n’a pas besoin de correspondre au demandeur type du groupe, ont été faites

not purport to require typicality. Instead, approaching the dispute as one that would be litigated to its conclusion, and recognizing that Mr. Day personified some of the worst consequences of the Sixties Scoop, the motion judge saw Mr. Day's circumstances and the damage he claims as an advantageous platform for a claim on behalf of the class.

[37] In my view, the motion judge was entitled to come to that conclusion, and to take that assessment into account in awarding carriage. The factors that may be considered in a carriage motion are not ends in themselves. Rather, they are means of assisting the court, in the unique context of each case, to determine the best interests of the class (along with fairness to the defendants and the access to justice, judicial economy, and behaviour modification goals of class proceedings): *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, at paragraphs 17, 22; *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289, at paragraph 41; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318, at paragraph 131. That is why the case law consistently describes the list of factors as non-exhaustive. That is why the list of potentially relevant factors continues to expand—from 6 in 2000 to 17 in 2020: *Mancinelli*, at paragraphs 13–18; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII), at paragraph 65; *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55, at paragraph 24. And that is why “it remains open to courts to consider factors other than those listed ... that may be relevant in the particular circumstances of a case”: *Strohmaier*, at paragraph 41.

[38] In my view, the motion judge could have considered Mr. Day's circumstances and the damage he claims outside the list of factors that he adopted from the prior case law. He could also have considered these matters as a new factor, or sub-branch of a previously recognized

dans le contexte de requêtes en autorisation de recours, et non de requêtes en conduite de l'instance. Quoi qu'il en soit, le juge des requêtes n'a pas agi comme si le modèle type était une exigence. Il a plutôt traité l'affaire en tenant pour acquis qu'elle serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée et, en reconnaissant que M. Day personnifiait certaines des pires conséquences de la rafle des années 1960, il a estimé que la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue constituent un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe.

[37] À mon avis, le juge des requêtes était en droit d'arriver à cette conclusion et de tenir compte de cet élément dans sa décision sur la conduite de l'instance. Les facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l'instance ne sont pas des fins en soi. Il s'agit plutôt de moyens d'aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l'intérêt supérieur du groupe (ainsi qu'à garantir l'équité envers les défendeurs et l'accès à la justice, l'économie judiciaire et les objectifs de modification du comportement des recours collectifs) : *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, aux paragraphes 17 et 22; *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289, au paragraphe 41; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318, au paragraphe 131. C'est pourquoi, dans la jurisprudence, il est systématiquement précisé que la liste des facteurs est non exhaustive. C'est pourquoi la liste des facteurs potentiellement pertinents continue de s'allonger — de 6 en 2000, elle est passée à 17 en 2020 : *Mancinelli*, aux paragraphes 13 à 18; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII), au paragraphe 65; *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55, au paragraphe 24. Et c'est pourquoi [TRADUCTION] « les tribunaux restent libres d'examiner des facteurs autres que ceux énumérés [...] qui peuvent être pertinents dans les circonstances propres à l'affaire » : *Strohmaier*, au paragraphe 41.

[38] À mon avis, le juge des requêtes aurait pu examiner la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue sans égard aux facteurs qu'il a tirés de la jurisprudence. Il aurait également pu examiner ces questions comme s'il s'agissait de nouveaux facteurs ou de sous-éléments

factor, which he might have described as “attributes of the proposed representative plaintiffs”: see *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76, at paragraphs 275–292. I cannot conclude that his treatment of these matters under the heading that he chose rises to the level of an error of law.

- (2) Alleged error of law in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff

[39] As noted above, the motion judge went on in considering the representative plaintiff factor to find (at paragraph 48) that “[w]hat Day personally may lack in connection into the Métis and [non-status Indian] community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and [non-status Indian] people and the relevant practical experience of [Paliare Roland] counsel in both communities.” He had earlier referred (at paragraph 23) to Paliare Roland’s involvement with both Métis and non-status Indians through the *Daniels* litigation, and (at paragraph 26) to Koskie Minsky having “spoken to dozens of Métis and [non-status Indian] survivors of the Sixties Scoop about this current action to educate themselves and encourage participation in this litigation.”

[40] Counsel in the LMO action assert that it was an error of law for the motion judge to find that counsel’s experience could remedy Mr. Day’s lack of community connection. They submit that in doing so he improperly conflated the representative plaintiff factor with the quality, expertise, and conduct of counsel factor, and that as a result there was “double-counting” of the latter factor.

d’un facteur déjà reconnu, qu’il aurait pu appeler les [TRADUCTION] « attributs des représentants demandeurs proposés » : voir *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76, aux paragraphes 275 à 292. Je ne peux pas conclure que son examen de ces éléments au regard du libellé qu’il a choisi constitue une erreur de droit.

- 2) L’erreur de droit alléguée consistant à déterminer que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur

[39] Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge des requêtes a poursuivi son analyse du facteur concernant le représentant demandeur et a conclu (au paragraphe 48) que « [l]es efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les [Indiens non inscrits] ainsi que l’expérience pratique pertinente des avocats RP à l’égard des deux collectivités compensent l’absence de liens existant entre M. Day et la collectivité des Métis et des [Indiens non inscrits] attribuable à son vécu. L’intérêt et l’attention démontrés envers les [Indiens non inscrits] et leur collectivité sont importants en l’espèce. » Il avait auparavant fait mention (au paragraphe 23) de l’engagement du cabinet Paliare Roland auprès des Métis et des Indiens non inscrits dans l’affaire *Daniels* et (au paragraphe 26) de celui des avocats de Koskie Minsky, qui « se sont entretenus avec des dizaines de Métis et [d’Indiens non inscrits] survivants de la rafle des années soixante au sujet de la présente instance afin d’élargir leurs propres connaissances et pour inciter les survivants à y participer ».

[40] Les avocats de l’action des demandeurs LMO ont affirmé que c’était une erreur de droit de la part du juge des requêtes de conclure que l’expérience des avocats pouvait remédier à l’absence de lien entre M. Day et la collectivité. Ils ont soutenu que, ce faisant, le juge a indûment confondu le facteur concernant le représentant demandeur avec celui de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats et que, par conséquent, ce dernier facteur a « compté en double ».

[41] I do not accept this submission. In my view it too fails to reflect the nature of the factors that may be considered in a carriage motion and the nature of the relationship between them.

[42] Not only are these factors not exhaustive; they are also not watertight compartments. As stated at paragraph 143 of *Kowalyszyn* (the case from which the motion judge drew the list of 16 potentially applicable factors), the factors “tend to overlap and interconnect.” The case law on carriage is replete with similar statements: see, for example, *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89, at paragraph 27; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII), at paragraph 51; *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII), at paragraph 17; *Del Giudice*, at paragraph 65; *Wong*, at paragraph 24. In *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 12, Justice Winkler (then Regional Senior Justice) specifically recognized the overlap and interconnection between quality of the representative plaintiff and quality of class counsel:

... [I]n seeking a stay of one class proceeding in favour of another, the proposed representative plaintiff ... is asking the court to rule that the putative class will be better served if he or she is permitted to prosecute the action. An inherent element in such a request is an affirmation that the counsel chosen by the moving party is similarly better suited to prosecute the action than the counsel of choice in the other action or actions.

[43] In this case, similarly, the motion judge was called on to decide what combination of representative plaintiff and counsel would better serve the interests of the class.

[44] Thus the motion judge’s reference to counsel’s experience in discussing the representative plaintiff factor does not disclose an error of law, but simply reflects the relationship between the relevant factors. There should be no concern that it led to “double-counting.”

[41] Je ne souscris pas à cette observation. À mon avis, cet argument ne tient pas non plus compte de la nature des facteurs qui peuvent être pris en considération dans une requête en conduite de l’instance ni de la nature de la relation entre eux.

[42] Non seulement ces facteurs ne sont pas exhaustifs, mais encore ils ne sont pas des compartiments étanches. Comme il est mentionné au paragraphe 143 de la décision *Kowalyszyn* (le jugement duquel le juge des requêtes a tiré la liste des 16 facteurs potentiellement applicables), les facteurs [TRADUCTION] « tendent à se chevaucher et à être liés entre eux ». La jurisprudence en matière de conduite de l’instance regorge de déclarations semblables : voir, par exemple, *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89, au paragraphe 27; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII), au paragraphe 51; *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII), au paragraphe 17; *Del Giudice*, au paragraphe 65; *Wong*, au paragraphe 24. Dans la décision *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (C.S. Ont.), le juge Winkler (alors juge principal régional) a expressément reconnu le chevauchement et l’interconnexion entre la qualité du représentant demandeur et la qualité des avocats du groupe :

[TRADUCTION] En demandant la suspension d’un recours collectif en faveur d’un autre, le représentant demandeur proposé [...] demande à la Cour de conclure que les membres du groupe potentiel seront mieux servis s’il est autorisé à défendre la demande. Un élément inhérent à une telle demande est l’affirmation selon laquelle les avocats choisis par la partie requérante sont, eux aussi, plus aptes à défendre la demande que ceux retenus dans l’autre action ou les autres actions.

[43] De manière semblable, le juge des requêtes a été appelé en l’espèce à décider quelle équipe de représentants demandeurs et avocats servirait le mieux les intérêts du groupe.

[44] Ainsi, le fait que le juge des requêtes ait fait mention de l’expérience de l’avocat dans la discussion du facteur concernant le représentant demandeur ne révèle pas une erreur de droit, mais montre simplement les liens entre les facteurs pertinents. Il ne faut pas

Consistent with the authorities—see *Mancinelli*, at paragraph 22 and *Strohmaier*, at paragraph 41—the motion judge did not take a ““tick the boxes”” approach, tallying points awarded on a factor-by-factor basis. As he described it (at paragraph 44), he undertook “a more global assessment and an exercise of judicial judgment” in deciding who should have carriage. Counsel in the LMO action acknowledged in oral argument that this was the approach the motion judge followed.

- (3) Alleged error of fact in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation

[45] I read the motion judge’s statement to which this issue relates not as a suggestion that counsel in the LMO action did not attempt to make a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation, but as a conclusion that, in his view, the case they made fell short.

[46] The motion judge’s reasons show he was aware that each of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action has had involvements that go beyond Métis communities. He specifically noted (at paragraphs 12–14) that Mr. Doucette has “worked to educate people on the Sixties Scoop”; that Ms. McComb “works with Indigenous and at risk youth, and has served in Indigenous and Métis-specific organizations”; and that Mr. Ouellette not only “attends Métis meetings”, but is also “connected to Indigenous communities.”

[47] But on the record before him, the motion judge was nonetheless entitled to conclude that their experience was “Métis focused”, and to prefer, on balance, the case for granting carriage to the plaintiff in the Day

s’inquiéter qu’un facteur ait pu « compter en double ». Conformément à la jurisprudence — voir les arrêts *Mancinelli*, au paragraphe 22, et *Strohmaier*, au paragraphe 41 —, le juge des requêtes n’a pas adopté l’approche consistant à [TRADUCTION] « cocher les cases » et à compter les points attribués à chaque facteur. Comme il l’a affirmé (au paragraphe 44), il a effectué « une évaluation plus globale et [un] exercice du jugement judiciaire » pour décider qui devrait assurer la conduite de l’instance. Les avocats de l’action des demandeurs LMO ont reconnu dans leurs observations orales qu’il s’agissait bel et bien de l’approche suivie par le juge des requêtes.

- 3) L’erreur de fait alléguée consistant à conclure que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments de preuve au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits

[45] J’ai interprété la déclaration du juge des requêtes à cet égard non pas comme signifiant que les avocats de l’action des demandeurs LMO n’avaient présenté aucun élément de preuve au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits, mais plutôt comme présentant la conclusion selon laquelle, à son avis, les éléments de preuve présentés étaient insuffisants.

[46] Les motifs du juge des requêtes montrent qu’il a pris note que l’engagement de chacun des trois représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO allait au-delà des collectivités métisses. En particulier, il a fait observer (aux paragraphes 12 à 14) que M. Doucette « a[vait] entrepris d’informer les gens sur la rafle des années soixante », que M^{me} McComb « travaille auprès de jeunes Autochtones à risque et a œuvré au sein d’organisations autochtones et métisses » et que M. Ouellette non seulement « assiste aux réunions des Métis », mais aussi « entretient des liens avec les collectivités autochtones ».

[47] Toutefois, vu le dossier dont il était saisi, le juge des requêtes pouvait quand même conclure que leur expérience était « axée sur les Métis » et retenir, au bout du compte, les éléments de preuve justifiant que la conduite

action. As counsel in the Day action point out, the affidavit evidence of the proposed representative plaintiffs in the LMO action refers much more extensively to Métis activities and communities than to those involving non-status Indians. The motion judge’s finding was not that the plaintiffs in the LMO action had no involvements with non-status Indians, but that they “[advanced] no particular connection to the [non-status Indian] communities” (at paragraph 15, emphasis added). The record also disclosed the initial omission of non-status Indians from the pleadings in the LMO action, the experience of counsel in the Day action in dealing with non-status Indian issues and communities, and their outreach efforts to both Métis and non-status Indian survivors of the Sixties Scoop concerning the current litigation. The motion judge was entitled to treat those efforts as important. He had expressed particular concern (at paragraph 19) with the difficulties involved in communicating with the non-status Indian community, given its substantial size—approximately double the size of the Métis community—and geographic dispersion.

[48] In raising this issue, counsel in the LMO action are in effect inviting us to reweigh the evidence before the motion judge and to exercise afresh the discretion confided to him. The limits of appellate review require the Court to decline this invitation.

B. *Alleged errors in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor*

- (1) Alleged error of law by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in *Daniels* than to the importance of having Indigenous counsel represent the class

[49] As it relates to this issue, the invitation to reweigh is explicit. For this reason alone, I would not accept the

de l’instance soit confiée au demandeur dans l’action de M. Day. Comme le soulignent les avocats de l’action de M. Day, les affidavits présentés par les représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO portent beaucoup plus sur les activités et les collectivités métisses que sur celles concernant les Indiens non inscrits. La conclusion du juge des requêtes n’était pas que les demandeurs LMO n’avaient aucun lien avec les Indiens non inscrits, mais qu’ils « n’ont fait part d’aucun lien particulier avec les collectivités [d’Indiens non inscrits] » (au paragraphe 15, non souligné dans l’original). Le dossier révèle également que les Indiens non inscrits ont été initialement omis dans les actes de procédure de l’action des demandeurs LMO, que les avocats de l’action de M. Day ont de l’expérience avec les questions concernant les Indiens non inscrits et les collectivités d’Indiens non inscrits et qu’ils ont déployé des efforts de sensibilisation auprès des survivants métis et indiens non inscrits de la rafle des années 1960 de l’affaire en l’espèce. Le juge des requêtes pouvait accorder de l’importance à ces efforts. Il a mis en évidence (au paragraphe 19) les difficultés de communication avec la collectivité des Indiens non inscrits, compte tenu de sa taille importante — environ le double de celle de la collectivité métisse — et du fait qu’elle est établie un peu partout au pays.

[48] En soulevant cette question, les avocats de l’action des demandeurs LMO nous invitent en fait à soulever à nouveau les éléments de preuve dont disposait le juge des requêtes et à exercer à nouveau le pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré. Étant donné les limites du contrôle en appel, notre Cour est tenue de décliner cette invitation.

B. *Les erreurs alléguées commises dans l’évaluation du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats*

- 1) L’erreur de droit alléguée consistant à accorder plus de poids à l’expérience des avocats dans l’action de M. Day dans l’affaire *Daniels* qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe

[49] Dans le cas de cette question, l’invitation à soulever à nouveau la preuve est explicite. Pour ce seul motif,

submission that the motion judge erred as alleged. There are also further reasons why I would not give effect to this submission.

[50] First, the submission assumes that the motion judge made a binary comparison between counsel's experience in *Daniels* on the one hand and having Indigenous counsel on the other. It is not at all clear that he did so. Indeed, counsel in the LMO action recast this submission in oral argument and faulted the motion judge for not weighing at all the importance of having Indigenous counsel.

[51] Second, even if the motion judge had made this comparison, the factual basis for him to weigh the importance of having Indigenous counsel does not appear to have been established. Of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action, only one, Mr. Doucette, initially retained Indigenous counsel—Mr. Racine of Aboriginal Law Group. Ms. McComb and Mr. Ouellette both retained non-Indigenous counsel—Mr. Klein and Mr. Merchant, respectively. In his affidavit (appeal book, Tab 64, at page 638), Mr. Ouellette gives geography, not the availability of Indigenous counsel, as a primary reason for preferring the consortium of counsel in the LMO action, including the Merchant firm, to counsel in the Day action. He explains that he and other Métis think of the Métis community as based in Manitoba and Saskatchewan; it would therefore be “very strange” to have a Toronto law firm representing them.

[52] In the portion of his affidavit in which he explains his decision to retain Mr. Racine (appeal book, Tab 10, at page 109), Mr. Doucette certainly refers to the fact that Mr. Racine is Métis. But he also refers to a number of other considerations, including his long personal history with Mr. Racine and his firm, Mr. Racine's activities in defending the rights of Métis people, Mr. Racine's empathy with Métis survivors, and his status in the Métis

je ne souscrirais pas à l'observation selon laquelle le juge des requêtes a commis l'erreur alléguée. Il y a également d'autres motifs pour lesquels je ne retiendrais pas cette observation.

[50] Tout d'abord, cette observation suppose que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire *Daniels*, d'une part, et le fait pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones, d'autre part. Il n'est pas du tout manifeste que c'est ce qu'il a fait. En effet, les avocats de l'action des demandeurs LMO ont repris cette observation dans leurs observations orales et ont reproché au juge des requêtes de n'avoir pas du tout pris en compte l'importance pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones.

[51] Deuxièmement, même si le juge des requêtes avait fait cette comparaison, les faits justifiant qu'il prenne en compte l'importance pour le groupe d'avoir des avocats autochtones ne semblent pas avoir été établis. En outre, parmi les trois représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO, un seul, M. Doucette, avait initialement retenu les services d'un avocat autochtone — M^e Racine, du cabinet Aboriginal Law Group. M^{me} McComb et M. Ouellette ont tous deux retenu les services d'avocats non autochtones — M^e Klein et M^e Merchant. Dans son affidavit (dossier d'appel, onglet 64, page 638), M. Ouellette invoque la géographie, et non la disponibilité d'avocats autochtones, comme principale raison de préférer le consortium d'avocats de l'action des demandeurs LMO, y compris le cabinet Merchant, aux avocats de l'action de M. Day. Il explique que lui et d'autres Métis considèrent que la collectivité métisse est établie au Manitoba et en Saskatchewan et qu'il serait donc [TRADUCTION] « très étrange » qu'un cabinet d'avocats de Toronto les représente.

[52] Dans la partie de son affidavit où il explique sa décision de retenir les services de M^e Racine (dossier d'appel, onglet 10, page 109), M. Doucette mentionne bien le fait que M^e Racine est Métis. Toutefois, il invoque également plusieurs autres facteurs, notamment ses relations personnelles de longue date avec M^e Racine et son cabinet, les activités de M^e Racine dans la défense des droits des Métis, l'empathie de M^e Racine envers les

community. In addition, the record did not indicate what roles Indigenous counsel would have ultimately played in the LMO action if it had gone forward. As the motion judge noted in discussing the geographic coverage of the two sets of law firms, counsel in the LMO action provided no details of their proposed division of labour.

[53] Counsel in the LMO action also suggested in oral argument that the motion judge improperly dismissed the concern about the involvement of Indigenous counsel in describing it as mere “bad blood”, and irrelevant. But as the record and the motion judge’s reasons (at paragraph 28) make clear, the reference to “bad blood” was to a specific dispute over certain firms’ conduct in the first Sixties Scoop litigation, not to the desirability of representation by Indigenous counsel.

- (2) Alleged error of fact in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action

[54] It is apparent that the motion judge was aware of the evidence concerning the experience of Indigenous counsel who formed part of the LMO action consortium. He included a summary of that evidence in his reasons (at paragraph 20). However, counsel in the LMO action submit that the motion judge erred by failing to advert to this evidence when he reviewed the expertise of counsel in the Day action in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor.

[55] I do not accept this submission. One of the comparisons the motion judge drew (at paragraphs 67–69) was between the litigation experience of the two sets of counsel. He found that both have extensive class action experience, both have experience in the Sixties Scoop and residential schools class actions, and both have experience acting for Métis people, but counsel in the Day

survivants métis et son statut au sein de la collectivité métisse. En outre, le dossier n’indiquait pas quels rôles les avocats autochtones auraient finalement joués dans l’action des demandeurs LMO s’il avait été donné suite à celle-ci. Comme le juge des requêtes l’a fait observer en analysant les régions que couvrent les deux consortiums de cabinets d’avocats, les avocats de l’action des demandeurs LMO n’ont fourni aucun détail sur la division du travail qu’ils proposent.

[53] L’avocat de l’action des demandeurs LMO a également affirmé, dans ses observations orales, que le juge des requêtes avait indûment rejeté la question concernant la participation d’avocats autochtones en la qualifiant de simple « ressentiment » sans pertinence. Or, comme le dossier et les motifs du juge des requêtes (au paragraphe 28) le montrent clairement, le « ressentiment » dont il était question concernait un litige particulier sur la conduite de certains cabinets dans la première affaire concernant la rafle des années 1960, et non l’opportunité d’une représentation par des avocats autochtones.

- 2) L’erreur de fait alléguée consistant à n’avoir pas tenu compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO

[54] Il est évident que le juge des requêtes avait connaissance des éléments de preuve concernant l’expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l’action des demandeurs LMO. Il a inclus un résumé de ces éléments de preuve dans ses motifs (au paragraphe 20). Cependant, les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu’il a examiné la compétence des avocats de l’action de M. Day dans son analyse du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats.

[55] Je ne souscris pas à cette observation. L’une des comparaisons que le juge des requêtes a établies (aux paragraphes 67 à 69) portait sur l’expérience des deux groupes d’avocats en matière de litiges. Il a conclu que tous deux avaient une grande expérience des recours collectifs, que tous deux avaient de l’expérience en matière de recours collectifs en lien avec la rafle des

action have experience acting for non-status Indians as well. He went on to elaborate on this experience, and emphasized Paliare Roland's unique background and experience in *Daniels*.

[56] It is true that the motion judge did not discuss in this context the experience of Indigenous counsel in the LMO action. There appears to be a straightforward explanation for that omission. The motion judge was focused on experience acting in litigation for non-status Indians, and the record did not disclose that Indigenous counsel in the LMO action have experience of that kind.

[57] The two Indigenous counsel named as participating in the consortium in the LMO action were Doug Racine of Aboriginal Law Group and Paul Chartrand of DD West LLP, both Métis men. In his affidavit (appeal book, Tab 47, at pages 429–430), Mr. Racine emphasizes that he and his firm have represented numerous Métis clients and organizations. While there are some references to acting as well for First Nations clients, there are no specific references to litigation on behalf of non-status Indian clients or communities.

[58] Mr. Chartrand's curriculum vitae also formed part of the record (appeal book, Tab 72, at pages 835–837). It demonstrates, among other things, extensive involvement with laws and policies of states respecting Indigenous Peoples, numerous publications on Indigenous legal issues, a series of academic appointments in the field, and a lengthy record of public service and providing advice to Indigenous and international organizations. But it too contains no specific references to involvement in litigation on behalf of non-status Indian clients or communities. Nor does the affidavit evidence (appeal book, Tab 48, at page 440) describing him and the role proposed for him in the current litigation.

années 1960 et les pensionnats et que tous deux avaient de l'expérience de la représentation de Métis, mais que les avocats de l'action de M. Day avaient également de l'expérience de la représentation d'Indiens non inscrits. Il a ensuite examiné plus en détail cette expérience, tout en soulignant le parcours et l'expérience uniques de Paliare Roland dans l'affaire *Daniels*.

[56] Il est vrai que le juge des requêtes n'a pas examiné dans ce contexte l'expérience des avocats autochtones de l'action des demandeurs LMO. Il semble y avoir une explication simple à cette omission. Le juge des requêtes s'est concentré sur l'expérience des avocats dans des affaires où ils défendaient l'intérêt d'Indiens non inscrits, alors que le dossier ne montrait pas que les avocats autochtones de l'action des demandeurs LMO avaient ce genre d'expérience.

[57] Les deux avocats autochtones nommés comme participants au consortium de l'action des demandeurs LMO étaient M^e Doug Racine du cabinet Aboriginal Law Group et M^e Paul Chartrand du cabinet DD West LLP, tous deux des Métis. Dans son affidavit (dossier d'appel, onglet 47, pages 429 et 430), M^e Racine souligne que lui et son cabinet ont représenté de nombreux clients et organisations métis. Bien qu'il y ait été fait quelques mentions de la représentation de clients appartenant à des Premières Nations, il n'y était pas fait mention expressément d'instances introduites au nom de clients ou de communautés d'Indiens non inscrits.

[58] Le curriculum vitae de M^e Chartrand figurait également au dossier (dossier d'appel, onglet 72, pages 835 à 837). Il montre, entre autres, que M^e Chartrand a souvent participé à l'élaboration de lois et de politiques étatiques visant les peuples autochtones, qu'il a à son compte de nombreuses publications sur des questions juridiques autochtones, qu'il a occupé divers postes universitaires dans le domaine et qu'il a une longue feuille de route en matière de service public et de prestation de conseils à des organisations autochtones ou internationales. Cependant, là aussi, il n'est fait aucune mention expresse d'activités dans des instances introduites au nom de clients ou de collectivités d'Indiens non inscrits. Il n'y a pas non plus de renvoi à ce type d'activité dans l'affidavit (dossier d'appel, onglet 48, page 440) le

[59] It was within the purview of the motion judge to undertake the comparison as he did, especially when he was proceeding on the basis that the claims would be litigated to a conclusion. I cannot agree that the motion judge committed any reviewable error as alleged in failing to refer to Indigenous counsel's experience.

C. *Alleged error of fact or law in assessing preparation and readiness for trial by treating as "leap-frogging" the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action*

[60] In oral argument, counsel in the LMO action described this issue as "a minor matter", and "not a big issue", but submitted that it nevertheless had some impact on the motion judge's conclusion that the principal focus of the LMO action was on the Métis community. The parties agree that the issue was not explicitly raised in argument before the motion judge, though the Métis focus of the LMO action was very much a live issue before him.

[61] In the carriage motion context, "leap-frogging" refers to an attempt by one contender for carriage to improve its position after the motion has been scheduled by taking the benefit of the work of another contender; for example, by a copycat amendment to pleadings: *Mancinelli et al. v. Barrick Gold Corporation et al.*, 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (Div. Ct.), at paragraphs 51–55, affirmed 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497. The Court of Appeal for Ontario in *Mancinelli* rejected a rule that carriage motions be decided based on a "freeze frame" as of the date the motion is filed. But it added, in a passage cited by the motion judge, that "the court should be suspicious of conspicuous new activity after the filing of a carriage motion or of any attempts

décrivant et décrivant le rôle qu'il est censé jouer dans l'instance en cours.

[59] Il était loisible au juge des requêtes d'établir la comparaison qu'il a établie, d'autant plus qu'il s'est fondé sur le principe selon lequel l'affaire serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée. Je ne peux pas conclure que le juge des requêtes a commis une erreur susceptible de révision, comme il est allégué, en ne faisant pas mention de l'expérience des avocats autochtones.

C. *L'erreur de fait ou de droit alléguée commise dans l'évaluation des mesures préparatoires au recours et de son état d'avancement consistant à qualifier de « surenchère » la modification de la définition du groupe dans la demande commune proposée de l'action des demandeurs LMO*

[60] À l'audience, les avocats de l'action des demandeurs LMO ont décrit cette question comme étant [TRADUCTION] « une question mineure » et [TRADUCTION] « une question peu importante », mais ont soutenu qu'elle avait néanmoins eu une certaine incidence sur la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'action des demandeurs LMO portait principalement sur la collectivité métisse. Les parties conviennent que la question n'a pas été explicitement soulevée devant le juge des requêtes, bien que le fait que l'action des demandeurs LMO portait surtout sur les Métis ait été une question très débattue à l'audience.

[61] Dans le contexte de requêtes en conduite de l'instance, le terme « surenchère » (« *leap-frogging* » en anglais) renvoie à une tentative faite par un candidat à la conduite de l'instance d'améliorer sa position après la mise au rôle de la requête en profitant du travail d'un autre candidat, par exemple, en présentant une modification plagiée aux actes de procédures : *Mancinelli et al. v. Barrick Gold Corporation et al.*, 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (C. div.), aux paragraphes 51 à 55, confirmée par 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Mancinelli*, a rejeté l'application de la règle selon laquelle les requêtes en conduite de l'instance doivent être tranchées sur le fondement d'un [TRADUCTION] « arrêt

to ‘leapfrog’ a lagging action ahead of a more advanced one”: at paragraph 61.

[62] Here, as discussed above, the motion judge saw as leap-frogging the addition of non-status Indians to the class definition in the LMO action after the carriage motions had been scheduled. Counsel in the LMO action submit that this characterization was in error—that the inclusion of non-status Indians in the class definition in the proposed consolidated statement of claim reflected research carried out by counsel in the LMO action on the claims of both Métis and non-status Indians well before the scheduling of the carriage motions.

[63] I see no error of law in the motion judge’s treatment of this issue. Before us, the parties accept the law as reflected in the Ontario cases to which the motion judge referred. Whether there was an error of fact might be more problematic. The record might have supported the inference that the change to include non-status Indians flowed more from counsel’s research than from any appropriation of the benefit of the work of counsel in the Day action.

[64] But whether an inference of this kind should have been drawn was a matter for the motion judge, and is not for this Court to second-guess on appeal. And even if there was an error in this respect, I do not see it as either palpable or overriding. There was no evidence directly connecting counsel’s research with the expansion of the class definition. Moreover, the motion judge’s concerns about the focus of the LMO action were clear, even apart from any leap-frogging issue.

sur image » à la date du dépôt de la requête. Puis, elle a ajouté, dans un passage auquel a renvoyé le juge des requêtes, que [TRADUCTION] « la Cour doit se méfier des nouvelles activités peu subtiles ayant lieu après le dépôt de motions en conduite d’instance et des tentatives de procéder à de la “surenchère” en faisant passer une instance qui traîne devant une instance plus avancée » : au paragraphe 61.

[62] En l’espèce, comme il a été mentionné, le juge des requêtes a estimé que l’ajout des Indiens non inscrits au groupe dans l’action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance constituait de la surenchère. Les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que cette caractérisation était erronée — que l’inclusion des Indiens non inscrits dans le groupe défini dans la déclaration commune proposée était le fruit des recherches sur les revendications des Métis et des Indiens non inscrits effectuées par les avocats de l’action des demandeurs LMO bien avant la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance.

[63] Je ne vois aucune erreur de droit dans l’examen de cette question par le juge des requêtes. Devant notre Cour, les parties reconnaissent le droit comme étant celui constaté dans les décisions de l’Ontario auxquelles le juge des requêtes a fait référence. La question de savoir s’il y a erreur de fait pourrait être plus difficile à trancher. Le dossier aurait pu étayer la conclusion selon laquelle la modification consistant à inclure les Indiens non inscrits relevait davantage des recherches des avocats que d’une quelconque tentative de s’approprier le fruit du travail des avocats de l’action de M. Day.

[64] Toutefois, il appartenait au juge des requêtes de déterminer s’il y avait lieu de tirer une telle conclusion, et il n’appartient pas à notre Cour de remettre en question cette conclusion en appel. Et même s’il y avait une erreur à cet égard, j’estime qu’elle n’est ni manifeste ni dominante. Il n’y avait aucun élément de preuve reliant directement les recherches des avocats à l’élargissement de la définition du groupe. De plus, les réserves du juge des requêtes quant à l’élément central de l’action des demandeurs LMO étaient claires, même si l’on exclut la question de la surenchère.

[65] Counsel in the LMO action also allege error on the part of the motion judge in failing to find that the addition of Paliare Roland as counsel in the Day action also amounted to leap-frogging. But it was open to the motion judge not to do so: the addition of Paliare Roland could hardly be described as taking the benefit of the work of another contender.

[66] I would accordingly not interfere with the motion judge's decision based on the leap-frogging issue.

VII. Proposed disposition

[67] I would dismiss the appeal. Costs are not sought and I would not award them.

WEBB J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

[65] Les avocats de l'action des demandeurs LMO soutiennent également que le juge des requêtes a commis une erreur en ne concluant pas que l'ajout du cabinet Paliare Roland au consortium de cabinets défendant l'action de M. Day constituait aussi de la surenchère. Il était loisible au juge des requêtes de ne pas tirer cette conclusion : il est difficile de voir comment l'ajout du cabinet Paliare Roland peut être considéré comme une tentative de tirer avantage du travail d'un autre candidat à la conduite de l'instance.

[66] Par conséquent, je n'interviendrais pas dans la décision du juge des requêtes en ce qui concerne la question de la surenchère.

VII. Dispositif proposé

[67] Je rejetterais l'appel. Aucuns dépens ne sont demandés, ainsi je n'en adjudgerais aucuns.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-274-17
A-282-17
2020 FCA 130

A-274-17
A-282-17
2020 CAF 130

Alvin Brown and End Immigration Detention Network (*Appellants*)

Alvin Brown et End Immigration Detention Network (*appelants*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondents*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*intimés*)

and

et

Canadian Association of Refugee Lawyers and Canadian Centre for International Justice (*Interveners*)

Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et Centre canadien pour la justice internationale (*intervenants*)

INDEXED AS: BROWN v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : BROWN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Gauthier, Stratas and Rennie JJ.A.—Toronto, February 26 and 27, 2019; Ottawa, August 7, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Stratas et Rennie, J.C.A.—Toronto, 26 et 27 février 2019; Ottawa, 7 août 2020.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Canadian Charter of Rights and Freedoms challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Alvin Brown (appellant) found inadmissible to Canada on basis of criminal convictions; ordered detained pending removal — At each detention review, Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) ordering appellant continue to be detained — Appellant held in provincial correctional institutions for five years until deportation — Despite efforts, Canada Border Services Agency (CBSA) unable to obtain travel document for appellant — In Federal Court, appellant challenging constitutionality of immigration detention regime established under Act, ss. 57, 58, Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 244–248 — Casting shadow on appellants' constitutional challenge was Supreme Court of Canada's decision in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) where Supreme Court prescribing process, protections required to ensure that lengthy, indeterminate detention be consistent with detainees' rights under Charter, ss. 7, 12 — Supreme Court holding that extended periods of detention under Act not violating Charter if accompanied by regular review — Whether Charter

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Alvin Brown (appellant) a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles; on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi — La Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive — L'appelant a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux jusqu'à son renvoi cinq ans plus tard — Malgré ses efforts, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour l'appellant — Devant la Cour fédérale, l'appelant a contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des art. 57 et 58 de la LIPR et des art. 244 à 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), dans lequel la Cour suprême du Canada a prescrit le processus et les protections

imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — Charter not imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — However, ID members conducting detention reviews, judges sitting in judicial review must consider Charter; administrative law standards — When detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter, ss. 7, 9 or 12 — Clear from review that immigration detention scheme having all protections mandated by Charkaoui to ensure extended periods of detention not violating Charter, ss. 7, 9, 12 — Legality of detention subject to judicial scrutiny in Federal Court — Act, s. 58 authorizing detention for several purposes — Act not constitutionally deficient because not stating expressly that which law already requiring — Where there are regular detention reviews that give full, fair consideration to non-exhaustive considerations in Regulations, s. 248, prolonged detention constitutional — In present case, statutory grant of discretionary power using word “consider”, constituting open-ended grant of discretion — Regulations, s. 248 factors having to be followed for continued detention to be legal under Act — In addition, nexus between detention, immigration purpose required — Decision maker having to be satisfied, on evidence, that removal is a possibility — Charkaoui making no mention of foreseeability test — Detention review scheme established by Parliament imposing continuing, overarching legal burden on Minister to establish that detention lawfully justified according to Act, s. 58, Regulations, s. 248, Charter — Legal burden not changing if Minister establishing prima facie case of grounds for detention — Procedural fairness requiring that detainee have advance disclosure of all evidence relevant to Regulations, s. 248 criteria, regardless of whether Minister relying on that evidence to support continued detention — Thus, lawful exercise of power to order detention requiring adequate evidentiary foundation — Judicial review testing legality of detention decision against Charter; common law principles; also testing reasoning process, transparency, integrity — Appeal dismissed.

nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les art. 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus, a jeté une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants — La Cour suprême a affirmé que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la LIPR ne contreviennent pas à la Charte lorsqu’elles sont assorties d’un contrôle régulier des motifs de la détention — Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — La Charte n’impose pas une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Toutefois, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif — Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte — Il ressortait clairement d’un examen que le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt Charkaoui pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte — La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale — L’art. 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas — La LIPR n’est pas inconstitutionnelle parce qu’elle n’indique pas explicitement ce que le droit exige déjà — Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l’art. 248 du Règlement, la détention prolongée est constitutionnelle — En l’espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité — Les critères prévus à l’art. 248 du Règlement doivent être respectés pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR — Il doit aussi exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration — Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible — Charkaoui ne fait aucunement mention d’un critère de prévisibilité — Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’art. 58 de la LIPR, de l’art. 248 du Règlement et de la Charte incombe au ministre — Le fardeau juridique n’est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit prima facie l’existence de motifs de détention — L’équité procédurale exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’art. 248 du Règlement soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention — L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite donc un fondement de preuve suffisant — Le contrôle judiciaire permet de vérifier la légalité d’une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law; il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité — Appel rejeté.

Constitutional Law — Charter of Rights — Immigration detention — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Charter challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — When immigration detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter; ss. 7, 9, 12 — Immigration detention scheme having all protections mandated by Charkaoui to ensure extended periods of detention not violating Charter; ss. 7, 9, 12 — Discretion to detain under Immigration and Refugee Protection Act, s. 58, Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 248 constitutionally compliant.

Constitutional Law — Charter of Rights — Legal rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Charter challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — Members of Immigration and Refugee Board, Immigration Division having duty to exercise discretion in manner consistent with Charter; obligation to consider Charter; ss. 7, 9, 12 inherent in exercise of discretion concerning whether detention warranted — As Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) noted, not detention itself or length that is objectionable; detention only cruel, unusual in legal sense if violating “accepted norms of treatment” — As such, denying means required by principles of fundamental justice to challenge detention may render detention arbitrary, cruel or unusual, but system permitting detainee to challenge detention, obtain release if justified may lead to conclusion that detention not cruel, unusual — Federal Court not making reviewable error in dismissing many of appellants' arguments regarding conditions of detention — Evidence of conditions of detention falling far short of threshold of cruel, unusual punishment set by Supreme Court, not supporting broad declaration appellants seeking.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention aux fins de l'immigration — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Il s'agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte — Le régime de détention aux fins de l'immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l'arrêt Charkaoui pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte — Le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l'art. 58 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et à l'art. 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés est conforme à la Constitution.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Traitements ou peines cruels et inusités — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Il s'agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Les commissaires de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte; l'obligation de tenir compte des art. 7, 9 et 12 de la Charte est inhérente à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non — Comme l'a souligné l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues » — Ainsi, priver l'intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette dernière arbitraire, cruelle ou inusitée, mais l'existence d'un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n'est ni cruelle ni inusitée — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention — Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention ne satisfaisaient pas au critère fixé par la Cour suprême pour qu'une peine soit jugée cruelle et inusitée et n'appuyaient pas la déclaration générale que sollicitaient les appelants.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellants' *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge regarding the immigration detention regime under the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). In dismissing the challenge, the Federal Court certified the question as to whether the Charter imposes a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory.

Alvin Brown (appellant) was found to be inadmissible to Canada on the basis of a series of criminal convictions. At the end of his term of imprisonment, he was ordered detained pending removal because he was both a danger to the public and a flight risk. Notwithstanding the increasing length of the appellant's detention, at each of his subsequent detention reviews, the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board ordered that the appellant continue to be detained. The appellant was held in provincial correctional institutions in Ontario from September 2011 until his deportation to Jamaica five years later in September 2016. Despite repeated and continuous efforts, the Canada Border Services Agency (CBSA) was unable to obtain a travel document for the appellant from the Jamaican High Commission during this time. In the Federal Court, the appellant, together with the End Immigration Detention Network, challenged the constitutionality of the immigration detention regime established under sections 57 and 58 of the Act and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. There, they contended that the regime violates sections 7, 9, 12 and 15 of the Charter. Although the appellant had been removed from Canada by the time of the hearing, the Federal Court considered mootness and exercised its discretion to hear the application in the public interest. The appellants appealed to the Federal Court of Appeal on the basis of the certified question. Casting a shadow on the appellants' constitutional challenge was the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* where the Supreme Court prescribed the process and protections required to ensure that lengthy and indeterminate detention is consistent with detainees' rights under sections 7 and 12 of the Charter. The Supreme Court held that extended periods of detention under the Act do not violate the Charter if they are accompanied by regular review of the reasons for detention, the length of detention, the reasons for the delay in removal, the anticipated future length of detention and the availability of alternatives to detention such as release on conditions. But the Supreme Court also foresaw that cases could arise where a particular detention was not Charter compliant.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). En rejetant la contestation, la Cour fédérale a certifié la question de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période maximale, sans quoi la mise en liberté est obligatoire.

Alvin Brown (appelant) a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles. À l'issue de son incarcération, on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi, au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et présentait un risque de fuite. Même si la détention de l'appellant se prolongeait, la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive. L'appellant a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux de l'Ontario de septembre 2011 jusqu'à son renvoi en Jamaïque cinq ans plus tard, en septembre 2016. Durant cette période, malgré des efforts répétés et continus, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour l'appellant auprès du haut-commissariat de la Jamaïque. Devant la Cour fédérale, l'appellant et le End Immigration Detention Network ont contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ils ont affirmé que le régime contrevient aux articles 7, 9, 12 et 15 de la Charte. Même si le renvoi de l'appellant du Canada avait été exécuté au moment de l'audience, la Cour fédérale a examiné la question de savoir si l'affaire était théorique et a exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande dans l'intérêt public. Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale sur le fondement de la question certifiée. L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, dans lequel la Cour suprême a prescrit le processus et les protections nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les articles 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus, a jeté une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants. La Cour suprême a affirmé que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la LIPR ne contreviennent pas à la Charte lorsqu'elles sont assorties d'un processus permettant le contrôle régulier des motifs de la détention, du temps passé en détention, des raisons qui retardent l'expulsion, de la durée anticipée du prolongement de la détention et de l'existence de solutions de rechange à la détention comme la mise en liberté sous conditions. Toutefois, la Cour suprême a anticipé également la possibilité d'une détention non conforme à la Charte.

The appellants contended, in particular, that where removal is no longer reasonably foreseeable, release is the only constitutionally compliant outcome, and the failure of the Act to expressly require release “in these circumstances” renders the scheme constitutionally deficient. They argued as well that the legislation grants a discretionary power that may be exercised in an unconstitutional manner rendering the enabling provision unconstitutional. The appellants and interveners also argued that the detention scheme offends section 7 of the Charter because it places an onus on detainees to justify why they should be released. Moreover, they challenged the constitutionality of detention orders under section 12 of the Charter.

At issue was whether the Charter imposes a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time.

Held, the appeal should be dismissed.

The Charter does not impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time. However, ID members conducting detention reviews and judges sitting in judicial review must consider Charter and administrative law standards. When the detention provisions are read in light of their text, context and purpose, there is no infringement of sections 7, 9 or 12 of the Charter. The detention scheme possesses the same hallmarks of constitutionality that allowed the Supreme Court in *Charkaoui* to find that extended periods of detention under the Act’s security certificate detention scheme did not contravene sections 7 and 12 of the Charter. *Charkaoui* was also clear guidance from the Supreme Court that the recourse against an improper exercise of discretion resulting in the over-holding of a detainee is an application to quash that exercise of discretion under administrative law principles and section 24 of the Charter, not to strike down the section under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The immigration detention scheme has all of the protections mandated by *Charkaoui* to ensure that extended periods of detention do not violate sections 7, 9 and 12 of the Charter. Detention reviews are timely and frequent: subsection 57(2) of the Act requires that detention be reviewed within 48 hours of arrest, within seven days after that, and every 30 days for the detention’s duration. The onus is on the Minister of Public Safety (Minister) to establish both a ground of detention and that detention is warranted based on mandatory, case-specific factors. Detention may only be ordered where there are no appropriate alternatives, and, in considering alternatives to detention, subsection 58(3) authorizes the ID to impose any

Les appelants ont soutenu plus particulièrement que, lorsque le renvoi n’est plus raisonnablement prévisible, la mise en liberté est la seule issue conforme à la Constitution, et l’absence de dispositions dans la LIPR prévoyant expressément la mise en liberté « dans ces circonstances » rend le régime inconstitutionnel. Ils ont fait valoir en outre que la disposition habilitante est inconstitutionnelle, car elle accorde un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé d’une manière inconstitutionnelle. Les appelants et les intervenants ont affirmé également que le régime de détention contrevient à l’article 7 de la Charte parce qu’il impose aux détenus la charge de justifier leur remise en liberté. De plus, ils ont contesté la constitutionnalité des ordonnances de détention sur le fondement de l’article 12 de la Charte.

Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

La Charte n’impose pas une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite. Toutefois, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif. Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte. Le régime de détention possède les critères de validité constitutionnelle qui ont permis à la Cour suprême, dans l’arrêt *Charkaoui*, de conclure que les périodes prolongées de détention découlant du régime de certificats de sécurité établi par la LIPR ne violaient pas les articles 7 et 12 de la Charte. La Cour suprême nous a enseigné également par l’arrêt *Charkaoui* qu’en cas d’exercice indu du pouvoir discrétionnaire ayant entraîné la détention prolongée d’un détenu, le recours est la demande en annulation présentée suivant les principes du droit administratif et de l’article 24 de la Charte. Ce n’est pas la demande en invalidation de la disposition habilitante présentée en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt *Charkaoui* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux articles 7, 9 et 12 de la Charte. Le contrôle des motifs de détention est rapide et fréquent : le paragraphe 57(2) de la LIPR exige que les motifs de détention soient contrôlés dans les 48 heures suivant l’arrestation, au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle et tous les 30 jours pendant toute la durée de la détention. Il incombe au ministre de la Sécurité publique (ministre) d’établir le motif de la détention et de prouver que la détention est justifiée à la lumière de critères obligatoires, propres à chaque cas. La détention ne peut

conditions that it considers necessary to neutralize the risk associated with release. The legality of the detention is subject to judicial scrutiny in the Federal Court. The appellants' argument that the legislation does not go far enough failed. Section 58 of the Act authorizes detention for several purposes. The power of detention will be exercised principally, but not exclusively, pending removal. Where detention is for the purposes of removal, and there is no longer a possibility of removal, detention on this ground no longer facilitates the machinery of immigration control and the power of detention cannot be exercised. Detention must always be tethered, on the evidence, to an enumerated statutory purpose. To conclude, the Act is not constitutionally deficient because it does not state expressly that which the law already requires. No principle of statutory interpretation requires that, to ensure constitutionality, the legislature must state that which the law already requires. To require an express statement that the power of detention can only be exercised where there is a real possibility of removal would be to read-in a redundancy.

The appellants advanced an alternate argument that because the discretion in section 248 of the Regulations is not expressly subordinated to the obligation to release in the face of an unreasonably lengthy detention or a removal that is not reasonably foreseeable, the scheme is constitutionally defective. This argument was inconsistent with established methodology of Charter analysis. Where there are regular detention reviews that give full and fair consideration to the non-exhaustive considerations in section 248, prolonged detention is constitutional. Rather than being a source of unconstitutionality, the existence of discretion ensures that the Charter rights of detainees receive full consideration in light of their particular circumstances. In this case, the statutory grant of discretionary power uses the word "consider", an open-ended grant of discretion. Far from precluding the decision maker from having regard to Charter standards when assessing the appropriateness of detention, it requires it. The discretion to detain under section 58 of the Act and section 248 of the Regulations is constitutionally compliant. Whether to order detention pending deportation involves a delicate balancing of all the relevant circumstances. As noted in *Charkaoui*, the section 248 criteria—rather than being a source of some deficiency—are the guarantors of constitutional compliance. The section 248 factors are "prescribed" factors which "must" be taken into account and ensure that extended periods of detention do not violate the Charter. The discretion the factors confer is precisely what ensures sensitivity to the context and circumstances of the individual case—a requirement under *Charkaoui* for constitutional prolonged detention.

être ordonnée que lorsqu'il n'existe pas d'autre solution de rechange; lorsqu'elle évalue les solutions de rechange à la détention, la SI est autorisée, aux termes du paragraphe 58(3), à imposer les conditions qu'elle estime nécessaires afin de neutraliser le risque associé à la mise en liberté. La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale. L'argument des appelants selon lequel la loi ne va pas assez loin n'a pas été retenu. L'article 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas. Le pouvoir de détention est exercé principalement, mais non exclusivement, pendant la période qui précède le renvoi. Lorsque la détention est ordonnée aux fins du renvoi, et qu'il n'existe plus de possibilité de renvoi, la détention pour ce motif ne contribue plus au mécanisme de contrôle de l'immigration, et le pouvoir de détention ne saurait être exercé. La détention doit toujours être reliée, au vu de la preuve, à un objet énoncé dans la loi. Pour conclure, la LIPR n'est pas inconstitutionnelle parce qu'elle n'indique pas explicitement ce que le droit exige déjà. Aucun principe d'interprétation des lois n'exige que le législateur, pour garantir la constitutionnalité de sa loi, exprime ce que la loi prévoit déjà. Exiger une déclaration expresse voulant que le pouvoir de détention ne puisse être exercé que lorsqu'il existe une réelle possibilité de renvoi équivaudrait à ajouter, par interprétation, une disposition redondante.

Les appelants ont fait valoir un autre argument selon lequel, parce que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 248 du Règlement n'est pas expressément subordonné à l'obligation de libérer les détenus dans l'éventualité d'une détention d'une durée déraisonnable ou d'un renvoi qui n'est pas prévisible dans un délai raisonnable, le régime est inconstitutionnel. Cet argument allait à l'encontre de la démarche établie d'analyse fondée sur la Charte. Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l'article 248, la détention prolongée est constitutionnelle. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire, plutôt que d'emporter l'inconstitutionnalité, permet de veiller au respect des droits que la Charte garantit aux détenus compte tenu des circonstances propres à chacun. En l'espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité. La disposition n'empêche pas le décideur de tenir compte des normes fondées sur la Charte lorsqu'il évalue le bien-fondé de la détention, elle l'exige. Le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l'article 58 de la LIPR et à l'article 248 du Règlement est conforme à la Constitution. La décision d'ordonner ou non la détention avant le renvoi constitue un exercice délicat de pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes. Comme on l'a fait remarquer dans l'arrêt *Charkaoui*, les critères prévus à l'article 248, loin d'être une source d'imprécision, garantissent le respect de la Constitution. Les critères prévus à l'article 248 sont des « critères réglementaires » qui « doi[vent] » être pris en compte, et qui permettent de veiller à ce que les périodes prolongées

While the factors in section 248 of the Regulations, as law, must be followed in order for continued detention to be legal under the Act, there must also be a nexus between detention and an immigration purpose. If that is missing, detention under the Act is no longer possible. The test for a nexus to an immigration purpose is not whether removal is reasonably foreseeable but, as established by the Supreme Court of Canada, whether removal be a possibility. The focus of the “possibility” test is on the existence of objective, credible facts. The decision maker must be satisfied, on the evidence, that removal is a possibility.

The conditions of detention are relevant to the legality of detention and the consideration of proportionality, whether under section 12 of the Charter or under judicial review. There is a duty on ID members to exercise their discretion in a manner consistent with the Charter. An express power for the ID to consider the nature or conditions of detention is not required. The ability, indeed obligation, to consider sections 7, 9 and 12 is inherent in the exercise of the discretion concerning whether or not detention is warranted. As the Court in *Charkaoui* noted, it is not the detention itself, or its length, that is objectionable; detention is only cruel and unusual in the legal sense if it violates “accepted norms of treatment”. As such, denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrary and support the argument that it is cruel or unusual, but a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual. Many of the appellants’ arguments regarding the conditions of detention were dismissed by the Federal Court. No reviewable error in that finding was demonstrated. The evidence of conditions of detention fell far short of the threshold of cruel and unusual punishment set by the Supreme Court and did not support the broad declaration sought by the appellants.

The detention review scheme established by Parliament imposes a continuing and overarching legal burden on the Minister to establish that detention is lawfully justified according to section 58 of the Act, section 248 of the Regulations,

de détention ne contreviennent pas à la Charte. Le pouvoir discrétionnaire que confèrent ces critères est précisément ce qui garantit que le contexte et les circonstances propres à chaque cas sont pris en compte; une exigence énoncée dans l’arrêt *Charkaoui* pour qu’une détention prolongée puisse être conforme à la Constitution.

Si les critères prévus à l’article 248 du Règlement, qui ont force de loi, doivent être respectés pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR, il doit aussi exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration, à défaut de quoi, la détention sous le régime de la LIPR n’est plus possible. Pour vérifier s’il existe un lien avec un objectif d’immigration, il faut demander non pas si le renvoi est raisonnablement prévisible, mais, ainsi que la Cour suprême du Canada l’a établi, si le renvoi est possible. Le critère de la « possibilité » met l’accent sur l’existence de faits objectifs crédibles. Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible.

Les conditions de détention sont pertinentes lorsque la légalité de la détention et la proportionnalité sont en cause, dans une contestation fondée sur l’article 12 de la Charte ou dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Les commissaires de la SI ont l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré conformément à la Charte. Il n’est pas nécessaire que la SI soit investie du pouvoir exprès d’examiner la nature ou les conditions de la détention. La faculté, en fait l’obligation, de tenir compte des articles 7, 9 et 12 est inhérente à l’exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non. Comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues ». Ainsi, priver l’intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette détention arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. Cependant, l’existence d’un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n’est ni cruelle ni inusitée. Bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention ont été rejetés par la Cour fédérale. Aucune erreur susceptible de révision dans cette conclusion n’a été démontrée. Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention étaient loin de satisfaire au critère fixé par la Cour suprême pour qu’une peine soit jugée cruelle et inusitée et n’appuyaient pas la déclaration générale que sollicitaient les appelants.

Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’article 58 de la LIPR, de l’article 248 du Règlement et de la Charte, incombe au ministre.

and the Charter. The legal burden does not shift or change should the Minister establish a *prima facie* case of grounds for detention. The detainee is not required in law to do anything. Establishing grounds for detention does not mean that a detention order should issue. It simply means that there is a basis to consider making a detention order. Nor does the legal burden on the Minister change with successive detention reviews. As for the relevance of previous detention decisions, nothing in the Act or the Regulations places an obligation on a detainee to lead fresh evidence between detention reviews in order for the ID to reach a different result. Nothing in the Act or case law requires the detainee to demonstrate a change in circumstances. Members of the ID are obligated, under their oath and by law, to consider the circumstances of the particular individual whose detention or liberty is in issue in a fair and open-minded way. Each member is required to undertake their own independent assessment of the case for and against detention.

With respect to procedural fairness, there is no statutory language in the immigration detention scheme of the Act that ousts procedural fairness. The rules respecting disclosure in detention reviews are thus supplemented by the requirement for procedural fairness imposed by the common law. The need for detainees to know the case against them creates a disclosure obligation. To be meaningful, the disclosure obligation cannot be limited to information on which the Minister intends to rely. All relevant information must be disclosed. Section 26 of the *Immigration Division Rules*,¹ even if followed, does not fulfill the minimum requirements of the common law duty of fairness. This is because the requirement to introduce evidence arises only where information provided is contradicted by another party. The statement in the *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”, that “[i]f the hearings officer recommends continued detention, the hearings officer should submit all available evidence to the ID in support of continued detention” (page 34) falls short of what procedural fairness requires. Procedural fairness requires that the detainee have advance disclosure of all evidence relevant to the section 248 criteria, regardless of whether the Minister relies on it to support continued detention. Thus, the lawful exercise of the power to order detention requires an adequate evidentiary foundation. This includes all relevant evidence relating to the factors under section 248 of the Regulations. In cases of inadequate disclosure, judicial review can be sought, on an expedited basis, and interim orders can be made compelling disclosure. Importantly, a detention decision may be vitiated if it is established that there has not been timely disclosure of

Le fardeau juridique n’est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit *prima facie* l’existence de motifs de détention. Le détenu n’est pas tenu en droit de faire quoi que ce soit. L’établissement de motifs de détention n’emporte pas le prononcé d’une ordonnance de détention; il signifie simplement qu’il existe des raisons d’envisager une ordonnance de détention. De plus, le fardeau juridique qui incombe au ministre ne change pas au fil des contrôles successifs des motifs de détention. En ce qui concerne la pertinence des décisions antérieures portant sur la détention, rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à produire des nouveaux éléments de preuve à chaque nouveau contrôle des motifs de détention pour obtenir de la SI une issue différente. Rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à prouver que les circonstances ont changé. Les commissaires de la SI sont contraints par la Loi et leur serment de tenir compte des circonstances propres à chaque personne dont la détention ou la liberté est en jeu, de façon impartiale et avec ouverture d’esprit. Chaque commissaire est tenu d’entreprendre sa propre évaluation indépendante des éléments qui militent pour et contre la détention.

En ce qui concerne l’équité procédurale, rien dans le libellé du régime de détention aux fins de l’immigration de la LIPR n’écarte l’obligation d’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale imposée en common law vient suppléer aux règles concernant la communication de la preuve pour le contrôle des motifs de détention. La nécessité pour les détenus de connaître la preuve produite contre eux crée une obligation de communication. Pour être significative, l’obligation de communication ne peut se limiter aux renseignements sur lesquels le ministre entend s’appuyer. Tous les renseignements pertinents doivent être communiqués. L’article 26 des *Règles de la Section de l’immigration*,¹ même s’il est respecté, ne répond pas entièrement aux exigences minimales de l’obligation d’équité prévue en common law. L’obligation de déposer les éléments de preuve ne s’applique que lorsque les renseignements fournis sont contestés par l’autre partie. Le *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3), indique que, « [s]i l’agent d’audience recommande le maintien en détention, il doit produire tous les éléments de preuve à la SI qui pourront être utiles à l’appui de sa recommandation » (à la page 40). L’équité procédurale exige plus que cela; elle exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’article 248 soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention. L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite donc un fondement de preuve suffisant, y compris tous les éléments de preuve pertinents concernant les critères énoncés à l’article 248 du Règlement. En cas de communication inadéquate, le contrôle judiciaire peut être demandé, par

¹ Section 26 provides that if a party wants to use a document at a hearing, the party must provide a copy to the other party and the ID.

¹ Aux termes de l’article 26, pour utiliser un document à l’audience, la partie en transmet une copie à l’autre partie et à la SI.

material documents, which results in a breach of procedural fairness.

Regarding judicial oversight, judicial review tests the legality of a detention decision against the Charter and common law principles. But it also does much more; it tests the reasoning process, its transparency and its integrity. It examines the treatment of the discretionary factors and whether they were properly taken into account. It holds up the reasons to independent scrutiny to determine whether they pass legal muster from both a Charter and administrative law perspective.

voie d'instruction accélérée, et des mesures provisoires peuvent être prises pour ordonner la communication. Fait important, une décision de détention peut être invalidée s'il est établi que des documents importants n'ont pas été communiqués en temps opportun, ce qui constitue un manquement à l'équité procédurale.

En ce qui concerne l'encadrement judiciaire, le contrôle judiciaire permet de vérifier la légalité d'une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law. Toutefois, il présente beaucoup d'autres utilités. Il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité. Il permet d'examiner le traitement des facteurs discrétionnaires et de veiller à ce qu'ils aient bien été pris en compte. Il soumet les motifs de décision à un examen indépendant, afin de déterminer s'ils résistent à l'analyse, autant du point de vue de la Charte que du point de vue du droit administratif.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.01.
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), 7, 9, 11(b), 12, 15, 24.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 11, 31–37.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(1),(10)(a),(b),(c), 520, 521, 679(3).
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
Customs Tariff, R.S.C. 1985 (3rd Supp.), c. 41.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.2.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 306–309, 317.
Immigration Act 1971 (U.K.), c. 77, s. 25.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i),(3)(f), 34 to 37, 48(2), 55, 57, 58, 95(2), 117, 159(1)(h).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 244 to 248.
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, s. 26.
Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1.
Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M-7.
Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 17.

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), 7, 9, 11b), 12, 15, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(1),(10)(a),b),c), 520, 521, 679(3).
Immigration Act 1971 (R.-U.), ch. 77, art. 25.
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. 52.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.01.
Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1.
Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M-7.
Loi sur le ministère des Services correctionnels, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 17.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 11, 31 à 37.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18.2.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),i),(3)(f), 34 à 37, 48(2), 55, 57, 58, 95(2), 117, 159(1)(h).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 244 à 248.
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, art. 26.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 306 à 309, 317.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Allen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2018 FC 486.

APPLIED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599.

DISTINGUISHED:

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754.

CONSIDERED:

Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina, 2019 SCC 29, [2019] 2 S.C.R. 467, 433 D.L.R. (4th) 381; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, 30 Imm. L.R. (3d) 33 (T.D.); *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, revg 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.); *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572; *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191; *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261; *Mission Institute v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 74 C.P.R. (4th) 85.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Allen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2018 CF 486.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1989, CanLII 92; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Chhina, 2019 CSC 29, [2019] 2 R.C.S. 467; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214, 1994 CanLII 3521 (1^{re} inst.); *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90; *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, infirmant 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, 1986 CanLII 17; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.); *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572; *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191; *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2020 CAF 108.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, (1991), 125 N.R. 1; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, (1998), 157 D.L.R. (4th) 423; *McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, (1965), 53 D.L.R. (2d) 532; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney*, 2016 FC 1097, [2017] 2 F.C.R. 375; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 144 N.R. 176; *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 26 Admin. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000]

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1995 CanLII 112; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 1985 CanLII 65; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1991 CanLII 104; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 1998 CanLII 815; *McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney*, 2016 CF 1097, [2017] 2 R.C.F. 375; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 1992 CanLII 74; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53; *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385,

2 S.C.R. 90; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, (1990), 121 N.R. 198; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, (1999), 175 D.L.R. (4th) 193; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, (1990), 72 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Hamdan*, 2019 FC 1129; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Berisha*, 2012 FC 1100, [2014] 1 F.C.R. 574; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Kane v. Bd. of Governors of U.B.C.*, [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Arook*, 2019 FC 1130; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino*, 2020 FC 427; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405; *R. v. Bird*, 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409; *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah*, IMM-1347-19, Boswell J., order dated February 26, 2019 (F.C.); *MPSEP v. Martin Sevic*, IMM-1375-20, Fothergill J., order dated February 26, 2020 (F.C.); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, 2019 FC 1006; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Baniashkar*, 2019 FC 729; *MPSEP v. Afshin Ignani Maleki*, IMM-2466-20, Zinn, J., order dated June 2, 2020 (F.C.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20, Elliott J., order dated March 19, 2020 (F.C.); *Fond du Lac First Nation v. Mercredi*, 2020 FCA 59; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195.

1990 CanLII 50; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, 1990 CanLII 70; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Hamdan*, 2019 CF 1129; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Berisha*, 2012 CF 1100, [2014] 1 R.C.F. 574; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 1985 CanLII 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1993 CanLII 128; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1980 CanLII 10; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) v. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Arook*, 2019 CF 1130; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino*, 2020 CF 427; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405; *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409; *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah*, IMM-1347-19, le juge Boswell, ordonnance en date du 26 février 2019 (C.F.); *MPSEP v. Martin Sevic*, IMM-1375-20, le juge Fothergill, ordonnance en date du 26 février 2020 (C.F.); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, 2019 CF 1006; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Baniashkar*, 2019 CF 729; *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20, le juge Zinn, ordonnance en date du 2 juin 2020 (C.F.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20, la juge Elliott, ordonnance en date du 19 mars 2020 (C.F.); *Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Mercredi*, 2020 CAF 59; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195.

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Thomson Reuters, 2019.
 Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters, 2019.
 Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 : « Enquêtes et contrôle de la détention ».

Daly, Paul. “To Have the Point: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29” (5 June 2019) online: *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/>.

Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson Guideline 2: Detention*. Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, April 1, 2019.

Jones, Martin and Sasha Baglay. *Refugee Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014.

United Nations. General Assembly. *United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, 4 May 2015, WGAD/CRP.1/2015.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Guideline on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453) dismissing the appellants’ *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge regarding the detention regime under the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Jared Will and *Jean Marie Vecina* for appellant Alvin Brown.

Swathi V. Sekhar for appellant End Immigration Detention Network.

Bernard Assan and *Charles Julian Jubenville* for respondents.

Sharryn Aiken, *Maureen Silcoff* and

Aris Daghighian for interveners.

SOLICITORS OF RECORD

Jared Will & Associates, Toronto, for appellant Alvin Brown.

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention*. Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 1^{er} avril 2019.

Daly, Paul. « To Have the Point : *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29 » (5 juin 2019) en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/>.

Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés. *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d’asile et alternatives à la détention*, 2012.

Jones, Martin et Sasha Baglay. *Refugee Law*, 2^e éd. Toronto : Irwin Law, 2017.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Nations Unies. Assemblée générale. *Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d’introduire un recours devant un tribunal*, 4 mai 2015, WGAD/CRP.1/2015.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : Lexis Nexis, 2014.

APPEL d’une décision (2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453 par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l’immigration établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Jared Will et *Jean Marie Vecina* pour l’appelant Alvin Brown.

Swathi V. Sekhar pour l’appelant End Immigration Detention Network.

Bernard Assan et *Charles Julian Jubenville* pour les intimés.

Sharryn Aiken, *Maureen Silcoff* et

Aris Daghighian pour les intervenants.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jared Will & Associates, Toronto, pour l’appelant Alvin Brown.

Deputy Attorney General of Canada
for respondents.
Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto,
for interveners.

La sous-procureure générale du Canada pour
les intimés.
Bureau du droit des réfugiés, Aide juridique
Ontario, Toronto, pour les intervenants.

The following are the reasons for judgment rendered in
English by

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

RENNIE J.A.:

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Overview.....	1	I. Aperçu.....	1
II. The detention provisions of the IRPA comply with sections 7 and 9 of the Charter.....	28	II. Les dispositions de la LIPR relatives à la détention respectent les articles 7 et 9 de la Charte	28
III. Limitations on the power of detention ...	40	III. Limites quant au pouvoir de détention...	40
(a) <i>Jordan</i> distinguished	48	a) Distinction d’avec l’arrêt <i>Jordan</i>	48
(b) Other jurisdictions and interna- tional law	54	b) Autres compétences et droit international.....	54
(c) Conclusion on sections 7 and 9 ...	60	c) Conclusion concernant les ar- ticles 7 et 9.....	60
IV. Discretion and constitutionality	61	IV. Pouvoir discrétionnaire et constitutionnalité.....	61
V. A detention review hearing that complies with the Charter and administrative law.....	89	V. Audience de contrôle des motifs de détention conforme à la Charte et au droit administratif.....	89
(a) The nexus to an immigration purpose	90	a) Lien avec un objectif d’immigration.....	90
(b) Section 12.....	103	b) Article 12.....	103
(c) The legal burden.....	118	c) Fardeau juridique.....	118
(d) The relevance of previous de- tention decisions.....	130	d) Pertinence des décisions anté- rieures portant sur la détention...	130
(e) Procedural fairness.....	136	e) Équité procédurale.....	136
VI. Judicial oversight	150	VI. Encadrement judiciaire	150
VII. Conclusion	162	VII. Conclusion	162

I. Overview

I. Aperçu

[1] Enforcement of removal orders by the Canada Border Services Agency (CBSA) is an everyday occurrence in this country. In most cases, removal proceeds in an expeditious manner. But sometimes it does not. The person to be removed may not report. The receiving

[1] Chaque jour au pays, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) doit exécuter des mesures de renvoi. Dans la plupart des cas, le renvoi se fait de manière expéditive, mais il n’en est pas toujours ainsi. Parfois, la personne qui doit être renvoyée ne se présente

country may delay or refuse to issue the necessary travel documents. Sometimes the political situation in the receiving country is unstable, or removal carries an unacceptable risk of human rights violations. Significant delays can result, placing the person subject to removal in an administrative and legal limbo. The person has no right to remain in Canada but Canada has no ability to effect the removal.

[2] For certain foreign nationals, there may also be reasonable grounds to believe that they pose a danger to the public or are a flight risk and may not report to the CBSA for removal. In such cases, the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada may order their arrest and detention pending removal (*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, section 55 (IRPA)).

[3] Over the course of a year, over 5 000 persons, inadmissible to Canada for various reasons, are held in immigration detention, either in immigration holding centres operated by the CBSA or in provincial correctional institutions. The vast majority of detentions are of short or intermittent duration—far less than 100 days. But some detainees are held for much longer. The appellant, Alvin John Brown, is an example of the latter.

[4] The Federal Court has described the facts surrounding Mr. Brown's stay in Canada and eventual removal (2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453 [reasons], *per* Fothergill J., at paragraphs 9–18). He was found to be inadmissible to Canada on the basis of a series of criminal convictions. At the end of his term of imprisonment he was ordered detained pending removal because he was both a danger to the public and a flight risk. Notwithstanding the increasing length of Mr. Brown's detention, at each of his subsequent detention reviews the ID ordered that he continue to be detained.

pas. Parfois, le pays d'accueil peut retarder ou refuser la délivrance des titres de voyage nécessaires. Parfois, la situation politique dans le pays d'accueil est instable ou le renvoi comporte un risque inacceptable de violation des droits de la personne. Il peut en résulter des retards importants qui placent la personne faisant l'objet de la mesure de renvoi dans une situation incertaine sur les plans administratif et juridique : elle n'est pas autorisée à demeurer au Canada, mais le Canada ne peut exécuter la mesure de renvoi.

[2] Dans le cas de certains étrangers, il peut également y avoir des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité publique ou présentent un risque de fuite et sont susceptibles de se soustraire à la mesure de renvoi. Dans de tels cas, la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada peut ordonner leur arrestation et leur détention préalable au renvoi (*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, article 55 (LIPR)).

[3] Au cours d'une année, plus de 5 000 personnes, interdites de territoire au Canada pour diverses raisons, sont détenues par les autorités de l'immigration, soit dans un centre de détention pour immigrants de l'ASFC soit dans un établissement correctionnel provincial. La détention est courte ou intermittente dans la grande majorité des cas et dure bien moins que 100 jours. Or, certains détenus sont mis en détention beaucoup plus longtemps. C'est le cas de l'appelant, Alvin John Brown.

[4] La Cour fédérale décrit les faits entourant le séjour de M. Brown au Canada, puis son renvoi (2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453 [motifs] le juge Fothergill, aux paragraphes 9 à 18). Il a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles. À l'issue de son incarcération, on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi, au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et présentait un risque de fuite. Même si la détention de M. Brown se prolongeait, la SI a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive.

[5] Mr. Brown was held in provincial correctional institutions in Ontario from September 2011 until his deportation to Jamaica five years later in September 2016. Despite repeated and continuous efforts, the CBSA was unable to obtain a travel document for Mr. Brown from the Jamaican High Commission during this time.

[6] In the Federal Court, Mr. Brown, together with the End Immigration Detention Network, a third party with public interest standing, challenged the constitutionality of the immigration detention regime established under sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). There, they contended that the regime violates sections 7, 9, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)].

[7] Although Mr. Brown had been removed from Canada by the time of the hearing, no one asserted the objection of mootness. Nevertheless, the Federal Court considered mootness and, after reviewing the jurisprudence, exercised its discretion to hear the application in the public interest. No one raised mootness in this Court and there is no reason on this record to second-guess the Federal Court's exercise of discretion.

[8] The Federal Court dismissed the appellants' Charter challenge. They now appeal to this Court on the basis of the following certified question:

Does the [Charter] impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory?

[9] Once a question is certified, all issues that bear upon the disposition of the appeal are at large (*Baker v. Canada*

[5] M. Brown a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux de l'Ontario de septembre 2011 jusqu'à son renvoi en Jamaïque cinq ans plus tard, en septembre 2016. Durant cette période, malgré des efforts répétés et continus, l'ASFC n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour M. Brown auprès du haut-commissariat de la Jamaïque.

[6] Devant la Cour fédérale, M. Brown et le End Immigration Detention Network, un tiers à qui la Cour a accordé qualité pour agir dans l'intérêt public, ont contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Ils ont affirmé que le régime contrevient aux articles 7, 9, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44 (Charte)].

[7] Même si le renvoi de M. Brown du Canada avait été exécuté au moment de l'audience, personne n'a soulevé d'objection au motif que l'affaire était devenue théorique. La Cour fédérale a toutefois examiné cette question et, à la lumière de la jurisprudence, a exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande dans l'intérêt public. Personne n'a soulevé la question du caractère théorique devant notre Cour, et rien au dossier ne justifie que l'on mette en doute l'exercice qu'a fait la Cour fédérale de son pouvoir discrétionnaire.

[8] La Cour fédérale a rejeté la contestation des appelants fondée sur la Charte. Ils interjettent maintenant appel devant notre Cour sur le fondement de la question certifiée suivante :

La [Charte] impose-t-elle une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période de temps prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période de temps maximal, sans quoi la mise en liberté est obligatoire?

[9] Une fois qu'une question est certifiée, la Cour peut examiner toutes les questions pouvant avoir une incidence

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at paragraph 12; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 37).

[10] In this Court, the appellants renew their constitutional challenge. They are supported by two interveners: the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Centre for International Justice. The interveners advocate for specific procedural protections for immigration detainees including mandatory release dates, early disclosure by the Minister of Public Safety of any evidence relevant to a detainee's case, and the imposition of an onus on the Minister of Public Safety to establish, with strong supporting reasons, that continued detention is warranted.

[11] Casting a shadow on the appellants' constitutional challenge is the Supreme Court of Canada decision, *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*). There, the Supreme Court prescribed the process and protections required to ensure that lengthy and indeterminate detention is consistent with detainees' rights under sections 7 and 12 of the Charter.

[12] The Supreme Court's conclusions in *Charkaoui* are set forth in paragraph 96:

The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual.

sur l'issue de l'appel (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699 (*Baker*), au paragraphe 12; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 37).

[10] Devant notre Cour, les appelants maintiennent leur contestation constitutionnelle. Ils ont l'appui de deux intervenants : l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Centre canadien pour la justice internationale. Les intervenants sollicitent certaines protections procédurales pour les personnes détenues aux fins de l'immigration, y compris la mise en liberté d'office après l'expiration d'un délai précis, la communication rapide par le ministre de la Sécurité publique de tout élément de preuve pertinent au regard du dossier d'une personne détenue et l'imposition au ministre de la Sécurité publique de la charge d'établir, sur le fondement de solides motifs, que le maintien en détention est justifié.

[11] L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*), jette une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants. Dans cet arrêt, la Cour suprême prescrit le processus et les protections nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les articles 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus.

[12] Les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui* figurent au paragraphe 96 :

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n'est jamais agréable, mais elle n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L'absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d'une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l'argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée.

[13] Elsewhere, at paragraph 105 of *Charkaoui*, the Supreme Court recognized that immigration detention may have to be or may practically end up being indeterminate: “[i]t is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions.” It rejected the detainee’s argument that after 5 years his detention had become indefinite and, thus, unconstitutional for that reason.

[14] The Supreme Court held that extended periods of detention under the *IRPA* do not violate the Charter if they are accompanied by regular review of the reasons for detention, the length of detention, the reasons for the delay in removal, the anticipated future length of detention and the availability of alternatives to detention such as release on conditions ([*Charkaoui*], at paragraphs 110–117).

[15] But the Supreme Court also foresaw that cases could arise where a particular detention was not Charter compliant. In these circumstances, the Court concluded that, although prolonged detention under the regime established by the *IRPA* was constitutional, “this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter*” (at paragraph 123).

[16] *Charkaoui* stands in the way of the appellants’ argument that lengthy or indeterminate detention is *per se* unconstitutional. In response, the appellants launch a frontal attack on *Charkaoui*.

[17] The appellants contend that where removal is no longer reasonably foreseeable, release is the only constitutionally compliant outcome, and the failure of the *IRPA* to expressly require release “in these circumstances” renders the scheme constitutionally deficient. Analogizing to the principles expressed in *R. v. Jordan*,

[13] Au paragraphe 105 du même arrêt, la Cour suprême reconnaît que la détention aux fins de l’immigration peut être d’une durée indéterminée : « [i]l est donc clair que la *LIPR*, qui n’impose en principe la détention qu’en attendant l’expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l’assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période ». La Cour rejette l’argument du détenu selon lequel, après cinq ans, sa détention a dorénavant une durée indéterminée; partant, elle est inconstitutionnelle.

[14] La Cour suprême affirme que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* ne contreviennent pas à la Charte lorsqu’elles sont assorties d’un processus permettant le contrôle régulier des motifs de la détention, du temps passé en détention, des raisons qui retardent l’expulsion, de la durée anticipée du prolongement de la détention et de l’existence de solutions de rechange à la détention comme la mise en liberté sous conditions (*Charkaoui*, aux paragraphes 110 à 117).

[15] Toutefois, la Cour suprême anticipe également la possibilité d’une détention non conforme à la Charte. Dans ce cas, selon la Cour, même si la détention prolongée sous le régime de la *LIPR* n’est pas inconstitutionnelle, « [c]ela n’écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu’elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte* » (au paragraphe 123).

[16] L’arrêt *Charkaoui* fait obstacle à l’argument des appelants, selon lequel la détention prolongée ou pour une durée indéterminée est en soi inconstitutionnelle. En réponse, les appelants attaquent de front l’arrêt *Charkaoui*.

[17] Les appelants soutiennent que, lorsque le renvoi n’est plus raisonnablement prévisible, la mise en liberté est la seule issue conforme à la Constitution; l’absence de dispositions dans la *LIPR* prévoyant expressément la mise en liberté [TRADUCTION] « dans ces circonstances » rend le régime inconstitutionnel. Établissant une analogie

2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 (*Jordan*) the appellants contend that their section 7 and 9 Charter rights can only be protected by judicially mandated limits on the length of detention or, alternatively, that the scheme should be declared unconstitutional under section 52 [of the *Constitution Act, 1982*]. They say that *Charkaoui* must be read in light of the principles expressed in *Jordan*.

[18] The appellants advance a second attack on the detention scheme. The appellants say the fact that the legislation grants a discretionary power that may be exercised in an unconstitutional manner renders the enabling provision unconstitutional. The appellants contend that for the detention provisions of the IRPA to pass constitutional muster, it must be impossible for the ID to order detention when there is no reasonable prospect of removal.

[19] The appellants and interveners also argue that the detention scheme offends section 7 of the Charter because it places an onus on detainees to justify why they should be released. As well, the appellants and interveners challenge the constitutionality of detention orders under section 12 of the Charter because the ID has no control over the location and conditions of detention. They also raise a procedural fairness challenge based on the limited disclosure by the Minister during detention hearings.

[20] The arguments challenging the detention scheme fail and so I would dismiss the appeal. However, as will be seen, ID members conducting detention reviews and judges sitting in judicial review, must consider Charter and administrative law standards. Although the appellants' challenge to the validity of the sections fails, many of their arguments are vindicated by what is said in these reasons concerning what judges conducting detention reviews must consider.

avec les principes exprimés dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 (*Jordan*), les appelants soutiennent que les droits qui leur sont garantis aux articles 7 et 9 de la Charte ne peuvent être protégés que par une limite imposée par les tribunaux quant à la durée de la détention ou, subsidiairement, que le régime devrait être déclaré inconstitutionnel en vertu de l'article 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Ils affirment que l'arrêt *Charkaoui* doit être interprété à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *Jordan*.

[18] Les appelants font valoir un second argument contre le régime de détention. Ils affirment que la disposition habilitante est inconstitutionnelle, car elle accorde un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé d'une manière inconstitutionnelle. Selon eux, pour que les dispositions de la LIPR portant sur la détention soient jugées constitutionnelles, il doit être impossible pour la SI d'ordonner la détention lorsqu'il n'existe aucune possibilité raisonnable de renvoi.

[19] Les appelants et les intervenants affirment également que le régime de détention contrevient à l'article 7 de la Charte parce qu'il impose aux détenus la charge de justifier leur remise en liberté. De plus, ils contestent la constitutionnalité des ordonnances de détention sur le fondement de l'article 12 de la Charte, parce que la SI n'a pas de pouvoir sur le lieu et les conditions de la détention. Ils soulèvent également un argument fondé sur l'équité procédurale vu les renseignements limités communiqués par le ministre durant les audiences sur la détention.

[20] Les arguments contre le régime de détention ne peuvent être retenus. Par conséquent, je rejeterais l'appel. Toutefois, comme nous l'expliquons ci-après, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif. Bien que les appelants n'aient pas gain de cause dans leur contestation de la légalité des dispositions, plusieurs de leurs arguments sont validés par les conclusions énoncées dans les présents motifs quant aux éléments dont il faut tenir compte au moment du contrôle judiciaire des motifs de détention.

[21] All Charter analysis begins with an informed understanding of the legislation in question. The legislation must first be interpreted according to the accepted principles of statutory interpretation (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21). And in examining the effects of the legislation, as is necessary when applying the Charter, we must understand how it operates against the backdrop of accepted common law and administrative law principles (see, e.g., *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at page 1049, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paragraphs 43–45; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204, at paragraph 78; Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 315).

[22] When the detention provisions are read in light of their text, context and purpose, there is no infringement of sections 7, 9 or 12 of the Charter. The detention scheme possesses the same hallmarks of constitutionality that allowed the Supreme Court in *Charkaoui* to find that extended periods of detention under the IRPA's security certificate detention scheme did not contravene sections 7 and 12 of the Charter. These hallmarks include robust and timely review of the continued need for detention, the ability to “consider terms and conditions that would neutralize the danger” and the “fashion[ing of] conditions that would neutralize the risk of danger upon release” together with power to order release if satisfied that the need for detention no longer exists (*Charkaoui*, at paragraphs 117, 119–123).

[23] *Charkaoui* is also clear guidance from the Supreme Court, along with many other leading authorities, that the recourse against an improper exercise of discretion resulting in the over-holding of a detainee is an application to quash that exercise of discretion under administrative law principles and section 24 of the Charter, not to strike down the section under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[21] Toutes les analyses fondées sur la Charte doivent débiter par une compréhension éclairée de la loi en question. La loi doit d'abord être interprétée selon les principes reconnus d'interprétation des lois (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837, au paragraphe 21). En outre, en examinant les effets de la loi, comme il se doit quand la Charte est invoquée, il faut en comprendre l'application à la lumière des principes reconnus de la common law et du droit administratif (voir, par exemple, *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, à la page 1049, 1995 CanLII 112; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, aux paragraphes 43 à 45; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, au paragraphe 78; Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3^e éd., Toronto : Irwin Law, 2016, à la page 315).

[22] Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte. Le régime de détention possède les critères de validité constitutionnelle qui ont permis à la Cour suprême, dans l'arrêt *Charkaoui*, de conclure que les périodes prolongées de détention découlant du régime de certificats de sécurité établi par la LIPR ne violaient pas les articles 7 et 12 de la Charte. Ces critères incluent le contrôle vigoureux et opportun du maintien en détention pour en déterminer la nécessité, la capacité de « prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger » et de « concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté » et le pouvoir d'ordonner une mise en liberté si la nécessité d'une détention n'est plus présente (*Charkaoui*, aux paragraphes 117 et 119 à 123).

[23] L'arrêt *Charkaoui* nous enseigne également, tout comme de nombreux autres précédents, qu'en cas d'exercice indu du pouvoir discrétionnaire ayant entraîné la détention prolongée d'un détenu, le recours est la demande en annulation présentée suivant les principes du droit administratif et de l'article 24 de la Charte. Ce n'est pas la demande en invalidation de la disposition habilitante présentée en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[24] Two opening observations are in order.

[25] First, this appeal involves nothing more than applying settled principles to specific legislation and a specific evidentiary record. There is no real dispute between the parties on the settled principles. Thus, I will not elaborate on either the general content of section 7 (see, e.g., *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297, at paragraphs 76–90; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148, at paragraphs 78–87) or the two-stage process to be followed when applying section 7 (*Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 68 and *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 58). It is sufficient to say that Mr. Brown’s Charter rights are engaged, and that as a foreign national in Canada he has standing to challenge this legislative scheme using sections 7, 9 and 12 of the Charter (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 201–202, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; see also *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754 (*Appulonappa*), at paragraph 23). Nor is there any dispute over the scope and content of sections 7, 9 and 12.

[26] The second observation relates to the Supreme Court decision in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29, [2019] 2 S.C.R. 467, 433 D.L.R. (4th) 381 (*Chhina*), rendered while this appeal was under reserve and on which the parties made additional written submissions. A comment is required on the relevance of *Chhina* to the issues in this appeal.

[27] The constitutionality of the immigration detention scheme was not in issue before the Supreme Court in *Chhina*. The focus of that case was the availability of *habeas corpus* as an alternative remedy to judicial review to determine the legality of a detention order. The case did not require a full interpretation of the IRPA detention provisions and none was done. The questions raised here have not been answered. Nor did the Supreme Court in *Chhina* reverse or cast any doubt on

[24] Deux observations préliminaires s’imposent.

[25] D’abord, le présent appel ne nécessite rien de plus que l’application des principes établis à une loi précise et à un dossier de preuve précis. Il n’y a pas réellement de différend entre les parties en ce qui concerne les principes établis. Par conséquent, je ne m’attarde pas sur la teneur générale de l’article 7 de la Charte (voir, par exemple, *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700, aux paragraphes 76 à 90; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 78 à 87) ou sur l’analyse à deux volets qu’appelle l’article 7 (*Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 68, et *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 58). Il suffit de dire que les droits que la Charte garantit à M. Brown sont en jeu, et qu’à titre d’étranger au Canada, il a qualité pour contester ce régime légal en invoquant les articles 7, 9 et 12 de la Charte (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages 201 et 202, 1985 CanLII 65; voir également *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754 (*Appulonappa*), au paragraphe 23). Il n’y a également pas de différend concernant la portée et la teneur des articles 7, 9 et 12.

[26] La seconde observation a trait à l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Chhina*, 2019 CSC 29, [2019] 2 R.C.S. 467 (*Chhina*). Cet arrêt a été rendu pendant que le présent appel était en délibéré, et les parties ont présenté des observations écrites supplémentaires à ce propos. Un commentaire s’impose sur la pertinence de l’arrêt *Chhina* à l’égard des questions soulevées dans le présent appel.

[27] La constitutionnalité du régime de détention aux fins de l’immigration n’était pas en litige devant la Cour suprême dans l’affaire *Chhina*. Cette dernière portait sur la possibilité de recourir à une demande d’*habeas corpus*, plutôt qu’au contrôle judiciaire, pour déterminer la légalité d’une ordonnance de détention. L’affaire ne nécessitait pas une interprétation complète des dispositions de la LIPR relatives à la détention, et aucune n’a été faite. La Cour suprême n’a pas répondu aux

Charkaoui, which directly applies to the question before this Court.

II. The detention provisions of the IRPA comply with sections 7 and 9 of the Charter

[28] Under sections 34 to 37 of the IRPA, a foreign national may be inadmissible and liable to removal on grounds of security, a violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. Unless the removal order is stayed by the Federal Court, the foreign national against whom it is made “must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible” (IRPA, subsection 48(2)).

[29] Under subsection 55(1), the ID may issue a warrant for the arrest and detention of a foreign national where there are reasonable grounds to believe they are inadmissible and pose a danger to the public or are a flight risk. No warrant is required for foreign nationals that are not protected persons, as defined under subsection 95(2) of the IRPA, and are a danger to the public or a flight risk, or whose identity cannot be confirmed (IRPA, subsection 55(2)).

[30] Within 48 hours of arrest, or otherwise without delay, the ID is required to review the reasons for detention advanced by the Minister responsible for the CBSA, the Minister of Public Safety (IRPA, subsection 57(1)). If the ID concludes that a detention order is appropriate, a second review must take place within the following seven days, and then again, if necessary, within every subsequent 30-day period (IRPA, subsection 57(2)).

[31] Subsection 58(1) stipulates that grounds for detention may exist in five circumstances:

Release — Immigration Division

58 (1) The Immigration Division shall order the release of a permanent resident or a foreign national unless it is satisfied, taking into account prescribed factors, that

questions qui sont soulevées en l’espèce. Elle n’a pas non plus écarté ou mis en doute l’arrêt *Charkaoui*, qui concerne directement la question que doit trancher notre Cour.

II. Les dispositions de la LIPR relatives à la détention respectent les articles 7 et 9 de la Charte

[28] Aux termes des articles 34 à 37 de la LIPR, un étranger peut être interdit de territoire et passible de renvoi pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, pour grande criminalité et pour criminalité organisée. À moins que la Cour fédérale ne sursoie à la mesure de renvoi, l’étranger visé par cette mesure « doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible » (LIPR, paragraphe 48(2)).

[29] Aux termes du paragraphe 55(1), la SI peut lancer un mandat en vue de l’arrestation et de la détention d’un étranger dont elle a des motifs raisonnables de croire qu’il est interdit de territoire et qu’il constitue un danger pour la sécurité publique ou présente un risque de fuite. Aucun mandat n’est nécessaire pour l’étranger qui n’est pas une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de la LIPR et qui constitue un danger pour la sécurité publique ou présente un risque de fuite, ou dont l’identité ne peut être confirmée (LIPR, paragraphe 55(2)).

[30] Dans les 48 heures suivant l’arrestation, ou dans les meilleurs délais par la suite, la SI doit contrôler les motifs de détention invoqués par le ministre responsable de l’ASFC, soit le ministre de la Sécurité publique (LIPR, paragraphe 57(1)). Si la SI conclut qu’une ordonnance de détention est indiquée, un second contrôle doit avoir lieu dans les sept jours suivants, puis au moins tous les 30 jours par la suite, si nécessaire (LIPR, paragraphe 57(2)).

[31] Le paragraphe 58(1) précise qu’il peut exister des motifs de détention dans cinq circonstances :

Mise en liberté par la Section de l’immigration

58 (1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l’étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

(a) they are a danger to the public;

(b) they are unlikely to appear for examination, an admissibility hearing, removal from Canada, or at a proceeding that could lead to the making of a removal order by the Minister under subsection 44(2);

(c) the Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that they are inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality, criminality or organized criminality;

(d) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national — other than a designated foreign national who was 16 years of age or older on the day of the arrival that is the subject of the designation in question — has not been, but may be, established and they have not reasonably cooperated with the Minister by providing relevant information for the purpose of establishing their identity or the Minister is making reasonable efforts to establish their identity; or

(e) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national who is a designated foreign national and who was 16 years of age or older on the day of the arrival that is the subject of the designation in question has not been established.

a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique;

b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée;

d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger — autre qu'un étranger désigné qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause — n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger;

e) le ministre estime que l'identité de l'étranger qui est un étranger désigné et qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause n'a pas été prouvée.

[32] The language of Parliament in subsection 58(1) is clear and the context and purpose of section 58 does not change the plain meaning of that language. Under subsection 58(1), detention must cease unless the ID is satisfied, on a balance of probabilities, that a ground for detention exists. If a ground for detention is not established, the inquiry is at an end. Release is the default.

[33] But detention does not simply follow on proof of a ground for detention. Section 248 of the Regulations makes this clear. Before a detention order is made, the ID must proceed to the second stage and examine whether detention is warranted based on certain prescribed factors (see also Martin Jones and Sasha Baglay, *Refugee Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2017), at page 389). The prescribed factors are as follows:

[32] Le texte du paragraphe 58(1) est clair, et le contexte et l'objet de l'article 58 ne changent rien au sens ordinaire de ce texte. Aux termes du paragraphe 58(1), la mise en liberté doit être prononcée, à moins que la SI ne soit convaincue, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe un motif de détention. Si un motif de détention n'est pas établi, l'enquête est terminée. La mise en liberté est ordonnée d'office.

[33] Or, la détention n'est pas ordonnée sur simple preuve d'un motif de détention. L'article 248 du Règlement est très clair à ce sujet. Avant qu'une ordonnance de détention puisse être rendue, la SI doit, à la seconde étape, déterminer si la détention est justifiée compte tenu de certains critères prescrits (voir également Martin Jones et Sasha Baglay, *Refugee Law*, 2^e éd., Toronto : Irwin Law, 2017, à la page 389). Les critères prescrits sont les suivants :

Other factors

248 If it is determined that there are grounds for detention, the following factors shall be considered before a decision is made on detention or release:

- (a) the reason for detention;
- (b) the length of time in detention;
- (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time;
- (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department, the Canada Border Services Agency or the person concerned;
- (e) the existence of alternatives to detention; and
- (f) the best interests of a directly affected child who is under 18 years of age.

[34] These factors were first articulated by Rothstein J., then of the Federal Court, in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, 30 Imm. L.R. (3d) 33 (T.D.) (*Sahin*), at page 231. They were subsequently given legislative expression in section 248 of the Regulations, which came into force in 2002 (SOR/2002-227).

[35] In considering alternatives to detention, the ID may impose any conditions on the detainee that it considers necessary to mitigate the risks (IRPA, subsection 58(3)). Either the Minister or the detainee may subsequently apply to vary these conditions on the basis that they are no longer necessary to ensure compliance.

[36] If the ID orders detention, the detainee is remitted to the custody of the CBSA. The CBSA may decide to place the detainee in an Immigration Holding Centre (IHC), or transfer the detainee to provincial authorities to be housed in a provincial correctional institution. The ID has no control over the privileges a detainee has access to while detained. If a detainee is dissatisfied with the conditions of their detention, they can bring a judicial review application in the Federal Court, if housed in a federal institution, or, if in a provincial institution,

Autres critères

248 S'il est constaté qu'il existe des motifs de détention, les critères ci-après doivent être pris en compte avant qu'une décision ne soit prise quant à la détention ou la mise en liberté :

- a) le motif de la détention;
- b) la durée de la détention;
- c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps;
- d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère, de l'Agence des services frontaliers du Canada ou de l'intéressé;
- e) l'existence de solutions de rechange à la détention;
- f) l'intérêt supérieur de tout enfant de moins de dix-huit ans directement touché.

[34] Ces critères ont été énoncés pour la première fois par le juge Rothstein, alors juge à la Cour fédérale, dans la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214, à la page 231, 1994 CanLII 3521 (1^{re} inst.) (*Sahin*). Ils ont par la suite été consacrés à l'article 248 du Règlement, qui est entré en vigueur en 2002 (DORS/2002-227).

[35] Lorsqu'elle évalue des solutions de rechange à la détention, la SI peut imposer à la personne détenue les conditions qu'elle estime nécessaires pour atténuer les risques (LIPR, paragraphe 58(3)). Le ministre ou la personne détenue peut par la suite demander la modification des conditions au motif qu'elles ne sont plus nécessaires pour garantir le respect de la Loi.

[36] Si la SI ordonne la détention, le détenu est confié à la garde de l'ASFC, qui peut décider de le placer dans un Centre de surveillance de l'Immigration ou de le transférer aux autorités provinciales pour qu'il soit placé dans un établissement correctionnel provincial. La SI n'a aucun contrôle sur les privilèges auxquels un détenu a accès pendant sa détention. Si un détenu est insatisfait des conditions de sa détention, il peut déposer une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, s'il est placé dans un établissement fédéral, ou, s'il est placé dans

in the provincial superior court using legislation such as the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1.

[37] It is clear from this review that the immigration detention scheme has all of the protections mandated by *Charkaoui* to ensure that extended periods of detention do not violate sections 7, 9 and 12 of the Charter. Detention reviews are timely and frequent: subsection 57(2) of the IRPA requires that detention be reviewed within 48 hours of arrest, within seven days after that, and every 30 days for the detention's duration. The onus is on the Minister to establish both a ground of detention and that detention is warranted based on mandatory, case-specific factors. Detention may only be ordered where there are no appropriate alternatives, and, in considering alternatives to detention, subsection 58(3) authorizes the ID to impose any conditions that it considers necessary to neutralize the risk associated with release. The legality of the detention is subject to judicial scrutiny in the Federal Court.

[38] The Supreme Court has recently suggested in *obiter* in *Chhina* (at paragraph 60) that the factors under section 248 of the Regulations may be deficient or vague because they do not expressly require release if removal is not foreseeable. This *obiter* statement, made in passing, does not repeal the central holding of the Supreme Court in *Charkaoui*, namely that an ongoing detention does not automatically run afoul of the Charter. In *Charkaoui*, the section 248 factors formed the heart of the issue before the Court. It would be startling if some idle words in *Chhina* displaced the detailed, well-considered and necessary holding in *Charkaoui*, almost as if by a side-wind.

[39] Nevertheless, the appellants say that the legislation does not go far enough. They note that the IRPA is constitutionally flawed in that it does not expressly say that there can be no detention in the absence of a reasonably foreseeable prospect of removal and does not

un établissement provincial, à la cour supérieure provinciale sur le fondement d'une loi comme la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1.

[37] Il ressort de cet examen que le régime de détention aux fins de l'immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l'arrêt *Charkaoui* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux articles 7, 9 et 12 de la Charte. Le contrôle des motifs de détention est rapide et fréquent : le paragraphe 57(2) de la LIPR exige que les motifs de détention soient contrôlés dans les 48 heures suivant l'arrestation, au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle et tous les 30 jours pendant toute la durée de la détention. Il incombe au ministre d'établir le motif de la détention et de prouver que la détention est justifiée à la lumière de critères obligatoires, propres à chaque cas. La détention ne peut être ordonnée que lorsqu'il n'existe pas d'autre solution de rechange; lorsqu'elle évalue les solutions de rechange à la détention, la SI est autorisée, aux termes du paragraphe 58(3), à imposer les conditions qu'elle estime nécessaires afin de neutraliser le risque associé à la mise en liberté. La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale.

[38] La Cour suprême indique récemment dans l'arrêt *Chhina* (au paragraphe 60), dans une remarque incidente, que les facteurs prévus à l'article 248 du Règlement peuvent être lacunaires ou vagues parce qu'ils n'exigent pas explicitement la mise en liberté si le renvoi ne peut être exécuté dans un avenir prévisible. Cette remarque incidente n'annule pas la conclusion centrale de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui*, soit que le maintien en détention n'est pas automatiquement contraire à la Charte. Dans cette affaire, la question que devait trancher la Cour intéressait les critères prévus à l'article 248. Il serait surprenant que quelques mots mentionnés au passage dans l'arrêt *Chhina* supplantent la conclusion détaillée, bien réfléchie et nécessaire de l'arrêt *Charkaoui*, de manière indirecte.

[39] Néanmoins, les appelants affirment que la loi ne va pas assez loin. Ils soulignent que la LIPR est inconstitutionnelle parce qu'elle n'interdit pas expressément la détention lorsqu'il n'existe pas de possibilité raisonnablement prévisible de renvoi, et parce qu'elle n'impose

impose a maximum period of time during which a person can be detained. For the reasons that follow, these arguments fail.

III. Limitations on the power of detention

[40] A statutory power, such as the power to detain in this case, can only be used for the purposes for which it was intended. This principle of administrative law stems from the requirement that all government action must be authorized by a grant of legal authority. Whether express or implied, the text of a statute, seen in light of its context and purpose, prescribes the limits of the legal authority of a decision-maker exercising discretionary power (Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters, 2019), at § 15:2241; *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100 (*Entertainment Software Assoc.*), at paragraph 88 and cases cited therein). The classic statement of this principle is found in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689 (*Roncarelli*) where Rand J. said (at page 140):

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled ‘discretion’, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute.[...][T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

[41] Citing *Roncarelli*, the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), observed (at paragraph 108) :

.... while an administrative body may have considerable discretion in making a particular decision, that decision must ultimately comply “with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted”: *Catalyst* Likewise, a decision must comport with any

pas de période maximale de détention. Pour les motifs qui suivent, ces arguments ne sont pas retenus.

III. Limites quant au pouvoir de détention

[40] Un pouvoir prévu par une loi, comme le pouvoir de détention en l’espèce, ne peut être exercé que pour l’objet auquel il est destiné. Ce principe du droit administratif découle de l’obligation que tous les actes de l’État procèdent d’un pouvoir conféré par la loi. Qu’il soit explicite ou implicite, le texte d’une loi, considéré à la lumière de son contexte et de son objet, prescrit les limites du pouvoir légal d’un décideur exerçant un pouvoir discrétionnaire (Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters, 2019, aux paragraphes 15:2241; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100 (*Entertainment Software Assoc.*), au paragraphe 88 et la jurisprudence qui y est citée). L’expression classique de ce principe figure dans l’arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (*Roncarelli*), où le juge Rand affirme (à la page 140) :

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n’y a rien de tel qu’une « discrétion » absolue et sans entraves, c’est-à-dire celle où l’administrateur pourrait agir pour n’importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l’exprime expressément, s’interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n’importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi [...] Une loi doit toujours s’entendre comme s’appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

[41] Citant l’arrêt *Roncarelli*, la Cour suprême souligne ce qui suit dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*) (au paragraphe 108) :

[...] bien qu’un organisme administratif puisse disposer d’un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de prendre une décision en particulier, cette décision doit en fin de compte être conforme « à la raison d’être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été

more specific constraints imposed by the governing legislative scheme, such as the statutory definitions, principles or formulas that prescribe the exercise of a discretion: see *Montréal (City)*, at paras. 33 and 40-41; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paras. 38-40.

[42] The IRPA has many purposes and objectives, including ensuring the safety and security of Canadians and the promotion of international justice by denying safe harbour for criminals or those who pose a security risk (IRPA, paragraphs 3(1)(h), (i)). The power to detain, as set out in subsection 58(1), is one of the mechanisms by which those purposes are realized. That detention can only be ordered where it is linked, on the evidence, to one of the enumerated grounds listed in subsection 58(1) is an application of this principle. The power to detain must always remain tethered to the IRPA's purposes and objectives.

[43] The implicit requirement that the power to detain can only be exercised where it facilitates the purposes of the IRPA has guided the IRPA's interpretation for decades. In *Sahin*, at pages 226–229, Rothstein J. drew on *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.). There, in considering the immigration detention power provided by the *Immigration Act 1971* [(U.K.), c. 77, s. 25], Woolf J. (as he then was) concluded that the Act was subject to two implicit limitations: the power to detain was limited to the purposes of removal and the responsible minister must move with “all reasonable expedition” to ensure removal [at paragraph 8].

[44] Section 58 of the IRPA authorizes detention for several purposes, including pending determination of identity, pending a determination of admissibility or on the grounds of public safety. The power of detention will be exercised principally, but not exclusively, pending removal. Where detention is for the purposes of removal, and there is no longer a possibility of removal, detention on this ground no longer facilitates the machinery of immigration control and the power of detention cannot be

adoptée » : *Catalyst* [...] De même, la décision doit tenir compte de toute contrainte plus spécifique clairement imposée par le régime législatif applicable, telle que les définitions, les formules ou les principes prévus par la loi qui prescrivent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : voir *Montréal (Ville)*, par. 33 et 40-41; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, par. 38-40.

[42] La LIPR a de nombreux objets, y compris assurer la sécurité des Canadiens et promouvoir la justice internationale en interdisant de territoire les criminels et les personnes qui constituent un danger à la sécurité (LIPR, alinéas 3(1)h) et i)). Le pouvoir de détention, énoncé au paragraphe 58(1), est l'un des mécanismes permettant la réalisation de ces objectifs. La détention ne peut être ordonnée que si elle a un rapport, démontré par le dossier de preuve, avec l'un des motifs énumérés au paragraphe 58(1); il s'agit ainsi d'une application de ce principe. Le pouvoir de détention doit toujours demeurer rattaché aux objets de la LIPR.

[43] L'obligation implicite de n'exercer le pouvoir de détention que lorsqu'il favorise les objectifs de la LIPR a guidé l'interprétation de cette dernière durant des décennies. Dans la décision *Sahin*, aux pages 226 à 229, le juge Rothstein invoque la décision *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.). Dans cette affaire, le juge Woolf (alors juge à la Cour du Banc de la Reine), à l'issue de son examen du pouvoir de détention prévu dans la *Immigration Act 1971* [(R.-U.), ch. 77, art. 25], conclut que la Loi est assujettie à deux limites implicites : le pouvoir de détention est subordonné aux fins du renvoi et le ministre responsable doit agir [TRADUCTION] « avec une promptitude raisonnable » [au paragraphe 8] pour assurer le renvoi.

[44] L'article 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas, y compris avant que l'identité de la personne puisse être prouvée, avant le prononcé d'une décision d'interdiction de territoire ou pour des motifs liés à la sécurité publique. Le pouvoir de détention est exercé principalement, mais non exclusivement, pendant la période qui précède le renvoi. Lorsque la détention est ordonnée aux fins du renvoi, et qu'il n'existe plus de possibilité de renvoi, la détention pour ce motif ne

exercised. Detention must always be tethered, on the evidence, to an enumerated statutory purpose. To conclude, the IRPA is not constitutionally deficient because it does not state expressly that which the law already requires.

[45] This conclusion is not altered by the Charter.

[46] Interwoven with the modern approach to the interpretation of legislation is the presumption that Parliament intends to enact legislation in conformity with the Charter. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416 (*Slaight*); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 1010, (1991), 125 N.R. 1; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, (1998), 157 D.L.R. (4th) 423, at paragraph 66).

[47] The presumption of compliance is that “the legislature *intends* to make legislation that complies with the constitution, and to the extent possible legislation is therefore interpreted to achieve that result” (emphasis in original) (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014) 523, at § 16.3 (*Sullivan on the Construction of Statutes*)). This principle is engrained in Supreme Court of Canada jurisprudence dating back over half a century (see *McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pages 803–804, (1965), 53 D.L.R. (2d) 532). In *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paragraph 33, McLachlin C.J.C. confirmed the presumption’s application in situations where Charter rights are implicated. More recently, the Supreme Court has said that the detention provisions of the IRPA, the very legislation in question here, ought to be interpreted “harmoniously with the *Charter* values that shape the contours of its application” (*Chhina*, at paragraph 128, Abella J., dissenting but not on this point).

contribue plus au mécanisme de contrôle de l’immigration, et le pouvoir de détention ne saurait être exercé. La détention doit toujours être reliée, au vu de la preuve, à un objet énoncé dans la loi. Pour conclure, la LIPR n’est pas inconstitutionnelle parce qu’elle n’indique pas explicitement ce que le droit exige déjà.

[45] La Charte ne change rien à cette conclusion.

[46] Outre l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, il faut tenir compte de la présomption suivant laquelle le législateur entend édicter des lois conformes à la Charte. Lorsqu’une disposition légale peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, c’est cette dernière qui doit être retenue (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078, 1989 CanLII 92 (*Slaight*); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 1010, 1991 CanLII 104; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 660, 1992 CanLII 72; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 1998 CanLII 815, au paragraphe 66).

[47] Selon la présomption de conformité, [TRADUCTION] « le législateur entend adopter des lois qui sont conformes à la Constitution et, dans la mesure du possible, on donne aux lois une interprétation qui permet d’atteindre ce résultat » (souligné dans l’original) (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ont. : Lexis Nexis, 2014, 523, au paragraphe 16.3 (*Sullivan on the Construction of Statutes*)). Ce principe est ancré dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada remontant à plus d’un demi-siècle (voir *McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, aux pages 803 et 804). Dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, au paragraphe 33, la juge en chef McLachlin confirme l’application de cette présomption dans les situations où les droits consentis par la Charte sont en jeu. Plus récemment, la Cour suprême affirme que les dispositions de la LIPR relatives à la détention, soit les dispositions dont il est ici question, doivent être interprétées « en harmonie avec les valeurs consacrées par la *Charte* qui définissent les paramètres de son application » (*Chhina*, au paragraphe 128, la juge Abella est dissidente, mais pas sur ce point).

(a) *Jordan distinguished*

[48] Nevertheless, the appellants and interveners contend that the Supreme Court has changed the law in the relatively recent, post-*Charkaoui* decision of *Jordan*. They say that the Supreme Court has now recognized that in some situations maximum time limits must be imposed to ensure Charter compliance. Mr. Brown argues the appropriate maximum limit in detention is six months, while the End Immigration Detention Network argues that it is three months; after expiry of those limits, they say the detention is arbitrary and violates sections 7 and 9.

[49] *Jordan* does not alter the constitutional holdings in *Charkaoui*. It is not authority for the proposition that sections 7 and 9 of the Charter require fixed limits on detention.

[50] In *Jordan*, the Supreme Court established ceilings beyond which pre-trial delay becomes presumptively unreasonable under paragraph 11(b) of the Charter. Beyond the ceiling, the burden shifts to the Crown to rebut the presumption of unreasonable delay based on exceptional circumstances. The ceiling was set at 18 months for offences tried in provincial court, and 30 months for those tried in the superior court or those tried in provincial court after a preliminary inquiry (*Jordan*, at paragraph 105).

[51] The objective of the guidelines established in *Jordan* was to protect the constitutional right to trial within a reasonable time under paragraph 11(b) of the Charter. But the considerations which prompted the Court to establish those guidelines contrast markedly with those surrounding immigration detention. As I will explain, the differences between the criminal justice system and that of immigration detention could not be greater.

[52] Together, the federal and provincial governments have complete control over almost every aspect of the criminal justice system and the variables that affect delay.

a) *Distinction d'avec l'arrêt Jordan*

[48] Quoi qu'il en soit, les appelants et les intervenants soutiennent que la Cour suprême modifie le droit dans le relativement récent arrêt *Jordan*, postérieur à l'arrêt *Charkaoui*. Ils affirment que la Cour suprême reconnaît maintenant que, dans certaines situations, des délais doivent être imposés pour garantir le respect de la Charte. M. Brown soutient que le délai maximal de détention est de six mois, alors que, selon le End Immigration Detention Network, il est de trois mois, après quoi, la détention est selon eux arbitraire et contrevient aux articles 7 et 9.

[49] L'arrêt *Jordan* ne modifie en rien les conclusions de nature constitutionnelle énoncées dans l'arrêt *Charkaoui*. Il n'établit pas que les articles 7 et 9 de la Charte commandent l'imposition de délais fixes en matière de détention.

[50] Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême établit des plafonds au-delà desquels le délai entre le dépôt des accusations et le procès est présumé déraisonnable au vu de l'alinéa 11b) de la Charte. Dès lors que le délai dépasse le plafond, il incombe au ministère public de réfuter la présomption quant au délai déraisonnable en établissant l'existence de circonstances exceptionnelles. Ce plafond a été fixé à 18 mois pour les affaires instruites par une cour provinciale et à 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure (ou celles instruites par une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire) (*Jordan*, au paragraphe 105).

[51] Les lignes directrices établies dans l'arrêt *Jordan* ont pour objet de protéger le droit à un procès dans un délai raisonnable garanti par l'alinéa 11b) de la Charte. Or, les considérations qui ont poussé la Cour à établir ces lignes directrices se distinguent nettement de celles entourant la détention aux fins de l'immigration. Comme je l'explique ci-après, les différences entre le système de justice pénale et le régime de détention aux fins de l'immigration ne pourraient être plus grandes.

[52] Les administrations fédérale et provinciales encadrent de concert presque chacun des aspects du système de justice pénale et des conditions susceptibles d'emporter

The federal government has responsibility for substantive criminal law and criminal procedure via the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The construction of courtrooms, appointment of judges, staffing of provincial courts and prosecutors, and the resources available to police to organize disclosure are all within the legislative competence of either the federal or provincial governments.

[53] In contrast, while removal is one of the objectives of detention, Canada does not have complete control over its realization. Removal may be frustrated by political turmoil in the receiving state. Removal may be delayed by a dearth of evidence as to identity (see, e.g., *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney*, 2016 FC 1097, [2017] 2 F.C.R. 375). Travel documents must be obtained from a great number and diversity of countries, some of which may not be in a hurry to have a particular national returned. Each will have a different view of what constitutes a timely administrative response to requests for travel documents. Removal is dependent on the cooperation of the receiving state, which, for a myriad of reasons, may be reluctant to or incapable of issuing a travel document. Mr. Brown's situation is a good example. In spite of various, often unanswered, entreaties on the part of the CBSA, it took the Jamaican government nearly five years to confirm Mr. Brown's nationality and issue a travel document. With the document finally in hand, the CBSA deported Mr. Brown the next day.

(b) *Other jurisdictions and international law*

[54] The appellants rely on international law and the law of foreign jurisdictions to argue that a textual reading of the IRPA pertaining to immigration detention is inconsistent with basic international norms.

[55] There is a well-established presumption that, where possible, Canada's domestic legislation should be interpreted to conform to international law (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraph 53). "Where possible" is a key qualifier (*Entertainment Software Assoc.*,

des lenteurs. Le fédéral a compétence pour légiférer en matière de droit pénal et de procédure criminelle, en modifiant le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La construction des cours de justice, la nomination des juges, la dotation en personnel des cours provinciales et des bureaux des procureurs de la poursuite ainsi que les ressources dont dispose la police pour la communication de la preuve relèvent toutes de la compétence législative soit fédérale, soit provinciale.

[53] Par contre, même si le renvoi est l'un des objectifs de la détention, le Canada n'est pas maître de son exécution. Il peut être empêché par une instabilité politique dans le pays d'accueil. Il peut être retardé par une preuve lacunaire de l'identité de la personne (voir, par exemple, *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney*, 2016 CF 1097, [2017] 2 R.C.F. 375). Il faut obtenir des titres de voyage d'un grand nombre de pays très différents, dont certains peuvent être réticents au retour d'un de leur ressortissant. Chacun aura sa propre conception de ce qui constitue un délai raisonnable de réponse de l'administration à une demande de titres de voyage. Le renvoi est subordonné à la collaboration du pays d'accueil, lequel, pour toutes sortes de raisons, peut hésiter à délivrer un titre de voyage, ou être incapable de le faire. La situation de M. Brown en est un bon exemple. Malgré les diverses demandes présentées par l'ASFC, lesquelles sont souvent restées sans réponse, il a fallu au gouvernement jamaïcain près de cinq ans pour confirmer la nationalité de M. Brown et lui délivrer un titre de voyage. Ayant finalement obtenu le document, l'ASFC a procédé au renvoi de M. Brown le lendemain.

b) *Autres compétences et droit international*

[54] Les appelants invoquent le droit international et le droit de pays étrangers pour affirmer qu'une interprétation textuelle des dispositions de la LIPR relatives à la détention aux fins de l'immigration va à l'encontre des normes internationales de base.

[55] Il existe une présomption bien établie selon laquelle, dans la mesure du possible, les lois internes du Canada doivent être interprétées d'une manière conforme au droit international (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), au paragraphe 53). Il faut souligner l'importance

at paragraphs 76–92). Absent contrary indication, legislative provisions are also presumed to observe “the values and principles of customary and conventional international law” (*Hape*, at paragraph 53; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at paragraph 47; *Sullivan on the Construction of Statutes*, at §18.6; see also *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraphs 82–87 and *Entertainment Software Assoc.*, at paragraphs 89–90).

[56] Therefore, both Canada’s international treaty obligations and the principles underlying international law can play a role in the interpretation of Canadian laws. This is reinforced by paragraph 3(3)(f) of the IRPA, which directs that the Act “is to be construed and applied in a manner that ... complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.”

[57] There is, however, an important counterweight to these principles—the doctrine of Parliamentary supremacy. An unambiguous provision must be given effect even if it is contrary to Canada’s international obligations or international law (*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 35; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 50; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73, at paragraph 16; *Hape*, at paragraph 54; and see generally the comprehensive discussion in *Entertainment Software Assoc.*, at paragraphs 76–92).

[58] There is no doubt as to the design, operation or effect of the detention provisions. The appellants have not identified ambiguities or duelling interpretations that would open the door to an interpretation most consistent with international law. Reduced to its essence, the appellants’ argument is simply that in some jurisdictions immigration detention is dealt with somewhat differently. Leaving section 1 of the Charter aside, in light of

des termes « dans la mesure du possible » (*Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 76 à 92). Faute d’indication contraire, il est également présumé que les dispositions législatives respectent « les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel » (*Hape*, au paragraphe 53; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, au paragraphe 47; *Sullivan on the Construction of Statutes*, au paragraphe 18.6; voir également *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 82 à 87 et *Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 89 et 90).

[56] Par conséquent, les obligations auxquelles le Canada a consenti en signant les traités internationaux et les principes qui sous-tendent le droit international peuvent jouer dans l’interprétation des lois canadiennes. Ce fait est confirmé par l’alinéa 3(3)f de la LIPR, qui indique que « [l]’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire ».

[57] Toutefois, un autre élément fait contrepoids à ces principes : la doctrine de la suprématie parlementaire. Il convient de donner effet à une disposition qui n’est pas ambiguë, même si elle est contraire aux obligations internationales du Canada ou au droit international (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371, 1990 CanLII 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73, au paragraphe 16; *Hape*, au paragraphe 54 et voir en général l’analyse exhaustive dans l’arrêt *Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 76 à 92).

[58] L’économie, l’application ou l’effet des dispositions sur la détention ne font aucun doute. Les appelants n’ont pas soulevé d’ambiguïté ou d’interprétations divergentes qui justifieraient le choix d’une interprétation plus conforme au droit international. Essentiellement, les appelants soutiennent simplement que, dans certains pays, la détention aux fins de l’immigration est conçue autrement. Si on fait fi de l’article premier de la Charte,

Parliament's clear legislative choice as to the design of the immigration detention scheme, the practices or legislative frameworks of other jurisdictions are irrelevant.

[59] In any event, as the Federal Court concluded, the Canadian immigration detention scheme is consistent with that of the United Kingdom. The U.K. legislation does not mandate fixed periods of maximum detention but, as in section 248 of the Regulations, articulates a number of discretionary considerations relevant to whether a detention order should issue. Turning to the European Union, while the EU Return Directive does set a maximum period of detention of 18 months, member states are not required to comply with this limit where third country nationals are denied entry at a country's border or where, like Mr. Brown, they are being returned following inadmissibility rulings arising from criminal convictions. The Ontario Court of Appeal, in hearing Mr. Brown's *habeas corpus* application, did not find his arguments grounded in international law to be persuasive (*Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, at paragraphs 37–38).

(c) *Conclusion on sections 7 and 9*

[60] The immigration detention regime is constitutionally sound and does not infringe section 7 or 9 of the Charter. No principle of statutory interpretation requires that, to ensure constitutionality, the legislature must state that which the law already requires. To require an express statement that the power of detention can only be exercised where there is a real possibility of removal would be to read-in a redundancy. The statute books of our land would read very differently if, to ensure constitutionality, they had to codify all the applicable common law and constitutional law principles that frame the interpretation and understanding of legislation.

IV. Discretion and constitutionality

[61] The appellants advance an alternate argument. They contend that the question to be answered is not

vu le choix législatif clair du législateur quant à l'économie du régime de détention aux fins de l'immigration, les pratiques ou les cadres légaux d'autres pays ne sont pas pertinents.

[59] Quoiqu'il en soit, comme l'affirme la Cour fédérale, le régime canadien de détention aux fins de l'immigration est semblable à celui du Royaume-Uni. La législation du Royaume-Uni ne prescrit aucun délai maximal de détention, mais, à l'instar de l'article 248 du Règlement, elle précise les considérations dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance de détention. En ce qui concerne l'Union européenne, même si sa directive sur le retour prévoit effectivement une période maximale de détention de 18 mois, les États membres ne sont pas tenus de s'y conformer lorsque des ressortissants de pays tiers se voient refuser l'entrée à la frontière ou lorsque, comme c'est le cas de M. Brown, ils sont renvoyés à la suite d'une interdiction de territoire prononcée pour criminalité. La Cour d'appel de l'Ontario, quand elle a entendu la demande d'*habeas corpus* de M. Brown, a conclu que ses arguments fondés sur le droit international n'étaient pas convaincants (*Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, aux paragraphes 37 et 38).

c) *Conclusion concernant les articles 7 et 9*

[60] Le régime de détention aux fins de l'immigration est constitutionnel et ne contrevient pas aux articles 7 et 9 de la Charte. Aucun principe d'interprétation des lois n'exige que le législateur, pour garantir la constitutionnalité de sa loi, exprime ce que la loi prévoit déjà. Exiger une déclaration expresse voulant que le pouvoir de détention ne puisse être exercé que lorsqu'il existe une réelle possibilité de renvoi équivaldrait à ajouter, par interprétation, une disposition redondante. Les recueils de lois de notre pays seraient très différents si, pour garantir la constitutionnalité des lois, ils devaient énoncer tous les principes de common law et du droit constitutionnel applicables qui en encadrent l'interprétation.

IV. Pouvoir discrétionnaire et constitutionnalité

[61] Les appelants font valoir un autre argument. Ils soutiennent que la question à trancher n'est pas de

whether the legislation can be applied in a constitutionally sound manner, but rather whether the ID is empowered by the legislation to violate the detainees' Charter rights. Put otherwise, because the discretion in section 248 is not expressly subordinated to the obligation to release in the face of an unreasonably lengthy detention or a removal that is not reasonably foreseeable, the scheme is constitutionally defective. The appellants focus on the scope of the word "consider" and the fact that the duration of detention is but one factor to be considered in section 248 of the Regulations. They say that a constitutionally compliant statute is one under which unconstitutional over-holding is impossible.

[62] This argument is inconsistent with established methodology of Charter analysis. As I will explain, the appellants' argument invites this Court to do precisely what the Supreme Court has instructed us not to do since the inception of the Charter.

[63] The first question a court must ask in any Charter challenge is whether the infringement arises from the provisions of the legislation or whether it arises from a discretion granted by the legislation.

[64] A statutory provision cannot be interpreted in a manner that grants discretion to infringe the Charter unless such infringement is mandated by Parliament. The comments of Lamer J. (as he then was) in *Slaight* are apposite (at page 1078):

.... As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the Charter, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as

savoir si la loi peut être appliquée de manière constitutionnelle, mais plutôt de savoir si la SI est habilitée, par la loi, à violer les droits consentis par la Charte aux détenus. Autrement dit, parce que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 248 n'est pas expressément subordonné à l'obligation de libérer les détenus dans l'éventualité d'une détention d'une durée déraisonnable ou d'un renvoi qui n'est pas prévisible dans un délai raisonnable, le régime est inconstitutionnel. Les appelants invoquent la portée des termes « pris en compte » et le fait que la durée de la détention n'est qu'un des critères énumérés à l'article 248 du Règlement. Ils affirment qu'une loi qui est conforme à la Constitution en est une en vertu de laquelle la détention indûment prolongée et inconstitutionnelle d'un détenu est impossible.

[62] Cet argument va à l'encontre de la démarche établie d'analyse fondée sur la Charte. Comme je l'explique ci-après, avec leur argument, les appelants invitent notre Cour à faire précisément ce que la Cour suprême nous a demandé de ne pas faire depuis l'adoption de la Charte.

[63] La première question que doit se poser un tribunal saisi d'une contestation fondée sur la Charte, c'est si l'atteinte découle des dispositions de la loi ou d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

[64] Une disposition légale ne saurait donner lieu à une interprétation qui accorde un pouvoir discrétionnaire permettant de porter atteinte à un droit garanti par la Charte, à moins qu'une telle atteinte ne soit exigée par le législateur. Les commentaires du juge Lamer (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Slaight* sont pertinents (pages 1077 et 1078) :

[...] La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la Charte à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative,

to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. [Emphasis added.]

[65] When a party attacks the validity of a legislative provision, the relevant inquiry is whether *the law* being attacked produces an unconstitutional effect. Where unconstitutional acts are committed under constitutional laws, the Supreme Court has noted that “[t]he acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or ‘effect’ of the law, but of the government agent’s applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Thus, section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1)” (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 (*Ferguson*), at paragraphs 59–60; see also *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pages 719–720, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1, Lamer C.J.C.).

[66] *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120 (*Little Sisters*) is also instructive. In that case, the appellants argued that the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 and *Customs Tariff*, R.S.C. 1985 (3rd Supp.), c. 41 infringed their section 2(b) and section 15 Charter rights. The argument focused in part on the unconstitutionality of the prohibition against obscenity, set out in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 when *applied* by customs officers, with *Little Sisters* arguing that a regulatory structure open to maladministration was unconstitutionally under-protective of their constitutional rights (at paragraph 71).

[67] The Supreme Court held that there is no constitutional rule that requires Parliament to address, affirmatively, the customs treatment of constitutionally protected expressive material by legislation rather than by way of regulation, ministerial directive or even departmental practice. Parliament is entitled to proceed on

susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. [Non souligné dans l’original.]

[65] Lorsqu’une partie conteste la validité d’une disposition, la question à se poser est de savoir si la mesure qui est contestée produit un effet inconstitutionnel. La Cour suprême souligne que, lorsque des actes inconstitutionnels sont commis en vertu de lois conformes à la Constitution, « [l]es actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l’“effet” obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d’une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s’applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1) » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 (*Ferguson*), aux paragraphes 59 et 60; voir également *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pages 719 et 720, 1992 CanLII 74, sous la plume du juge en chef Lamer).

[66] L’arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120 (*Little Sisters*), est également instructif. Dans cette affaire, les appelants alléguaient que la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, et le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, portaient atteinte à leurs droits protégés par l’alinéa 2b) et l’article 15 de la Charte. Leur argument portait en partie sur l’inconstitutionnalité de la prohibition contre l’obscénité, énoncée dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, lorsqu’elle est *appliquée* par les agents des douanes. Selon *Little Sisters*, un régime administratif donnant lieu à une mauvaise administration est inconstitutionnel, car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution (au paragraphe 71).

[67] La Cour suprême conclut qu’aucune règle constitutionnelle n’oblige le législateur à prescrire au moyen d’une loi plutôt que d’un règlement, ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le législateur a le

the basis that its enactments “will be applied constitutionally” by the public service (at paragraph 71).

[68] The Supreme Court found that the source of the problem lay with customs officials who had been acting outside of the constitutionally sound statutory framework by specifically targeting homosexual erotica in violation of subsection 15(1) of the Charter. Binnie J., writing for the majority of the Court, stated “there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation” (at paragraph 125).

[69] As in the case before us, the appellants’ complaint in *Little Sisters* was about what Parliament did not enact, rather than what it did enact. For this reason, Binnie J. distinguished cases like *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385 where the legislative scheme itself was held to be unworkable (*Little Sisters*, at paragraphs 72, 128).

[70] The appellants rely on *Appulonappa* for the proposition that the legislation at issue is defective because it does not preclude the possibility of unconstitutional over-holding.

[71] In *Appulonappa* the Supreme Court found that section 117 of the IRPA, which criminalized the smuggling of aliens into Canada, was unconstitutionally overbroad and contrary to section 7 [of the Charter] insofar as it captured humanitarian efforts, mutual aid amongst asylum-seekers or individuals who assisted close family members. The Court found that subsection 117(4), which required that the Attorney General must consent for a prosecution to proceed under section 117, could not save the provision because it was *not impossible* that the Attorney General could consent to prosecution in a case that was overbroad of the legislative purpose (at paragraphs 74–77).

droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte « s[eront] appliqué[s] [...] d’une manière conforme à la Constitution » par les fonctionnaires (au paragraphe 71).

[68] La Cour suprême estime que le problème était attribuable aux fonctionnaires des douanes qui avaient agi en dehors du cadre législatif conforme à la Constitution en ciblant en particulier le matériel érotique homosexuel, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte. Le juge Binnie, s’exprimant au nom de la majorité, affirme qu’« il n’y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle » (au paragraphe 125).

[69] Comme dans l’affaire qui nous occupe, la plainte des appelants dans l’arrêt *Little Sisters* porte sur les mesures que le législateur n’a pas adoptées plutôt que sur celles qu’il a effectivement adoptées. C’est pourquoi le juge Binnie a établi une distinction avec d’autres arrêts comme l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90, où le régime légal lui-même est jugé impossible à appliquer (*Little Sisters*, aux paragraphes 72 et 128).

[70] Les appelants invoquent l’arrêt *Appulonappa* à l’appui de leur thèse selon laquelle la loi qui est en cause est viciée parce qu’elle n’interdit pas la possibilité d’une détention indûment prolongée et partant inconstitutionnelle.

[71] Dans l’arrêt *Appulonappa*, la Cour suprême conclut que l’article 117 de la LIPR, qui criminalise l’organisation de l’entrée non autorisée d’étrangers au Canada, a une portée excessive et est inconstitutionnel et contraire à l’article 7 [de la Charte] dans la mesure où il criminalise également les actes d’aide humanitaire, l’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou l’aide fournie par une personne à des membres de sa famille. Cette Cour est d’avis que le paragraphe 117(4), qui subordonne à l’autorisation du procureur général l’instruction de toute poursuite sous le régime de l’article 117, ne permet pas de préserver la disposition, parce qu’il n’est pas impossible que le procureur général consente à tenter des poursuites dans un cas excédant la portée de la loi (aux paragraphes 74 à 77).

[72] *Appulonappa* does not stand for the proposition that constitutional compliance depends on the “impossibility” of an unconstitutional exercise of discretion.

[73] In that case, the residual prosecutorial discretion of the Attorney General was advanced as an alternate argument to cure the admittedly overbroad and constitutionally infringing provision of the *Criminal Code*. Put otherwise, it was argued that the overbreadth of section 117 was remedied by the Attorney General’s discretion to choose not to prosecute. The Supreme Court rejected that argument. The standard of “impossibility” was premised on a finding that the charging provisions were, in and of themselves, infringing.

[74] Here, in contrast, the scheme is constitutional. Where there are regular detention reviews that give full and fair consideration to the non-exhaustive considerations in section 248, prolonged detention is constitutional. Rather than being a source of unconstitutionality, the existence of discretion ensures that the Charter rights of detainees receive full consideration in light of their particular circumstances.

[75] In *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157 (*Civil Liberties*) the Ontario Court of Appeal considered a constitutional challenge to sections 31–37 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The Court held that the provisions, which confer discretion on the administrative head of a federal penitentiary to order administrative segregation of inmates based on a number of factors, infringed section 12 of the Charter. The Court, in analyzing the scheme, considered whether the scheme itself was unconstitutional or whether it simply permitted unconstitutional maladministration.

[76] Before the [Ontario] Court of Appeal, the Attorney General argued that the Act, properly interpreted, had safeguards that rendered it capable of constitutional compliance (*Civil Liberties*, at paragraph 102). The applications

[72] L’arrêt *Appulonappa* n’étaye pas la thèse voulant que le respect de la Constitution dépende de « l’impossibilité » de l’exercice inconstitutionnel d’un pouvoir discrétionnaire.

[73] Dans cette affaire, on faisait valoir le pouvoir discrétionnaire résiduel du procureur général en matière de poursuite pour remédier à la portée excessive et à l’inconstitutionnalité de la disposition du *Code criminel*. En d’autres termes, on affirmait que la portée excessive de l’article 117 était corrigée par le pouvoir discrétionnaire du procureur général suivant lequel il pouvait décider de ne pas engager de poursuite. La Cour suprême a rejeté cet argument. La norme de « l’impossibilité » est fondée sur la conclusion selon laquelle les dispositions prévoyant le pouvoir de déposer des accusations sont, en soi, inconstitutionnelles.

[74] Or, en l’espèce le régime est constitutionnel. Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l’article 248, la détention prolongée est constitutionnelle. L’existence d’un pouvoir discrétionnaire, plutôt que d’emporter l’inconstitutionnalité, permet de veiller au respect des droits que la Charte garantit aux détenus compte tenu des circonstances propres à chacun.

[75] Dans l’arrêt *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157 (*Civil Liberties*), la Cour d’appel de l’Ontario était saisie d’une contestation constitutionnelle des articles 31 à 37 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. La Cour conclut que les dispositions, qui confèrent au directeur d’un pénitencier fédéral le pouvoir d’ordonner l’isolement préventif de détenus suivant certains critères, enfreignent l’article 12 de la Charte. Cette Cour, dans son analyse du régime, se demande si le régime lui-même est inconstitutionnel ou s’il permet simplement une mauvaise administration inconstitutionnelle.

[76] Devant la Cour d’appel [de l’Ontario], le procureur général a soutenu que la Loi, si elle est bien interprétée, comporte des mesures de protection qui la rendent conforme à la Constitution (*Civil Liberties*, au paragraphe 102). Le

judge [at paragraph 70] had accepted this argument, and concluded that the legislative scheme, even though it permits prolonged segregation, would not “inevitably result in the treatment of an inmate which is grossly disproportionate to the safety risk the inmate presents” (emphasis added) (*Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Her Majesty the Queen*, 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342, at paragraph 269).

[77] The Ontario Court of Appeal disagreed. It held, in part because the discretion granted under the Act only required the institutional head to “consider” the inmates’ health prior to making segregation decisions, that it was “not impossible” the legislation’s application could result in grossly disproportionate treatment (at paragraphs 105, 110, 113). Based on this and other factors, the Court found the legislation to infringe section 12.

[78] For the reasons I have given, I do not agree that the litmus test for constitutionality is that it must be impossible to exercise discretion in an unconstitutional manner. The word “consider”, if one follows the reasoning of the Ontario Court of Appeal, is not to be read in a manner that is consistent with the Charter. However, this is the opposite of what the Supreme Court, from *Slaight*, through to *Ferguson* and *Little Sisters* and beyond, has instructed. A statutory grant of discretionary power should be read to require that it be exercised in a constitutional way, unless the statutory power itself impliedly or expressly authorizes infringement of the Charter, in which case the statutory grant itself may be subject to Charter challenge (*Slaight*, at page 1078). In this case, the statutory grant of discretionary power uses the word “consider”, an open-ended grant of discretion. Far from precluding the decision maker from having regard to Charter standards when assessing the appropriateness of detention, it requires it.

[79] The guidance arising from *Slaight*, *Ferguson* and *Little Sisters* directly applies to and disposes of the appellants’ argument that the legislation is defective

juge de première instance [au paragraphe 70] accepte cet argument et conclut que le régime légal, même s’il autorise l’isolement prolongé, [TRADUCTION] « n’entraîne pas inévitavelmente pour le détenu un traitement exagérément disproportionné par rapport au risque à la sécurité qu’il représente » (non souligné dans l’original) (*Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Her Majesty the Queen*, 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342, au paragraphe 269).

[77] La Cour d’appel de l’Ontario n’est pas de cet avis. Elle conclut, en partie parce que le pouvoir discrétionnaire conféré au directeur par la Loi l’oblige uniquement à [TRADUCTION] « prendre en compte » l’état de santé du détenu avant de prendre la décision de le placer en isolement, qu’il n’est [TRADUCTION] « pas impossible » que l’application de la loi entraîne un traitement exagérément disproportionné (aux paragraphes 105, 110 et 113). Pour cette raison et sur la foi d’autres critères, cette Cour conclut que la Loi contrevient à l’article 12.

[78] Pour les motifs énoncés plus haut, je ne suis pas d’accord pour dire que le critère déterminant de la constitutionnalité d’une disposition soit l’impossibilité d’exercer un pouvoir discrétionnaire de manière inconstitutionnelle. La locution [TRADUCTION] « prendre en compte », si l’on suit le raisonnement de la Cour d’appel de l’Ontario, ne se prête pas à une interprétation conforme à la Charte. Toutefois, c’est le contraire de ce qu’enseigne la Cour suprême dans les arrêts *Slaight*, *Ferguson*, *Little Sisters* et d’autres arrêts ultérieurs. La disposition qui confère un pouvoir discrétionnaire doit être interprétée de telle sorte que l’exercice de ce pouvoir soit conforme à la Constitution, à moins qu’elle autorise, de manière implicite ou explicite, une violation de la Charte, auquel cas elle pourrait être susceptible d’une contestation fondée sur la Charte (*Slaight*, à la page 1078). En l’espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité. La disposition n’empêche pas le décideur de tenir compte des normes fondées sur la Charte lorsqu’il évalue le bien-fondé de la détention, elle l’exige.

[79] L’enseignement tiré des arrêts *Slaight*, *Ferguson* et *Little Sisters* permet de trancher l’argument des appelants selon lequel la disposition est viciée parce qu’elle

because it does not expressly prohibit detention when removal is not reasonably foreseeable. There is no proposition of law that legislation, to pass constitutional muster, must exclude all possibility of unconstitutional exercises of discretion. If that were the case, the Supreme Court would have been mistaken in *Charkaoui* when it determined that the remedy for an immigration detention beyond a permissible length lay in subsection 24(1) [of the Charter] (at paragraph 123).

[80] The Charter does not require that the possibility of maladministration pursuant to a statutory grant of discretion be eradicated from statutes. Rather, the Charter requires that discretion be guided by objective criteria that are capable of identification, articulation and judicial supervision. This is readily demonstrated by three analogous situations: subsection 24(2) of the Charter, pre-trial detention or bail provisions, and the provisions of the *Criminal Code* dealing with release pending appeal of a conviction. A comparative review of the broad discretion granted under these provisions demonstrates that the discretion to detain under section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations is constitutionally compliant.

[81] In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161 (*Mills*), McIntyre J. commented on subsection 24(2) of the Charter and the authority of a court to grant any remedy which it considers “appropriate and just in the circumstances”, and concluded that it was “difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion” (at page 965). Nonetheless, subsection 24(2) was “an acceptable statutory standard to overcome vagueness” (*R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.) (*Farinacci*), at page 115).

[82] The circumstance of bail pending appeal also illustrates the point that broad statutory language will not offend constitutional standards where it is capable of judicial definition. In *Farinacci*, the Ontario Court

n’interdit pas expressément la détention lorsque le renvoi n’est pas prévisible dans un délai raisonnable. Aucune règle de droit ne veut qu’une disposition, pour être constitutionnelle, doive exclure toute possibilité d’exercice inconstitutionnel du pouvoir discrétionnaire. Si tel était le cas, la Cour suprême aurait commis une erreur dans l’arrêt *Charkaoui* en jugeant que la réparation en cas de détention aux fins de l’immigration dépassant une durée autorisée est celle prévue au paragraphe 24(1) [de la Charte] (au paragraphe 123).

[80] La Charte n’exige pas que toute possibilité de mauvais exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte de loi soit écartée. Elle exige plutôt que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire soit fondé sur des critères objectifs susceptibles d’être énoncés, expliqués et contrôlés par les tribunaux. C’est ce que démontrent les trois situations semblables suivantes : celle prévue au paragraphe 24(2) de la Charte, celle qui découle des dispositions sur la détention préalable au procès ou la mise en liberté sous caution et celle qu’emportent les dispositions du *Code criminel* portant sur la mise en liberté préalable à l’instruction de l’appel d’une déclaration de culpabilité. La comparaison du vaste pouvoir conféré par ces dispositions avec le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l’article 58 de la LIPR et à l’article 248 du Règlement montre que le second est conforme à la Constitution.

[81] Dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, 1986 CanLII 17 (*Mills*), le juge McIntyre fait un commentaire concernant le paragraphe 24(2) de la Charte et le pouvoir d’un tribunal d’accorder toute réparation qu’il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » et conclut qu’il est « difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (à la page 965). Néanmoins, le paragraphe 24(2) constitue [TRADUCTION] « une norme légale acceptable pour surmonter l’imprécision » (*R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.) (*Farinacci*), à la page 115).

[82] L’exemple de la mise en liberté avant l’appel illustre également la notion voulant qu’une disposition rédigée en termes généraux ne viole pas les normes constitutionnelles si elle est susceptible de définition

of Appeal considered the constitutionality of subsection 679(3) of the *Criminal Code*, which leaves to appellate courts to determine whether detention pending appeal is “necessary in the public interest.” Citing *Mills*, Arbour J.A. concluded that the discretion to balance the public interest and public safety was not vague or unfettered (at paragraphs 114–115).

[83] The discretion conferred by the *Criminal Code* provisions in respect of initial show-cause hearings and bail review hearings also serves as a useful comparator against which the discretion granted under section 248 of the Regulations can be tested. These provisions confer a broader and vaguer discretion on the judge or justice of the peace at the initial show cause hearing than the detention provisions of the IRPA. They too have survived constitutional challenge.

[84] As under the IRPA, under subsection 515(1) of the *Criminal Code* release is the default outcome at the initial bail hearing (*R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at paragraph 1). Mirroring the language and structure of section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations, subsection 515(1) states that the accused shall be released unless the prosecutor can show cause why the accused should be detained or released under conditions. Some of the grounds under which a justice may deny bail mirror the grounds for detention under the IRPA scheme. In order for a justice of the peace or a judge to order pre-trial detention, the Crown must establish that there is a flight risk or that detention is necessary for the protection or safety of the public (*Criminal Code*, paragraphs 515(10)(a) and (b)).

[85] Other grounds bear no resemblance. In contrast to the immigration detention regime, paragraph 515(10)(c) of the *Criminal Code* grants a right to detain if the judge is of the view that “detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances” surrounding the offence. The exercise of that discretion is informed by a number of statutory criteria, but no instruction is given as to how

par les tribunaux. Dans l’arrêt *Farinacci*, la Cour d’appel de l’Ontario examine la constitutionnalité du paragraphe 679(3) du *Code criminel*, qui laisse aux cours d’appel le soin de décider si la détention avant l’issue d’un appel est [TRADUCTION] « nécessaire dans l’intérêt public ». Renvoyant à l’arrêt *Mills*, la juge Arbour conclut que le pouvoir habilitant le juge à tenir compte de l’intérêt public et de la sécurité publique n’est pas imprécis ni absolu (aux paragraphes 114 et 115).

[83] Le pouvoir discrétionnaire conféré par les dispositions du *Code criminel* sur les audiences initiales de justification et les audiences de mise en liberté sous caution peut servir de point de comparaison avec le pouvoir prévu à l’article 248 du Règlement. Ces dispositions confèrent au juge ou au juge de paix président l’audience de justification initiale un pouvoir discrétionnaire plus vaste et plus imprécis que les dispositions relatives à la détention de la LIPR. Elles ont aussi survécu à une contestation constitutionnelle.

[84] À l’instar de la LIPR, le paragraphe 515(1) du *Code criminel* prévoit par défaut la mise en liberté à l’issue de l’audience initiale sur le cautionnement (*R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, au paragraphe 1). Cette disposition, dont le libellé et la structure sont semblables à l’article 58 de la LIPR et à l’article 248 du Règlement, énonce que le prévenu doit être remis en liberté, à moins que le poursuivant démontre la nécessité de la détention ou de l’imposition de conditions. Certains des motifs de refus de la mise en liberté sous caution sont les mêmes que ceux qui étayaient la détention sous le régime de la LIPR. Pour qu’un juge ou un juge de paix ordonne la détention avant le procès, la Couronne doit établir qu’il existe un risque de fuite ou que la détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public (*Code criminel*, alinéa 515(10)a) et b)).

[85] D’autres motifs ne comportent pas de ressemblance. Contrairement au régime de détention aux fins de l’immigration, l’alinéa 515(10)c) du *Code criminel* habilite le juge à ordonner la détention s’il est d’avis qu’elle « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances » entourant l’infraction. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire est encadré

these criteria are to be weighed or how they relate to the grounds of detention (see, e.g., *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328 (*St-Cloud*)). These are the same criticisms that the appellants make of the immigration detention regime.

[86] In respect of certain offences, there is a reverse onus at the initial show cause hearing on the accused to demonstrate that they should be released. The reversal of onus is constitutional (*R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 144 N.R. 176). In contrast, there are no reverse onus provisions under the IRPA and the onus is always on the Minister to justify detention at each and every detention review.

[87] Bail reviews under sections 520 and 521 of the *Criminal Code* are distinguishable from the current case. They are not *de novo* hearings and a detention or release order is only set aside where admissible new evidence shows a material or relevant change in circumstances, where there has been an error of law or where the decision is clearly inappropriate (*St-Cloud*, at paragraphs 6, 94, 110, 120–121, 139). In the last of these situations, “a reviewing judge cannot simply substitute his or her assessment of the evidence for that of the justice who rendered the impugned decision” (*St-Cloud*, at paragraph 6). In sharp contrast to bail review, and as will be discussed, each and every immigration detention review is a fresh, *de novo* determination of whether detention is warranted.

[88] Whether to order the pre-trial release of an accused involves a delicate balancing of all of the relevant circumstances (*St-Cloud*, at paragraph 6). The same is true for whether to order detention pending deportation. As McLachlin C.J.C. noted in *Charkaoui*, the section 248 criteria—rather than being a source of some deficiency—are the guarantors of constitutional compliance (at paragraphs 110–117). The section 248 factors are “prescribed” factors which “must” be taken into

par des critères prescrits par la loi, mais aucune directive n’est donnée quant à la façon d’apprécier ces critères, ou quant à leur lien avec les motifs de détention (voir, par exemple, *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328 (*St-Cloud*)). Les appelants soulèvent les mêmes critiques à propos du régime de détention aux fins de l’immigration.

[86] Pour certaines infractions, il y a inversion du fardeau de la preuve à l’enquête pour cautionnement, et il incombe alors au prévenu de prouver qu’il doit être mis en liberté. L’inversion du fardeau de la preuve est conforme à la Constitution (*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53). Par contre, aucune disposition de la LIPR n’emporte une inversion du fardeau de la preuve, et il incombe au ministre, à chaque contrôle des motifs de détention, de justifier la détention.

[87] Il convient d’établir une distinction entre la présente affaire et la procédure de mise en liberté sous caution prévue aux articles 520 et 521 du *Code criminel*. Dans la deuxième situation, le tribunal ne tient pas une audience *de novo*, et une ordonnance de détention ou de mise en liberté ne peut être annulée que si un nouvel élément de preuve admissible montre un changement important ou pertinent dans les circonstances, en cas d’erreur de droit ou si la décision est manifestement inappropriée (*St-Cloud*, aux paragraphes 6, 94, 110, 120, 121 et 139). Dans ce dernier cas, « il n’est pas question pour le juge réviseur de simplement substituer son appréciation des faits à celle du juge ayant rendu la décision contestée » (*St-Cloud*, au paragraphe 6). Contrairement à la procédure de mise en liberté sous caution, chaque contrôle des motifs de détention aux fins de l’immigration constitue un nouvel examen visant à déterminer si la détention est justifiée. Nous y revenons ci-après.

[88] La décision de remettre en liberté ou non un accusé avant son procès constitue un exercice délicat de pondération de l’ensemble des circonstances pertinentes (*St-Cloud*, au paragraphe 6). Il en va de même de la décision d’ordonner ou non la détention avant le renvoi. Comme le fait remarquer la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Charkaoui*, les critères prévus à l’article 248, loin d’être une source d’imprécision, garantissent le respect de la Constitution (aux paragraphes 110 à 117).

account and ensure that extended periods of detention do not violate the Charter (paragraphs 109–123). The discretion the factors confer is precisely what ensures sensitivity to the context and circumstances of the individual case—a requirement under *Charkaoui* for constitutional prolonged detention (at paragraph 107).

V. A detention review hearing that complies with the Charter and administrative law

[89] What are the defining characteristics of a detention review that complies with the Charter and administrative law? This engages substantive legal questions concerning the need for a nexus to an immigration purpose, compliance with sections 7, 9 and 12 of the Charter, the burden of proof, the relevance of previous detention decisions, and the content of procedural fairness.

(a) *The nexus to an immigration purpose*

[90] The factors in section 248 of the Regulations, as law, must be followed. But on top of that, in order for continued detention to be legal under IRPA, there must be a nexus between detention and an immigration purpose. If that is missing, detention under IRPA is no longer possible.

[91] Once again, the Supreme Court has already gone some way towards giving us guidance on this. Detention in this context is available only where it is reasonably necessary for immigration purposes: *Charkaoui*, at paragraph 124, citing *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [cited above] and *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). Absent a “possibility of deportation”, detention in this context is no longer possible: *Charkaoui*, at paragraph 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169.

Les critères prévus à l’article 248 sont des « “critères réglementaires” » qui « doi[vent] » être pris en compte, et qui permettent de veiller à ce que les périodes prolongées de détention ne contreviennent pas à la Charte (aux paragraphes 109 à 123). Le pouvoir discrétionnaire que confèrent ces critères est précisément ce qui garantit que le contexte et les circonstances propres à chaque cas sont pris en compte; une exigence énoncée dans l’arrêt *Charkaoui* pour qu’une détention prolongée puisse être conforme à la Constitution (au paragraphe 107).

V. Audience de contrôle des motifs de détention conforme à la Charte et au droit administratif

[89] Quelles sont les caractéristiques d’un contrôle des motifs de détention qui est conforme à la Charte et au droit administratif? La question fait jouer des questions juridiques fondamentales concernant la nécessité d’un lien avec un objectif d’immigration, le respect des articles 7, 9 et 12 de la Charte, le fardeau de la preuve, la pertinence des décisions antérieures de détention et la teneur de l’équité procédurale.

a) *Lien avec un objectif d’immigration*

[90] Les critères prévus à l’article 248 du Règlement, qui ont force de loi, doivent être respectés. En outre, pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR, il doit exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration, à défaut de quoi, la détention sous le régime de la LIPR n’est plus possible.

[91] Une fois de plus, la Cour suprême nous fournit une orientation concernant cette question. La détention dans ce contexte est possible seulement si elle est raisonnablement nécessaire à des fins d’immigration (*Charkaoui*, au paragraphe 124, citant *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [précité] et *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)). Si « [l]’expulsion [est] impossible », la détention dans ce contexte n’est plus possible (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169).

[92] In assessing the presence of an immigration nexus, *Charkaoui* tells us that detention may be lengthy and it may be indeterminate. *Charkaoui* instructs that length itself is not the only relevant metric, nor is the fact that the date of removal is unknown; indeed, if the date of removal were known, it is doubtful that the parties would be before the court. When examining the constitutionality of indeterminate detention the question is whether removal, and not the precise date on which removal will occur, remains a possibility: *Charkaoui*, at paragraphs 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department* [cited above].

[93] The appellants contend that the test for a nexus to an immigration purpose is whether removal is reasonably foreseeable. I do not agree that this is the test. There are problems in this, not the least of which is that it is not the test established by the Supreme Court of Canada, which is that removal be a possibility (*Charkaoui*, at 125–127). As noted, if *Charkaoui* is read properly, detention is warranted where it is “reasonably necessary” and removal “a possibility.” The Court makes no mention of a test of foreseeability.

[94] Reasonable foreseeability, on its own, offers no clear guidance to the factors, considerations or evidentiary thresholds relevant to its application. It raises the questions “foreseeable by whom?” and “reasonable according to whom?” and, perhaps for these reasons, as the *habeas* cases which have adopted the test demonstrate, it leads to inconsistent results. The rule of law mandates, and the jurisprudence on bail demonstrates, that in matters where liberty interests are engaged, discretion should, to the extent possible, be exercised on clear and discernable criteria, as consistently as possible. “Reasonable foreseeability” does not do this. It also invites the unhelpful exercise of assessing what is “reasonable” in the context of countries with legal, political and structures of public administration vastly different than ours and with which judges have no experience.

[92] À l’égard de la présence d’un lien avec l’immigration, l’arrêt *Charkaoui* nous enseigne que la détention peut être prolongée et peut être d’une durée indéterminée. Selon cette jurisprudence, la durée en soi n’est pas la seule donnée pertinente, pas plus que l’absence de date de renvoi; en fait, si la date du renvoi était connue, il est peu probable que les parties esteraient en justice. Pour déterminer la constitutionnalité d’une détention pour une durée indéterminée, il faut se demander si le renvoi, et non la date précise prévue pour le renvoi, demeure une possibilité (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. c. Secretary of State for the Home Department* [précité]).

[93] Les appelants affirment que, pour vérifier s’il existe un lien avec un objectif d’immigration, il faut demander si le renvoi est raisonnablement prévisible. Je ne suis pas de cet avis, notamment parce que ce n’est pas le critère établi par la Cour suprême du Canada. Selon cette dernière, le critère veut que le renvoi soit possible (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127). Comme je le souligne plus haut, si on interprète correctement l’arrêt *Charkaoui*, la détention est justifiée si elle est « raisonnablement nécessaire » et si le renvoi demeure « possible ». La Cour ne fait aucunement mention d’un critère de prévisibilité.

[94] Le critère de la prévisibilité raisonnable n’offre en soi aucune orientation claire quant aux facteurs, considérations et normes de preuve utiles à son application. Il soulève les questions « prévisible par qui? » et « raisonnable selon qui? » et, pour ces raisons peut-être, mène à des résultats contradictoires, comme le montre la jurisprudence portant sur les demandes d’*habeas corpus* ayant adopté ce critère. Le principe de la primauté du droit exige — et la jurisprudence portant sur la mise en liberté sous caution démontre — que, dans les affaires faisant intervenir le droit à la liberté, tout pouvoir discrétionnaire doive, dans la mesure du possible, être exercé selon des critères clairs et observables, le plus uniformément possible. Le critère de la « prévisibilité raisonnable » ne permet pas un tel résultat. Il emporte également l’évaluation oiseuse de ce qui est « raisonnable » dans d’autres pays dotés de lois, de politiques et de structures administratives qui diffèrent grandement des nôtres et étrangères à nos juges.

[95] The focus of the “possibility” test is, to the contrary, on the existence of objective, credible facts. The decision maker must be satisfied, on the evidence, that removal is a possibility. The possibility must be realistic, not fanciful, and not based on speculation, assumption or conjecture. It must be grounded in the evidence, not supposition, and the evidence must be detailed and case-specific enough to be credible. In my view, as far as a nexus to an immigration purpose is concerned, despite the different wording, there is a general congruence between the detention review and *habeas* tests.

[96] The foregoing concerns only the starting requirement that there be a nexus to an immigration purpose, in other words whether continued detention *can* be ordered. But just because it can be ordered does not mean it *should*. It is at a second stage, namely whether detention should be ordered, that proximity or remoteness of a removal date is engaged. The length of the detention to date and the conditions of the detention are also relevant to that question, i.e., the judge’s discretion, informed by the Charter, as to whether continued detention should be ordered. There may be circumstances where a detention, by virtue of its duration or the conditions of detention affects the liberty interest of the detainee so significantly that the Charter rights of the detainee are offended and release is warranted. We leave definitive consideration of this for a future day on the specific facts of a live case.

[97] I offer a few further comments to guide that consideration.

[98] While duration of the detention matters, duration alone is instructive of nothing, and, as several *habeas corpus* cases that follow *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*) demonstrate, a narrow focus on duration leads to a range of subjective and inconsistent decisions (see, e.g., *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. No. 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm.

[95] Quant au critère de la « possibilité », il met plutôt l’accent sur l’existence de faits objectifs crédibles. Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible. Cette possibilité doit être réaliste, et non fantaisiste, et ne saurait être fondée sur des hypothèses ou des conjectures. Elle doit être étayée par la preuve, et non par des suppositions, et la preuve doit être détaillée et suffisamment spécifique pour être crédible. À mon avis, en ce qui concerne le lien avec un objectif d’immigration, il existe une connexité générale entre les critères applicables au contrôle des motifs de la détention et ceux servant à trancher une demande d’*habeas corpus*, même si les termes employés diffèrent.

[96] Ce qui précède ne concerne que l’exigence initiale voulant qu’il existe un lien avec un objectif d’immigration. Autrement dit, la question est de savoir si la détention prolongée peut être ordonnée. Or, si c’est le cas, cela ne signifie pas qu’elle devrait l’être. Ce n’est qu’à la seconde étape, lorsqu’il faut se demander si la détention devrait être ordonnée, que la date du renvoi entre en jeu. La durée de la détention à ce jour et les conditions de la détention sont également pertinentes lorsqu’il s’agit pour le juge de décider, à la lumière de la Charte, si la détention doit être prolongée. Il peut exister des circonstances où une détention, en raison de sa durée ou de ses conditions, compromet tellement le droit à la liberté du détenu qu’elle contrevient aux droits qui lui sont garantis par la Charte et que la mise en liberté est justifiée. Nous remettons à une autre occasion l’analyse de cette question, lorsque les faits s’y prêteront.

[97] J’offre quelques remarques supplémentaires pour encadrer cette analyse.

[98] Si la durée de la détention est importante, cet élément seul ne nous apprend rien. Comme le démontrent plusieurs affaires portant sur des demandes d’*habeas corpus* et postérieures à l’arrêt *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*), accorder un poids indu à cet élément mène à des décisions subjectives et contradictoires (voir, par exemple, *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL);

L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78).

[99] Detention cannot be ordered on the basis of non-cooperation alone—to do so would be contrary to sections 7 and 9. But where the impasse in effecting removal is disputed identity and the detainee has refused to cooperate in confirming their identity, delays in removal cannot count against the Minister. Release in these circumstances would encourage detainees to be less than forthcoming. Where a detainee is uncooperative, detention cannot be classified as indefinite because it is within the detainee’s control to change their destiny. That said, there will be cases where the receiving country alone disputes identity. Care must be taken not to attribute this to the detainee, who should not bear the burden of the country’s recalcitrance to confirm identity.

[100] The presence of good faith is necessary. In assessing the Ministers’ efforts to effect removal, attention should be paid to all steps taken or that could reasonably be taken to procure the necessary travel documents, and whether the CBSA has actively used the time between periods of detention and release to advance the detainee’s removal.

[101] As the facts of this case amply demonstrate, Canada’s efforts at removal may be frustrated by the receiving country. Even if a detainee consents to removal, removal depends on the receiving country issuing the necessary travel documents.

[102] The conduct of the receiving country may explain the delay. Canada has the tools necessary to obtain cooperation, whether through escalating levels of diplomatic and political pressure, negotiated bilateral return agreements or placing visa or other entry requirements on nationals from the delinquent country. The question in these circumstances, where there is an impasse, is whether there is a proposed démarche or next step that is likely to advance the process. In other words, does the

Scotland v. Canada (Attorney General), 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78).

[99] La détention ne saurait être ordonnée en raison uniquement de l’absence de collaboration. Une telle issue serait contraire aux articles 7 et 9. Or, lorsqu’un doute quant à l’identité fait obstacle au renvoi et que le détenu refuse d’aider à confirmer son identité, les longueurs dans la procédure de renvoi ne peuvent être imputées au ministre. La mise en liberté dans de telles circonstances encouragerait les personnes détenues à ne pas faire preuve de franchise. La détention d’un détenu qui ne collabore pas ne saurait être qualifiée de détention à durée indéterminée, parce que le détenu a le pouvoir de modifier son destin. Cela dit, il y aura des cas où c’est le pays d’accueil qui conteste l’identité de la personne. Il faut prendre soin de ne pas attribuer le problème au détenu, qui ne doit pas écoper en raison des réticences de ce pays à confirmer son identité.

[100] Il faut faire preuve de bonne foi. Lorsque l’on évalue les efforts consentis par les ministres pour exécuter les mesures de renvoi, il convient de tenir compte de toutes les mesures prises, ou qui pourraient raisonnablement l’être, pour obtenir les titres de voyage nécessaires, et de se demander si l’ASFC a utilisé judicieusement le temps entre les périodes de détention et la mise en liberté pour concrétiser le renvoi du détenu.

[101] Comme le montrent amplement les faits de l’espèce, les efforts du Canada à l’égard du renvoi peuvent être contrariés par le pays d’accueil. Même si un détenu consent à son renvoi, ce renvoi dépend de la volonté du pays d’accueil de fournir les titres de voyage nécessaires.

[102] La conduite du pays d’accueil peut expliquer le retard. Le Canada dispose des outils nécessaires pour obtenir la collaboration, que ce soit en augmentant les pressions diplomatiques et politiques, en négociant des ententes de renvoi bilatérales, ou en exigeant un visa ou d’autres formalités d’entrée des ressortissants du pays en défaut. La question, lorsqu’il y a un impasse, est de savoir s’il existe une démarche ou une étape susceptible d’accélérer la filière. Autrement dit, le ministre a-t-il un plan

Minister have a plan to circumvent the impasse and is there a real possibility that it will lead to removal?

(b) *Section 12*

[103] The variable conditions of detention (in a maximum security facility instead of an IHC) are not pertinent to whether detention is necessary to achieve removal. The conditions of detention are relevant to the legality of detention and the consideration of proportionality, whether under section 12 of the Charter or under judicial review.

[104] The appellants maintain that because the ID lacks jurisdiction to control the conditions of detention when the detainees are in provincial institutions, the ID cannot ensure proportionality between detention and the reasons for detention. Detention is therefore arbitrary and results in cruel and unusual punishment. In the same vein, the appellants contend that the absence of an explicit power of the ID to consider “harsh or illegal” conditions of detention undermines the regime’s constitutionality.

[105] This argument fails, both on the law and the evidence.

[106] There is a duty on ID members to exercise their discretion in a manner consistent with the Charter (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572 (*Thanabalasingham*), at paragraph 14; *Sahin*, at pages 228–229). As Abella J. observed in *Chhina*, “[t]he Charter both guides the exercise of discretionary administrative decision making under [the] IRPA and informs our interpretation of the scheme itself” (at paragraph 128).

[107] An express power for the ID to consider the nature or conditions of detention is not required (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paragraph 78). The

pour contourner l’impasse et existe-t-il une réelle possibilité que ce plan mène au renvoi?

b) *Article 12*

[103] Les conditions de détention, qui sont susceptibles de varier (selon qu’elle est effectuée dans un établissement à sécurité maximale ou un centre de détention pour immigrants) ne jouent pas lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention est nécessaire pour l’exécution de la mesure de renvoi. Les conditions de détention sont pertinentes lorsque la légalité de la détention et la proportionnalité sont en cause, dans une contestation fondée sur l’article 12 de la Charte ou dans le cadre d’un contrôle judiciaire.

[104] Les appelants affirment que, parce que la SI n’a pas compétence pour contrôler les conditions de détention lorsque les détenus sont placés dans des établissements provinciaux, elle ne peut assurer la proportionnalité de la détention et des motifs de détention. La détention est par conséquent arbitraire et constitue une peine cruelle et inusitée. Dans la même veine, les appelants soutiennent que la SI n’est investie d’aucun pouvoir exprès lui permettant de contrôler les conditions de détention [TRADUCTION] « difficiles ou illégales », ce qui mine la constitutionnalité du régime.

[105] Cet argument ne peut être retenu, compte tenu à la fois du droit et de la preuve.

[106] Les commissaires de la SI ont l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré conformément à la Charte (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572 (*Thanabalasingham*), au paragraphe 14; *Sahin*, aux pages 228 et 229). Comme le souligne la juge Abella dans l’arrêt *Chhina*, « [l]a Charte à la fois encadre la façon dont sont rendues les décisions administratives discrétionnaires sous le régime de la LIPR et propose des balises sur l’interprétation du régime lui-même » (au paragraphe 128).

[107] Il n’est pas nécessaire que la SI soit investie du pouvoir exprès d’examiner la nature ou les conditions de la détention (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S.

ability, indeed obligation, to consider sections 7, 9 and 12 is inherent in the exercise of the discretion concerning whether or not detention is warranted. As a tribunal of competent jurisdiction capable of providing Charter remedies, the ID can order release of a detainee on the grounds that the conditions of detention, on their own or in conjunction with other factors, are disproportionate (*Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240, at paragraph 29; *Chaudhary*, at paragraph 77).

[108] As the Supreme Court has explained, a section 12 issue of “cruel and unusual” treatment is intertwined with section 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty (*Charkaoui*, at paragraph 96). But, as the Court in *Charkaoui* noted, it is not the detention itself, or its length, that is objectionable; detention is only cruel and unusual in the legal sense if it violates “accepted norms of treatment” (at paragraph 96). As such, denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrary and support the argument that it is cruel or unusual, but a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual (*Charkaoui*, at paragraph 96).

[109] Contrary to the appellants’ argument, *Charkaoui* does not stand for the proposition that the body reviewing detention must have control over the location and conditions of detention. To be clear, the Supreme Court said that, for an immigration detention scheme to be compliant with sections 7 and 12 of the Charter, it must provide a mechanism for review of detention that permits the reviewing body to set conditions that would neutralize the risk upon release, and that conditions of release must be subject to ongoing, regular review (*Charkaoui*, at paragraphs 107, 117, 121). The Supreme Court’s focus in *Charkaoui* is on jurisdiction to impose conditions of release and on the detainee’s opportunity

765, au paragraphe 78). La faculté, en fait l’obligation, de tenir compte des articles 7, 9 et 12 est inhérente à l’exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non. À titre de tribunal administratif compétent habilité à accorder des réparations fondées sur la Charte, la SI peut ordonner la mise en liberté d’un détenu au motif que les conditions de détention, à elles seules ou combinées à d’autres facteurs, sont disproportionnées (*Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240, au paragraphe 29; *Chaudhary*, au paragraphe 77).

[108] Comme l’explique la Cour suprême, la question de la peine « cruelle et inusitée » pour l’application de l’article 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l’article 7, puisque la durée indéterminée de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté (*Charkaoui*, au paragraphe 96). Or, comme le souligne la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues » (au paragraphe 96). Ainsi, priver l’intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette dernière arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. Cependant, l’existence d’un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n’est ni cruelle ni inusitée (*Charkaoui*, au paragraphe 96).

[109] Contrairement à ce qu’affirment les appelants, l’arrêt *Charkaoui* ne valide pas l’hypothèse voulant que l’organisme procédant au contrôle des motifs de détention doive aussi avoir droit de regard sur le lieu et les conditions de la détention. Ce que dit la Cour suprême, c’est que, pour être conforme aux articles 7 et 12 de la Charte, un régime de détention aux fins de l’immigration doit prévoir un processus de contrôle des motifs de détention qui permette à l’organisme procédant au contrôle de fixer des conditions pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté, et les conditions de mise en liberté doivent être révisées régulièrement (*Charkaoui*, aux paragraphes 107, 117 et 121). Dans l’arrêt *Charkaoui*, la

to challenge those conditions, not on the place and conditions of detention.

[110] In *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599 (*Boudreault*), the Supreme Court reiterated that demonstrating a breach of section 12 is a high bar: the treatment or punishment must be more than merely disproportionate or excessive—it must be so excessive as to “outrage standards of decency” and be ““abhorrent or intolerable”” to society (at paragraph 45; see also *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paragraph 24). It is only in very rare and unique occasions that a treatment or punishment will infringe section 12, as the test is ““very properly stringent and demanding”” (*Boudreault*, at paragraph 45; see also *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at paragraph 26; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at page 1417, (1990), 121 N.R. 198).

[111] Against this jurisprudential backdrop, including *Charkaoui*, many of the appellants’ arguments regarding the conditions of detention were dismissed by the Federal Court. No reviewable error in that finding has been demonstrated. The evidence of conditions of detention falls far short of the threshold of cruel and unusual punishment set by the Supreme Court, and does not support the broad declaration sought by the appellants.

[112] The appellants rely on the Ontario Court of Appeal decision *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191 (*P.S.*). In *P.S.*, the Court found that non-punitive detention under the *Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M-7 did not comply with section 7 of the Charter because the Consent and Capacity Board’s powers were inadequate. The review board lacked the jurisdiction to supervise the security level and treatment of long-term detainees and to craft orders that would ensure an appropriate balance between public protection and the protection of detainees’ liberty interests (*P.S.*, at paragraph 115). The objective of reintegrating patients into the community

Cour suprême met l’accent sur la compétence pour imposer des conditions de mise en liberté et sur la possibilité pour le détenu de contester ces conditions, et non sur le lieu ou les conditions de la détention.

[110] Dans l’arrêt *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599 (*Boudreault*), la Cour suprême répète que la barre est haute lorsqu’il s’agit de démontrer l’existence d’une violation de l’article 12 de la Charte : le traitement ou la peine contestée ne peut être simplement disproportionné ou excessive — elle doit l’être au point de « ne pas être compatible avec la dignité humaine » en plus d’être « “odieuse ou intolérable” » pour la société (au paragraphe 45; voir également *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, au paragraphe 24). Il ne sera décidé que très rarement, et dans des circonstances particulières, qu’une peine contrevient à l’article 12, puisque le critère permettant d’en juger « “est à bon droit strict et exigeant” » (*Boudreault*, au paragraphe 45; voir également *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, au paragraphe 26; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, à la page 1417, 1990 CanLII 50).

[111] C’est en tenant compte de ce contexte jurisprudentiel, y compris l’arrêt *Charkaoui*, que la Cour fédérale a rejeté bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention. Aucune erreur susceptible de révision dans cette conclusion n’a été démontrée. Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention sont loin de satisfaire au critère fixé par la Cour suprême pour qu’une peine soit jugée cruelle et inusitée et n’appuient pas la déclaration générale que sollicitent les appelants.

[112] Les appelants invoquent l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191 (*P.S.*). Cette Cour conclut que l’incarcération non punitive prévue à la *Loi sur la santé mentale* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. M.7, contrevient à l’article 7 de la Charte, parce que les pouvoirs consentis à la Commission du consentement et de la capacité ne sont pas adéquats. Elle n’a pas compétence pour contrôler le niveau de sécurité et le traitement des personnes détenues à long terme et concevoir des ordonnances qui permettraient de concilier la protection du public et la protection du droit à la liberté des détenus (*P.S.*, au paragraphe 115).

was frustrated by the fact that the Board could not direct that certain types of treatment or therapies be made available to the detainees. The purpose of detention was to facilitate re-integration and, without those tools, detention was not linked to the legislative objective.

[113] Under the IRPA, inadmissible foreign nationals are detained in order to ensure that they do not flee or harm the public before they are deported from the country. The purpose of detention is to facilitate public safety and removal. Unlike the Consent and Capacity Board, the ID has all the tools necessary to effect these objectives and, importantly, the jurisdiction to impose conditions on release, which reflects an appropriate balance between the objectives of the Act and the detainees' liberty interest. The problem in *P.S.* was that the legislative tools granted to the Board were insufficient in relation to its objectives. Here, in contrast, it is argued that the powers of the ID are overbroad in relation to the objective. The case is of no assistance.

[114] More relevant is the Ontario Court of Appeal decision in *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261 (*Toure*).

[115] In *Toure*, the Ontario Court of Appeal took no issue with the CBSA criteria that govern the location of detention, and held that the location of detention was a proper issue for immigration detainees to raise with the CBSA (at paragraph 72). If the location of detention is not consistent with how a detainee fits within the CBSA's own criteria, the decision is the proper subject of judicial review in the Federal Court (at paragraph. 72). I agree with these observations.

[116] The CBSA's decision to stream a detainee into a provincial institution as opposed to an IHC is a reviewable decision or order under section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Similarly, a detention order that does not take into account the proportionality of the risk and the conditions of detention, can be tested in the Federal Court, on both Charter and administrative

L'impossibilité pour la Commission d'ordonner que soient offerts aux patients certains types de traitement ou de thérapie nuisait à l'objectif de réintégration dans la collectivité. L'objectif de la détention était de faciliter la réintégration et, sans ces outils, la détention n'avait plus de lien avec l'objectif de la loi.

[113] Aux termes de la LIPR, les étrangers interdits de territoire sont placés en détention afin d'empêcher qu'ils s'enfuient ou nuisent au public avant leur renvoi. L'objectif de la détention est d'assurer la sécurité publique et de faciliter le renvoi. Contrairement à la Commission du consentement et de la capacité, la SI dispose de tous les outils nécessaires pour réaliser cet objectif et, plus important encore, de la compétence lui permettant d'imposer des conditions de mise en liberté représentant un juste équilibre entre les objectifs de la Loi et le droit à la liberté des détenus. Le problème soulevé dans l'affaire *P.S.*, c'est que les outils légaux conférés à la Commission ne suffisaient pas pour lui permettre d'atteindre ses objectifs. En revanche, on prétend en l'espèce que les pouvoirs de la SI excèdent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. Cet arrêt n'est d'aucune utilité.

[114] L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Toure v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261 (*Toure*) est plus pertinent.

[115] Dans l'arrêt *Toure*, la Cour d'appel de l'Ontario ne contredit pas les critères de l'ASFC régissant le lieu de détention et conclut qu'il était possible pour les personnes détenues aux fins de l'immigration de soulever la question du lieu de détention auprès de l'ASFC (au paragraphe 72). Si le lieu de la détention ne respecte pas les critères établis par l'ASFC elle-même, la décision est susceptible de contrôle judiciaire par la Cour fédérale (au paragraphe 72). Je souscris à ces observations.

[116] La décision de l'ASFC de placer un détenu dans un établissement provincial plutôt que dans un centre de détention pour immigrants est une décision ou une ordonnance susceptible de contrôle pour l'application de l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. De même, une ordonnance de détention qui ne tient pas compte de la proportionnalité du risque

law principles. A decision that fails to consider the proportionality between the risk and the measures to mitigate that risk will be set aside, as will a decision that reached an unreasonable conclusion in that regard.

[117] In any event, as the Federal Court noted, both the federal and Ontario statutes governing the detention of persons in correctional facilities state that any designation of a particular penitentiary in a warrant of committal is of no force or effect (*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, section 11; *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, section 17; see Federal Court reasons, at paragraph 136). Neither the appellants nor the interveners point to authorities which deem those provisions to be unconstitutional.

(c) *The legal burden*

[118] The detention review scheme established by Parliament imposes a continuing and overarching legal burden on the Minister to establish that detention is lawfully justified according to section 58 of the IRPA, section 248 of the Regulations, and the Charter. The Minister bears the legal burden of establishing, on a balance of probabilities, that there are grounds for detention. If the Minister succeeds in that, the legal burden remains on the Minister to establish, in light of the section 248 criteria, that detention is warranted. This burden rests on the Minister throughout the detention review and re-surfaces every 30 days.

[119] There are only two burdens in Canadian law: the legal or persuasive burden, sometimes called the onus of proof, and the evidentiary burden.

[120] While the terms legal and persuasive burden are interchangeable, “legal burden” is arguably more apt a term than “persuasive burden” because it emphasises the obligation on the asserting party, the plaintiff or the Crown, to establish the requisite substantive factual elements of a cause of action or offence (*R. v. Fontaine*,

et des conditions de détention peut être contrôlée par la Cour fédérale, sur le fondement de la Charte et des principes du droit administratif. La décision qui néglige la proportionnalité entre le risque et les mesures pour atténuer ce risque sera annulée, tout comme celle qui présente une conclusion déraisonnable à cet égard.

[117] Quoi qu’il en soit, comme le souligne la Cour fédérale, les lois fédérales et celles de l’Ontario qui encadrent la détention dans les établissements correctionnels prévoient que toute désignation d’un établissement particulier dans un mandat de dépôt est sans effet (*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, article 11; *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, article 17; voir les motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 136). Ni les appelants ni les intervenants ne font état d’une jurisprudence voulant que ces dispositions soient inconstitutionnelles.

c) *Fardeau juridique*

[118] Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’article 58 de la LIPR, de l’article 248 du Règlement et de la Charte, incombe au ministre. En droit, le ministre a le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il existe des motifs de détention. Si le ministre y parvient, il lui incombe encore d’établir, compte tenu des critères énoncés à l’article 248, que la détention est justifiée. C’est au ministre qu’incombe ce fardeau dès le premier contrôle des motifs de détention et à chacun des contrôles subséquents, effectués tous les 30 jours.

[119] Le droit canadien ne reconnaît que deux fardeaux : le fardeau juridique, ou fardeau de persuasion, aussi parfois appelé le fardeau de la preuve, et la charge de présentation.

[120] Même si les termes « fardeau juridique » et « fardeau de persuasion » sont interchangeables, « fardeau juridique » convient mieux, parce qu’il met l’accent sur l’obligation pour la partie qui formule l’assertion, à savoir le demandeur ou la Couronne, d’établir en droit les éléments factuels d’une cause d’action ou d’une infraction

2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at paragraphs 10–12). Those facts must be established on a balance of probabilities in a civil matter and beyond a reasonable doubt in a criminal proceeding (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraphs 40–41; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 94). Importantly, barring a statutory or common law rule, the legal burdens associated with a party never shift (Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman, & Bryant's: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: Lexis Nexis, 2018), at § 3.46 (*The Law of Evidence in Canada*)).

[121] If the evidence establishes a ground for detention under the Act and suggests that detention is justified under section 248 of the Regulations, it may be in a detainee's interest to introduce evidence in favour of release. This is not a shifting of the legal burden. It is, rather, descriptive of the tactical decision whether to lead evidence to prevent a potentially unfavourable outcome (*Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, (1999), 175 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 53; *The Law of Evidence in Canada*, at page 116, § 3.56; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pages 329–330, (1990), 72 D.L.R. (4th) 289; see also *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paragraph 50). The appellants are right to point to some passages in Federal Court detention reviews that do not respect the difference. The distinction is important, as is the language used. The two ought not be confused.

[122] The legal burden does not shift or change should the Minister establish a *prima facie* case of grounds for detention. The detainee is not required in law to do anything. Establishing grounds for detention does not mean that a detention order should issue. It simply means that there is a basis to consider making a detention order. Even when no evidence is offered by the detainee in response, the legal burden is on the Minister to make the case for detention on a balance of probabilities in respect

(*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, aux paragraphes 10 à 12). Ces faits doivent être établis selon la prépondérance des probabilités dans une affaire au civil, et hors de tout doute raisonnable dans une affaire pénale (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux paragraphes 40 et 41; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 94). Fait important, à moins d'indication contraire d'une loi ou d'une règle de common law, le fardeau juridique imposé à une partie n'est jamais inversé (Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman, & Bryant's : The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd., Toronto : Lexis Nexis, 2018, au paragraphe 3.46 (*The Law of Evidence in Canada*)).

[121] Si la preuve établit un motif de détention sous le régime de la Loi et semble indiquer que la détention est justifiée pour l'application de l'article 248 du Règlement, il peut être dans l'intérêt d'un détenu de présenter des éléments de preuve en faveur de sa mise en liberté. Il ne s'agit pas ici d'une inversion du fardeau juridique. Il s'agit plutôt d'une stratégie consistant à produire une preuve afin d'empêcher une issue potentiellement défavorable (*Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694, au paragraphe 53; *The Law of Evidence in Canada*, à la page 116, paragraphe 3.56; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, aux pages 329 et 330, 1990 CanLII 70; voir également *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, au paragraphe 50). Les appelants soulignent à bon droit certains passages des contrôles des motifs de détention effectués par la Cour fédérale qui ne respectent pas la différence. La distinction est importante, tout comme les termes utilisés. Il ne faut pas les confondre.

[122] Le fardeau juridique n'est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit *prima facie* l'existence de motifs de détention. Le détenu n'est pas tenu en droit de faire quoi que ce soit. L'établissement de motifs de détention n'emporte pas le prononcé d'une ordonnance de détention; il signifie simplement qu'il existe des raisons d'envisager une ordonnance de détention. Même si le détenu n'oppose aucun élément de preuve, il revient au ministre d'établir le bien-fondé de la détention, selon la

of each of the section 248 factors. A detainee's decision to introduce evidence in response is entirely tactical.

[123] Nor does the legal burden on the Minister change with successive detention reviews. Whether it is the first or the tenth detention review, the Minister must establish on a balance of probabilities that a ground for detention exists, the existence of a nexus to an immigration purpose and the appropriateness of the detention. What may often change with the passage of time is the quantity and quality of evidence required to justify detention. The longer the period of detention, the more time and opportunity the government has had to make the necessary arrangements with the receiving country and to execute removal. With the passage of time, the assertion that removal remains possible requires a more probing inquiry. Reflecting this reality, in *Charkaoui*, the Supreme Court stated that the burden on the Minister becomes heavier over time (at paragraph 113); I take the Supreme Court to have been speaking of an evidentiary or tactical burden here, not a persuasive burden.

[124] The Supreme Court observed in *Mission Institute v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 40 that the shift in onus from the prisoner to the detaining authority is unique to the writ of *habeas corpus*. But there is no reason why a statutory detention regime cannot achieve the same effect as *habeas corpus*. Parliament has crafted such a regime here.

[125] Indeed, the scheme in the IRPA offers procedural and substantive advantages over a *habeas corpus* application. Properly interpreted, the IRPA requires the Minister to establish afresh the justification for detention every 30 days. The detention review occurs without any action on the part of the detainee, and for the entirety of the inquiry the burden is on the Minister to justify detention. The detainee is not required to do anything, procedurally or substantively. This can be contrasted to an application for *habeas corpus* where the applicant must

prépondérance des probabilités, sur le fondement de chacun des critères énoncés à l'article 248. Le choix d'un détenu de présenter des éléments de preuve ou non est une décision purement stratégique.

[123] De plus, le fardeau juridique qui incombe au ministre ne change pas au fil des contrôles successifs des motifs de détention. Qu'il s'agisse du premier ou du dixième contrôle, le ministre doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a un motif de détention, qu'il existe un lien avec un objectif d'immigration et que la détention est fondée. Ce qui est susceptible de changer au fil du temps, c'est la quantité ou la qualité des éléments de preuve nécessaires pour justifier la détention. Plus la période de détention est longue, plus l'administration a eu le temps et l'occasion de prendre les arrangements nécessaires avec le pays d'accueil afin de pouvoir exécuter la mesure de renvoi. Plus le temps passe, plus l'assertion selon laquelle le renvoi demeure possible sera scrutée de près. À cet égard, la Cour suprême affirme, dans l'arrêt *Charkaoui*, que le fardeau qui incombe au ministre peut devenir plus lourd avec le temps (au paragraphe 113). Je suppose que la Cour suprême traite dans ce cas de la charge de présentation ou d'un fardeau stratégique, et non d'un fardeau de persuasion.

[124] La Cour suprême souligne dans l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 40, que le déplacement du fardeau du prisonnier aux autorités carcérales est propre au bref d'*habeas corpus*. Or, rien n'empêche un régime de détention prévu par la loi d'emporter le même effet qu'une demande d'*habeas corpus*. Le législateur a conçu un tel régime en l'espèce.

[125] En fait, le régime prévu par la LIPR offre des avantages procéduraux et de fond étrangers à la demande d'*habeas corpus*. Interprétée correctement, la LIPR exige que le ministre établisse de nouveau l'existence des motifs justifiant la détention tous les 30 jours. Le contrôle des motifs de détention est effectué sans aucun acte de la part du détenu, et il incombe au ministre à chaque fois de justifier la détention. Le détenu n'a pas à faire quoi que ce soit, sur le plan de la procédure ou du fond. En revanche, s'il présente une demande d'*habeas corpus*, le

initiate the application, establish that they have been deprived of liberty and that there is a legitimate ground to question their detention before the onus shifts to the responding authorities to show that the deprivation was lawful (*Khela*, at paragraph 30).

[126] There remain the observations of the Supreme Court in *Chhina* that the burden on the Minister decreases with time and that the requirement not to depart from prior decisions without clear and compelling reasons leads to self-referential reasoning and, in effect, shifts the onus to the detainee.

[127] *Chhina* must be understood in light of the principles articulated by the Supreme Court in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*). *Henry* instructs that reasons move along a spectrum—from the ratio, which is binding, to guidance that, although not strictly binding, is expected to be followed, to commentary (at paragraph 57). The Court’s comments in *Chhina* on *Thanabalasingham* fall within the last-mentioned category.

[128] *Thanabalasingham* does not stand for the proposition that the burden shifts to the detainee. To the contrary, in *Thanabalasingham*, this Court held precisely the opposite: that “[t]he onus is always on the Minister to demonstrate there are reasons which warrant detention or continued detention” (at paragraph 16). Similarly, contrary to what the Court said in *Chhina*, in *Charkaoui* the Supreme Court held that the burden and evidentiary challenges on the Minister increase with the passage of time.

[129] The Court in *Chhina* did not conduct a statutory interpretation exercise of the detention provisions in the IRPA, examine *Thanabalasingham* in depth or reconsider *Charkaoui*. For these reasons, the observations in *Chhina*, above, should not be regarded as binding upon us.

demandeur doit déposer la demande, établir qu’il a été privé de liberté et qu’il est légitime de remettre en question sa détention avant que le fardeau ne se déplace vers les autorités défenderesses, à qui il incombe de démontrer la légalité de cette privation de la liberté (*Khela*, au paragraphe 30).

[126] Il reste les remarques de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon lesquelles le fardeau qui incombe au ministre décroît avec le temps et l’obligation de ne pas s’écarter des décisions antérieures sans des motifs clairs et convaincants mène à un raisonnement autoréférentiel. Dans les faits, de l’avis de la Cour, le fardeau est ainsi déplacé vers le détenu.

[127] L’arrêt *Chhina* doit être interprété à la lumière des principes énoncés par la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*). L’arrêt *Henry* nous enseigne que les motifs d’une décision peuvent varier, de la *ratio decidendi*, qui a force contraignante, à la formulation de balises qui, même si elles ne sont pas strictement contraignantes, devraient être acceptées comme faisant autorité, en passant par les simples commentaires (au paragraphe 57). Les commentaires de la Cour dans l’arrêt *Chhina* portant sur l’arrêt *Thanabalasingham* appartiennent à cette dernière catégorie.

[128] L’arrêt *Thanabalasingham* n’appuie pas la thèse voulant que le fardeau soit transféré au détenu. Notre Cour y affirme le contraire : « [i]l incombe toujours au ministre de démontrer qu’il existe des motifs qui justifient la détention ou le maintien de la détention » (au paragraphe 16). De même, contrairement à ce qu’elle affirme dans l’arrêt *Chhina*, la Cour suprême soutient, dans l’arrêt *Charkaoui*, que le fardeau qui incombe au ministre et les difficultés liées à la preuve augmentent avec le temps.

[129] Dans l’arrêt *Chhina*, la Cour suprême ne procède pas à l’interprétation des dispositions de la LIPR relatives à la détention, ni à une analyse de l’arrêt *Thanabalasingham* en profondeur et ne remet pas en question l’arrêt *Charkaoui*. Compte tenu de ce qui précède, ces remarques de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina* ne sauraient lier notre Cour.

(d) *The relevance of previous detention decisions*

[130] The appellants argue that the scheme is unconstitutional because the collective weight of past decisions to detain creates a strong incentive to defer to those decisions and maintain detention. Once detained, always detained. The appellants say that this flows from the jurisprudence, which requires an ID member to provide “clear and compelling reasons” if they wish to depart from a prior detention decision (*Thanabalasingham*, at paragraph 10) and the recent observations of the majority of the Supreme Court in *Chhina* that the ID’s periodic reviews are susceptible to “self-referential” reasoning (see also *Chaudhary*, at paragraphs 85–88).

[131] If this were a consequence of either the statutory scheme or the effect of *Thanabalasingham*, these arguments would have substance. But they have no foundation, either in the statutory scheme or in the jurisprudence. I have already explained how nothing in the IRPA or the Regulations places an obligation on a detainee to lead fresh evidence between detention reviews in order for the ID to reach a different result. Nothing in the IRPA requires the detainee to demonstrate a change in circumstances, and neither does the jurisprudence.

[132] In *Thanabalasingham*, Rothstein J. expressly and unequivocally rejected the argument that the findings of previous members “should not be interfered with in the absence of new evidence” and held that “at each hearing, the member must decide afresh whether continued detention is warranted” (at paragraphs 7–8). Guidelines issued on April 1, 2019, by the Chair of the Immigration and Refugee Board pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA reinforce this point and align with the instructions of the Federal Court to the ID in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Hamdan*, 2019 FC 1129 (*Hamdan*) (see Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson Guideline 2: Detention* (Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, April 1, 2019)).

d) *Pertinence des décisions antérieures portant sur la détention*

[130] Les appelants soutiennent que le régime est inconstitutionnel parce que le poids collectif accordé aux décisions antérieures ordonnant la détention fait pencher la balance en faveur du maintien en détention. Détenu un jour, détenu toujours. Les appelants affirment que cette situation découle de la jurisprudence, suivant laquelle le commissaire de la SI doit fournir « des motifs clairs et convaincants » s’il décide d’aller à l’encontre des décisions antérieures ordonnant la détention (*Thanabalasingham*, au paragraphe 10), ainsi que de récentes observations des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon lesquelles les contrôles périodiques de la SI sont susceptibles de mener à un raisonnement « autoréférentiel » (voir aussi l’arrêt *Chaudhary*, aux paragraphes 85 à 88).

[131] Si c’était là une conséquence du régime légal ou de l’arrêt *Thanabalasingham*, ces arguments seraient fondés. Mais ils n’ont aucun fondement, ni dans le régime légal, ni dans la jurisprudence. J’explique plus haut que rien dans la LIPR ou le Règlement n’oblige la personne détenue à produire des nouveaux éléments de preuve à chaque nouveau contrôle des motifs de détention pour obtenir de la SI une issue différente. Rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à prouver que les circonstances ont changé.

[132] Dans l’arrêt *Thanabalasingham*, le juge Rothstein rejette explicitement et sans équivoque l’argument selon lequel les conclusions des commissaires précédents « devaient être maintenues en l’absence de nouvelle preuve » et conclut que, « lors de chaque audience, le commissaire doit décider à nouveau si le maintien de la détention est justifié » (aux paragraphes 7 et 8). Les directives données le 1^{er} avril 2019 par le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, en application de l’alinéa 159(1)h de la LIPR, étaient cette notion et sont conformes aux lignes directrices de la Cour fédérale à l’intention de la SI, données dans la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Hamdan*, 2019 CF 1129 (*Hamdan*) (voir Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention* (Ottawa :

[133] Members of the ID are obligated, under their oath and by law, to consider the circumstances of the particular individual whose detention or liberty is in issue in a fair and open-minded way. Each member is required to undertake their own independent assessment of the case for and the case against detention. Abella J. returns to this point in *Chhina*, noting that “[t]he integrity of the IRPA process is dependent on a fulsome review of the lawfulness of detention, including its Charter compliance, at every review hearing” (at paragraph 127). Abella J.’s dissenting reasons, which were not contradicted by the majority on the point mentioned here, were foreshadowed in Federal Court jurisprudence (see, e.g., *Sahin*, at pages 228–230; *Thanabalasingham*, at paragraph 14).

[134] *Thanabalasingham* creates no special rule for ID reviews. The requirement to give reasons when departing from a prior decision is directed to the well-understood requirement, essential to the integrity of administrative and judicial decision making, that if there is a material change in circumstances or a re-evaluation of credibility, the ID is required to explain what has changed and why the previous decision is no longer pertinent. This reinforces the values of transparency, accountability and consistency. As was explained by the Supreme Court of Canada in *Vavilov*, the primary purpose of reasons is to demonstrate justification, transparency and intelligibility (at paragraph 81). To promote “general consistency”, any administrative body that departs from its own past decisions typically “bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons” (at paragraphs 129–131). Moreover, reasons are the primary mechanism by which affected parties and reviewing courts are able to understand the basis for a decision (at paragraph 81; see also *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Berisha*, 2012 FC 1100, [2014] 1 F.C.R. 574, at paragraph 52).

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 1^{er} avril 2019)).

[133] Les commissaires de la SI sont contraints par la Loi et leur serment de tenir compte des circonstances propres à chaque personne dont la détention ou la liberté est en jeu, de façon impartiale et avec ouverture d’esprit. Chaque commissaire est tenu d’entreprendre sa propre évaluation indépendante des éléments qui militent pour et contre la détention. La juge Abella revient sur ce point dans l’arrêt *Chhina*, soulignant que « [l]’intégrité du processus prévu par la LIPR dépend de la tenue d’un examen complet de la légalité de la détention, y compris de sa conformité avec la Charte, lors de chaque contrôle des motifs de la détention » (au paragraphe 127). La jurisprudence de la Cour fédérale a auguré les motifs de la juge Abella, dissidente, que les juges majoritaires n’ont pas contredits à cet égard (voir, par exemple, *Sahin*, aux pages 228 à 230; *Thanabalasingham*, au paragraphe 14).

[134] L’arrêt *Thanabalasingham* ne crée aucune règle spéciale concernant les contrôles menés par la SI. L’obligation de fournir des motifs lorsqu’un commissaire va à l’encontre d’une décision antérieure est motivée par l’exigence bien comprise, essentielle à l’intégrité du processus décisionnel administratif et judiciaire, selon laquelle la SI est tenue d’expliquer, en cas de changement important des circonstances ou d’une réévaluation de la crédibilité, ce qui a changé et pour quelle raison la décision antérieure n’est plus pertinente. Cette obligation favorise les valeurs que sont la transparence, la justification et l’uniformité. Comme la Cour suprême l’explique dans l’arrêt *Vavilov*, le but premier des motifs est d’établir la justification de la décision et la transparence et l’intelligibilité du processus décisionnel (au paragraphe 81). Afin d’encourager « l’uniformité générale » des décisions, lorsqu’un décideur s’écarte de ses propres décisions antérieures, « c’est sur ses épaules que repose le fardeau d’expliquer cet écart dans ses motifs » (aux paragraphes 129 à 131). Qui plus est, les motifs constituent le principal mécanisme permettant aux parties touchées et aux cours de révision de comprendre le fondement d’une décision (au paragraphe 81; voir également *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Berisha*, 2012 CF 1100, [2014] 1 R.C.F. 574, au paragraphe 52).

[135] I note, parenthetically, that the role of reasons when making a decision to depart from a previous decision is no different if *habeas corpus* is sought. The requirement for clear and compelling reasons does not change with the forum. As Professor Paul Daly observed in his commentary on *Chhina*, where a *habeas corpus* application is unsuccessful, a detainee may re-apply, and apply again after that. The provincial superior court hearing the *habeas corpus* application will be faced with the same challenges as the ID in justifying its decision; the same danger of self-referential reasoning remains, one way or another. In part for this reason, the Supreme Court's solution to the problem in *Chhina* has been criticized (see, e.g., Paul Daly, "To Have the Point: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29" (5 June 2019) online (blog): *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/>). As Professor Daly notes, the solution to the self-referential reasoning lies not in offering detainees a different procedure for the assessment of the legality of detention, but rather, as Abella J. stressed in her dissent in *Chhina*, ensuring that at each detention review detainees' Charter rights remain front and centre.

(e) *Procedural fairness*

[136] Where a decision affects the rights, privileges or interests of an individual, the common law duty of fairness is triggered (see, e.g., *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *Baker*, at paragraph 20). The greater the effect a decision has on the life of an individual, the more robust will be the procedural protections required to fulfill the duty of fairness and the requirements of fundamental justice under section 7 of the Charter (*Charkaoui*, at paragraph 25, quoting *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 118). At a minimum, the duty of fairness requires that the affected person know the case

[135] Signalons, entre parenthèses, que le rôle des motifs lorsqu'un décideur choisit de s'écarter d'une décision antérieure n'est pas différent dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. L'obligation de fournir des motifs clairs et convaincants ne change pas selon la tribune. Comme le fait observer le professeur Paul Daly dans ses commentaires à propos de l'arrêt *Chhina*, si sa demande d'*habeas corpus* est rejetée, un détenu peut présenter une nouvelle demande, puis une autre par la suite. La cour supérieure provinciale qui entend la demande d'*habeas corpus* sera aux prises avec les mêmes difficultés que la SI pour justifier sa décision; le même risque de raisonnement autoréférentiel demeure, dans un cas comme dans l'autre. C'est en partie pour cette raison que la solution au problème avancée dans l'arrêt *Chhina* a été critiquée (voir, par exemple, Paul Daly, « To Have the Point : *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29 » (5 juin 2019), en ligne (blogue), *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/>>). Comme le dit le professeur Daly, la solution au raisonnement autoréférentiel est, non pas d'offrir aux détenus une procédure différente pour le contrôle de la légalité de la détention, mais plutôt, comme le souligne la juge Abella dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Chhina*, de veiller à ce que, à chaque contrôle des motifs de détention, les droits des détenus demeurent à l'avant-plan.

e) *Équité procédurale*

[136] La décision qui touche les droits, les privilèges ou les intérêts d'une personne suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité (voir, par exemple, *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653, 1985 CanLII 23; *Baker*, au paragraphe 20). Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'article 7 de la Charte (*Charkaoui*, au paragraphe 25, citant *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au

they have to meet and have an adequate opportunity to respond. The procedural rights afforded under section 7 of the Charter provide the same protection for detainees (*Charkaoui*, at paragraphs 28–29, 53).

[137] Although the content of the duty of fairness varies with the context within which it is applied, proceedings with stakes analogous to those in criminal proceedings “will merit greater vigilance by the courts” (*Charkaoui*, at paragraph 25, quoting *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at page 1077, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654). Because the liberty of the subject is involved, such is the case here.

[138] Administrative bodies enjoy the autonomy to control their own procedures, but they must nonetheless observe procedural fairness. Only statutory language or necessary implication can displace the duty of procedural fairness (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraph 22; *Kane v. Bd. of Governors of U.B.C.*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1113, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311). There is no statutory language in the immigration detention scheme of the IRPA that ousts procedural fairness. The rules respecting disclosure in detention reviews are thus supplemented by the requirement for procedural fairness imposed by the common law.

[139] The *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 provide in section 26 that documents the parties intend to rely on must be provided in advance:

Disclosure of documents by a party

26 If a party wants to use a document at a hearing, the party must provide a copy to the other party and the Division. The copies must be received

- (a) as soon as possible, in the case of a forty-eight hour or seven-day review or an admissibility hearing held at the same time; and

paragraphe 118). À tout le moins, l’obligation d’équité exige que l’intéressé connaisse la preuve produite contre lui et puisse avoir l’occasion d’y répondre. Les droits procéduraux conférés au titre de l’article 7 de la Charte offrent aux détenus la même protection (*Charkaoui*, aux paragraphes 28, 29 et 53).

[137] Bien que la teneur de l’obligation d’équité varie selon le contexte dans lequel elle est appliquée, « les tribunaux devront être plus vigilants » en ce qui concerne les instances dont les enjeux sont analogues à ceux des instances criminelles (*Charkaoui*, au paragraphe 25, citant *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la page 1077, 1993 CanLII 128). C’est le cas en l’espèce, parce que la liberté de l’intéressé est en jeu.

[138] Les organismes administratifs sont maîtres de leur propre procédure, mais ils doivent néanmoins respecter l’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale ne peut être écartée que par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 22; *Kane c. Cons. d’administration de l’U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1113, 1980 CanLII 10). Rien dans le libellé du régime de détention aux fins de l’immigration de la LIPR n’écarte l’obligation d’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale imposée en common law vient suppléer aux règles concernant la communication de la preuve pour le contrôle des motifs de détention.

[139] Les *Règles de la Section de l’immigration*, DORS/2002-229 prévoient à l’article 26 que les documents que les parties entendent invoquer doivent être déposés à l’avance :

Communication de documents par une partie

26 Pour utiliser un document à l’audience, la partie en transmet une copie à l’autre partie et à la Section. Les copies doivent être reçues :

- a) dans le cas du contrôle des quarante-huit heures ou du contrôle des sept jours, ou d’une enquête tenue au moment d’un tel contrôle, le plus tôt possible;

(b) in all other cases, at least five days before the hearing.

[140] The interveners assert that detainees do not receive sufficient and timely disclosure to allow them to know the case they have to meet and to respond. They argue that the *Immigration Division Rules* fall short of what fairness requires because they, and the relevant policy guidelines, require disclosure of only the documents on which the Minister intends to rely. They also point to evidence that says that the disclosure that is made is often late and leaves counsel with no ability to adequately represent the detainee's interests.

[141] The existence of a legislated disclosure requirement does not dispose of the question whether procedural fairness has been met. The Court must still examine whether the duty of fairness has been fulfilled. The Federal Court observed that Mr. Brown raised "legitimate concerns about the timeliness and quality of pre-hearing disclosure" (Federal Court reasons, at paragraph 127). I agree that those concerns are substantiated by the evidence. Mr. Singh, a hearings officer with the CBSA, admits that, although disclosure is to be provided in advance, "there are times where it is not provided in advance" (Federal Court reasons, at paragraph 110).

[142] The need for detainees to know the case against them creates a disclosure obligation. To be meaningful, the disclosure obligation cannot be limited to information on which the Minister intends to rely. All relevant information must be disclosed, including information that is only to the advantage of the detainee. This includes information pertaining to the grounds for the detention, information pertaining to the section 248 criteria, the existence of an immigration nexus, and the factors that bear upon the judge's assessment whether continued detention is warranted and consistent with Charter and administrative law principles. While the disclosure obligation necessarily encompasses information that is helpful to the detainee, it is not unlimited. It is always tempered by the requirement that the information be relevant to the circumstances of the particular detainee.

b) dans les autres cas, au moins cinq jours avant l'audience.

[140] Les intervenants affirment que la communication des documents aux détenus n'est pas suffisante et opportune, de sorte qu'ils ne sont pas en mesure de connaître la preuve produite contre eux et d'y répondre. Ils soutiennent que les *Règles de la Section de l'immigration* ne satisfont pas aux normes d'équité, parce qu'elles exigent uniquement la communication des documents sur lesquels le ministre entend s'appuyer, à l'instar des directives stratégiques pertinentes. Ils mentionnent également des éléments démontrant que la communication est souvent faite tardivement et ne permet pas à l'avocat de bien représenter les intérêts du détenu.

[141] L'existence d'une exigence légale en matière de communication ne permet pas de déterminer si l'équité procédurale a été respectée. La Cour doit vérifier. La Cour fédérale fait remarquer que M. Brown a soulevé « des préoccupations légitimes au sujet de la qualité et des délais relatifs à la communication avant audience » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 127). Je conviens que ces préoccupations sont étayées par la preuve. M. Singh, un agent d'audience de l'ASFC, reconnaît que, malgré l'obligation à cet égard « [TRADUCTION] [...] il arrive parfois qu[e la communication] ne soit pas faite à l'avance » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 110).

[142] La nécessité pour les détenus de connaître la preuve produite contre eux crée une obligation de communication. Pour être significative, l'obligation de communication ne peut se limiter aux renseignements sur lesquels le ministre entend s'appuyer. Tous les renseignements pertinents doivent être communiqués, y compris ceux qui ne favorisent que le détenu, dont les renseignements concernant les motifs de détention, les renseignements concernant les critères énoncés à l'article 248, l'existence d'un lien avec un objectif d'immigration ainsi que les critères qui permettent de déterminer si la détention est justifiée et conforme à la Charte et aux principes du droit administratif. Même si l'obligation de communication vise nécessairement les renseignements qui sont utiles au détenu, elle n'est pas illimitée; elle est toujours nuancée par la nécessité que les renseignements aient un lien avec les circonstances propres au détenu.

[143] Section 26 of the *Immigration Division Rules*, even if followed, does not fulfill the minimum requirements of the common law duty of fairness. This is because the requirement to introduce evidence arises only where information provided is contradicted by another party (Canada, Citizenship and Immigration Canada, *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”, (Ottawa: April 29, 2015) (ENF 3), at page 34).

[144] ENF 3 states that “[i]f the hearings officer recommends continued detention, the hearings officer should submit all available evidence to the ID in support of continued detention” (at page 38). This falls short of what procedural fairness requires. Procedural fairness requires that the detainee have advance disclosure of all evidence relevant to the section 248 criteria, regardless of whether the Minister relies on it to support continued detention.

[145] The legality of a detention order pending removal is underpinned by a finding, on the evidence, that removal remains a possibility. For this reason, disclosure of evidence concerning the likelihood of removal is also central to the legality of a detention order. This in turn requires the ID to assess the Minister’s efforts respecting removal and the reasons for delay at each and every hearing. Detainees are entitled to know what evidence the Minister relies upon for an argument that removal remains a possibility. Subject to recognized public interest privileges arising under section 38.01 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, relevant evidence of communications with a receiving country ought to be disclosed in advance of the hearing. Given the obligation imposed by section 248 of the Regulations, it would be a rare case where a member could properly exercise their discretion to continue detention in the absence of this evidence.

[146] The common law obligation on the Minister to disclose—subject to public interest privileges—all pertinent

[143] L’article 26 des *Règles de la Section de l’immigration*, même s’il est respecté, ne répond pas entièrement aux exigences minimales de l’obligation d’équité prévue en common law. L’obligation de déposer les éléments de preuve ne s’applique que lorsque les renseignements fournis sont contestés par l’autre partie (Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3), Ottawa, 29 avril 2015, à la page 35).

[144] Le guide ENF 3 indique que, « [s]i l’agent d’audience recommande le maintien en détention, il doit produire tous les éléments de preuve à la Section de l’immigration qui pourront être utiles à l’appui de sa recommandation » (à la page 40). L’équité procédurale exige plus que cela; elle exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’article 248 soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention.

[145] La légalité d’une ordonnance de détention préalable au renvoi est subordonnée à la conclusion, tirée à la lumière des éléments de preuve, que le renvoi demeure possible. Pour cette raison, la communication des éléments de preuve sur la probabilité du renvoi est également essentielle à la légalité d’une ordonnance de détention. La SI doit donc évaluer les efforts du ministre en vue du renvoi et les raisons du retard à chacune des audiences de contrôle. Les détenus ont le droit de connaître la preuve que le ministre entend invoquer au soutien de son argument selon lequel le renvoi demeure possible. Sous réserve de la preuve visée par des privilèges d’intérêt public reconnus à l’article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, les éléments de preuve pertinents concernant les communications avec le pays d’accueil doivent être communiqués avant l’audience. Compte tenu de l’obligation imposée par l’article 248 du Règlement, il serait exceptionnel qu’un commissaire exerce à bon droit le pouvoir discrétionnaire lui permettant d’ordonner le maintien en détention sans ces éléments de preuve.

[146] L’obligation qu’a le ministre, sous le régime de la common law, de communiquer — sous réserve de

documents is also consistent with Canada's international law obligations. The United Nations High Commissioner for Refugees' Detention Guide emphasizes that a "minimum procedural protection" for detainees is that an immigration detainee's lawyer "have access ... to records held on their client" (United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, at paragraph 47(ii)). The *United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, 4 May 2015, WGAD/CRP.1/2015 (*UN Basic Principles and Guidelines*) requires that disclosure include information that could assist the detainee, and that it be provided to the detainee "without delay so as to provide adequate time to prepare the challenge" (*UN Basic Principles and Guidelines*, Guideline 5, at page 14, and Guideline 13, at pages 17–18). The common law requires the same protections.

[147] The interveners point to the Federal Court's recent decision, *Allen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 486 (*Allen*), as demonstrative of how the regime lacks procedural protections. In *Allen*, the Federal Court found that the duty of fairness did not require disclosure of the CBSA's communications with Jamaica, even though they had been specifically requested by the detainee. The Federal Court's decision turned in part on the fact that the detainee had been uncooperative (*Allen*, at paragraph 62).

[148] The cooperation of a detainee is a relevant consideration for the ID in determining alternatives to detention, the cause of delay in removal and the assessment of the reasonableness of the Minister's efforts to effect removal. Lack of cooperation, however, is irrelevant when it comes to deciding which procedural protections are

privileges d'intérêt public — tous les documents pertinents est également conforme aux obligations du Canada en droit international. Le guide sur la détention du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés souligne que les détenus ont droit à des « garanties procédurales minimales », lesquelles prévoient entre autres que le conseil juridique des personnes détenues à des fins d'immigration doit « avoir accès [...] aux dossiers les concernant » (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, 2012, alinéa 47(ii)). Les principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur le droit de quiconque est privé de liberté d'ester en justice (Nations Unies, *Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal*, 4 Mai 2015, WGAD/CRP.1/2015 (*Principes de base et lignes directrices de l'ONU*)), exigent que la personne détenue soit informée des renseignements qui pourraient l'aider, et que ces derniers soient communiqués à cette dernière « sans délai [...] de façon à pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer le recours » (*Principes de base et lignes directrices de l'ONU*, Ligne directrice 5, page 16, et Ligne directrice 13, page 20). La common law exige les mêmes protections.

[147] Les intervenants soutiennent que la récente décision de la Cour fédérale, *Allen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 486 (*Allen*), démontre la pénurie de protections procédurales. La Cour fédérale arrive à la conclusion que l'obligation d'équité n'exige pas la communication de la correspondance de l'ASFC avec les autorités jamaïcaines, et ce même si le détenu en avait expressément fait la demande. La décision de la Cour fédérale est fondée en partie sur le manque de coopération de la part du détenu (*Allen*, au paragraphe 62).

[148] La coopération d'un détenu constitue un facteur important lorsqu'il s'agit pour la SI de déterminer les solutions de rechange à la détention ainsi que la cause du retard dans l'exécution de la mesure de renvoi et de décider si les efforts du ministre à cet égard sont raisonnables. Toutefois, le manque de coopération ne joue pas

afforded to a detainee by the duty of fairness. To the extent that *Allen* stands for the proposition that lack of cooperation vitiates the Minister's disclosure obligations, it should not be followed.

[149] The lawful exercise of the power to order detention requires an adequate evidentiary foundation. This includes all relevant evidence relating to the factors under section 248. In cases of inadequate disclosure, judicial review can be sought, on an expedited basis, and interim orders can be made compelling disclosure (see section 18.2 of the *Federal Courts Act*). Importantly, a detention decision may be vitiated if it is established that there has not been timely disclosure of material documents which results in a breach of procedural fairness.

VI. Judicial oversight

[150] As I have noted, the conclusion of the majority of the Supreme Court in *Chhina* that recourse to *habeas corpus* should be allowed does not flow from any conclusion regarding the constitutionality of the IRPA. The issue before the Supreme Court was whether *habeas corpus* was available as an alternative remedy to detention reviews and judicial review. The focus of this case, in contrast, is the constitutionality of the scheme that governs detention and review before the ID. Nonetheless, given the importance of judicial oversight to ensuring the lawful integrity of ID decisions, and considering the submissions received from the parties subsequent to the release of *Chhina* while this case was under reserve, certain observations are in order.

[151] The first observation is that whether viewed from a procedural or substantive perspective, judicial review provides a remedy that is fully responsive to the seriousness of the issues under consideration. I will deal with the substantive considerations first.

[152] A majority of Supreme Court in *Chhina* finds that the ID “does not conduct a fresh review of each periodic

lorsqu’il faut déterminer la teneur des protections procédurales que l’obligation d’équité accorde au détenu. Dans la mesure où la décision *Allen* veut que le manque de coopération atténue les obligations du ministre en matière de communication, il faudrait s’en écarter.

[149] L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite un fondement de preuve suffisant, y compris tous les éléments de preuve pertinents concernant les critères énoncés à l’article 248. En cas de communication inadéquate, le contrôle judiciaire peut être demandé, par voie d’instruction accélérée, et des mesures provisoires peuvent être prises pour ordonner la communication (voir l’article 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Fait important, une décision de détention peut être invalidée s’il est établi que des documents importants n’ont pas été communiqués en temps opportun, ce qui constitue un manquement à l’équité procédurale.

VI. Encadrement judiciaire

[150] Comme je le signale, la conclusion des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon laquelle le recours à l’*habeas corpus* devrait être autorisé, ne découle pas d’une conclusion concernant la validité constitutionnelle de la LIPR. La Cour suprême était appelée à déterminer si l’*habeas corpus* constituait une solution de rechange aux contrôles des motifs de détention et au contrôle judiciaire. Par contre, la présente affaire porte sur la constitutionnalité du régime qui encadre la détention et le contrôle des motifs de détention par la SI. Néanmoins, compte tenu de l’importance de l’encadrement judiciaire dans l’intégrité juridique des décisions de la SI, et compte tenu des observations reçues des parties à la suite de l’arrêt *Chhina* quand la présente décision était en délibéré, certaines observations sont de mise.

[151] Premièrement, sur le plan de la procédure ou du fond, le contrôle judiciaire offre un recours qui tient entièrement compte de la gravité des questions à trancher. Abordons d’abord les considérations de fond.

[152] Dans l’arrêt *Chhina*, les juges majoritaires de la Cour suprême concluent que la SI « ne procède pas

detention” and “as such, the scope of review before the Federal Courts is correspondingly narrower than review on *habeas corpus*” (at paragraph 64).

[153] To the contrary, the ID must look at the detainee’s entire detention history. The Regulations themselves require no less. Three of the five criteria in section 248 require the ID to have regard to the length of time in detention, which mandates a consideration of the entire history. The detainee’s entire detention history necessarily forms part of the evidence before the ID, as it will before the Federal Court.

[154] Neither the ID, nor the Federal Court assesses the legitimacy of detention blinded to the overall history of detention. Each 30-day detention review requires consideration of the detention as a whole. Indeed, a cursory review of ID and Federal Court decisions demonstrates this to be the case (see, e.g., *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433, at paragraphs 66–67; *Hamdan*, at paragraphs 29–30; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Arook*, 2019 FC 1130; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino*, 2020 FC 427; and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rules 306–309, 317).

[155] Where the legislation prescribes a set of considerations, and mandates the default outcome of release, departure or deviance from either results in an unlawful decision (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203). In a detention review, the range of lawful decisions available to the ID member is constrained by section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations. If a detention order has not been made according to law, it will be set aside. For example, an ID member’s failure to consider the likelihood of removal, relevant factors in section 248 or beyond, or alternatives to detention, would result in the decision being set aside. Release would follow unless the Federal Court order is stayed.

à neuf chaque fois qu’elle fait un examen périodique des motifs de la détention » et qu’« ainsi, la portée du contrôle devant les Cours fédérales est comparative-ment plus étroite que celle du contrôle par voie d’*habeas corpus* » (au paragraphe 64).

[153] Au contraire, la SI doit examiner l’ensemble de l’historique de détention du détenu. Le Règlement lui-même n’exige rien de moins. Trois des cinq critères énoncés à l’article 248 exigent que la SI tienne compte de la durée de la détention, ce qui l’oblige à examiner l’ensemble de l’historique. Ce dernier élément fait nécessairement partie des éléments de preuve dont dispose la SI, et dont disposera la Cour fédérale.

[154] La SI et la Cour fédérale ne sauraient examiner la légitimité de la détention sans tenir compte de l’ensemble de l’historique de détention. Chaque contrôle des motifs de détention, effectué tous les 30 jours, exige un examen de la détention dans son ensemble. En fait, un examen sommaire des décisions de la SI et de la Cour fédérale montre que c’est le cas (voir, par exemple, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433, aux paragraphes 66 et 67; *Hamdan*, aux paragraphes 29 et 30; *Canada (Sécurité Publique et Protection Civile) c. Arook*, 2019 CF 1130; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino*, 2020 CF 427; et les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 306 à 309 et 317).

[155] Lorsque la loi prescrit une série de facteurs à considérer et prévoit la mise en liberté d’office, s’écarter des décisions antérieures équivaut à une décision illégale (*Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203). Le choix des décisions légales que peut prendre le commissaire de la SI qui procède au contrôle des motifs de détention est restreint par l’article 58 de la LIPR et l’article 248 du Règlement. Si une ordonnance de détention ne respecte pas la législation, elle sera annulée. Par exemple, si le commissaire de la SI fait fi de la probabilité du renvoi, des critères pertinents énoncés notamment à l’article 248 ou des solutions de rechange à la détention, la décision sera annulée. La mise en liberté est prononcée, à moins qu’il ne soit sursis à l’ordonnance de la Cour fédérale.

[156] My second observation is that the assertion made to this Court, and to the Supreme Court in *Chhina*, that judicial reviews were invariably moot has no foundation in the evidence.

[157] The evidence paints a different picture. As Abella J. noted in *Chhina*, the Federal Court heard and disposed of Mr. Chhina’s judicial review application in one week less time than the *habeas corpus* application was heard and decided (at paragraph 119). Again, a cursory review of Federal Court jurisprudence with respect to detention review demonstrates that applications for judicial review are often heard and disposed of in the Federal Court on an urgent basis (see, e.g., *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405; *Hamdan*; *Arook*; and *Taino*).

[158] I agree with my colleague, Justice Stratas, who has recently observed that the “factual spin and speculation about the procedural flexibility, innovative capability and remedial effectiveness of the Federal Courts” in *Chhina* and *R. v. Bird*, 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409, at paragraphs 57-61 is “false and unsupported” (*Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 74 C.P.R. (4th) 85, at paragraph 22).

[159] The Federal Court is accessible 24 hours a day, 365 days a year, from coast to coast for urgent applications, in both official languages. Interim stay orders are frequently issued (*Federal Courts Act*, section 18.2). Time frames are routinely abridged (see, e.g., *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah* ((IMM-1347-19) [Boswell J., order dated February 26, 2019 (F.C.)]; *MPSEP v. Martin Sevic* (IMM-1375-20 [Fothergill J., order dated February 26, 2020 (F.C.)]); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, 2019 FC 1006; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Baniashkar*, 2019 FC 729; *Hamdan* and *Arook*). Hearing dates are routinely expedited. Hearings may be by teleconference, or in person, in Federal Court facilities across Canada. Cases are heard and disposed of as quickly as the parties request or circumstances require (see, e.g., *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20 [Zinn, J., order dated June 2, 2020

[156] Deuxièmement, l’assertion présentée à notre Cour, et à la Cour suprême dans l’affaire *Chhina*, selon laquelle les contrôles judiciaires sont invariablement théoriques, n’est pas étayée par la preuve.

[157] Les éléments de preuve montrent une image différente. Comme le souligne la juge Abella dans l’arrêt *Chhina*, il a fallu une semaine de moins à la Cour fédérale pour instruire et trancher la demande de contrôle judiciaire de M. Chhina que l’instruction de sa demande d’*habeas corpus* (au paragraphe 119). Comme nous le mentionnons plus haut, un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour fédérale portant sur les contrôles des motifs de détention révèle que les demandes de contrôle judiciaire sont souvent traitées par la Cour fédérale par voie d’instruction accélérée (voir, par exemple, *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405; *Hamdan*; *Arook* et *Taino*).

[158] Je suis d’accord avec mon collègue, le juge Stratas, qui souligne récemment que les « conjectures sur la souplesse procédurale des Cours fédérales, leur capacité d’innovation et l’efficacité des réparations qu’elles sont habilitées à rendre » constatées dans les arrêts *Chhina* et *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409, aux paragraphes 57 à 61, sont « erronées ou non étayées » (*Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2020 CAF 108, au paragraphe 22).

[159] Pour les demandes urgentes, la Cour fédérale est accessible 24 heures par jour, 365 jours par année, d’un océan à l’autre, et ce dans les deux langues officielles. Des ordonnances de sursis provisoires sont fréquemment rendues (*Loi sur les Cours fédérales*, article 18.2). Les délais sont régulièrement abrégés (voir, par exemple, *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah* ((IMM-1347-19) [le juge Boswell, ordonnance en date du 26 février 2019 (C.F.)]; *MPSEP v. Martin Sevic* (IMM-1375-20) [le juge Fothergill, ordonnance en date du 26 février 2020 (C.F.)]; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, 2019 CF 1006; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Baniashkar*, 2019 CF 729; *Hamdan* et *Arook*). Les dates d’audience sont régulièrement devancées. Les audiences peuvent être tenues par téléconférence, ou en personne, dans les locaux des Cours fédérales partout au Canada. Les affaires sont entendues

(F.C.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20 [Elliott J., order dated March 19, 2020 (F.C.)]). Federal Court judges assigned to hear judicial review applications of detention decisions understand that liberty interests are at stake. The remedies can be innovative and creative (see, e.g., *Fond du Lac First Nation v. Mercredi*, 2020 FCA 59, at paragraph 5; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167). Further, and unlike many superior courts, there is a standing liaison committee between the Federal Court and representatives of the specialized immigration bar. This committee, including the sub-committee on immigration detention, serves as a vehicle for addressing any matter of concern relating to the efficient and expeditious disposition of immigration proceedings.

[160] In any event, the possibility that an ID decision may be moot is not pertinent. Technically moot decisions may be reviewed where the failure to do so would render the decision evasive of judicial review (*Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195, at paragraph 14).

[161] To conclude, judicial review, like *habeas corpus*, tests the legality of a detention decision against the Charter and common law principles. But it also does much more; it tests the reasoning process, its transparency and its integrity. It examines the treatment of the discretionary factors and whether they were properly taken into account. It holds up the reasons to independent scrutiny to determine whether they pass legal muster, from both a Charter and administrative law perspective. As the Supreme Court concluded in *Charkaoui*, the remedy of judicial review is “robust” (at paragraph 123).

et tranchées aussi rapidement que l’exigent les parties ou les circonstances (voir, par exemple, *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20 [le juge Zinn, ordonnance en date du 2 juin 2020 (C.F.)]; *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20 [la juge Elliott, ordonnance en date du 19 mars 2020 (C.F.)]). Les juges de la Cour fédérale saisis du contrôle judiciaire de décisions ordonnant le maintien en détention comprennent que le droit à la liberté est en jeu. Les mesures de réparation peuvent être novatrices et créatives (voir, par exemple, *Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Mercredi*, 2020 CAF 59, au paragraphe 5; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95). En outre, il existe un comité de liaison permanent formé de représentants de la Cour fédérale et des avocats spécialisés en immigration, ce qui n’est pas le cas de nombreuses cours supérieures. Ce comité, tout comme le sous-comité sur la détention aux fins de l’immigration, sert de mécanisme pour traiter toute préoccupation liée au règlement efficace et rapide des instances en immigration.

[160] Quoi qu’il en soit, la possibilité qu’une décision de la SI soit théorique importe peu. Dans les faits, une décision théorique peut être soumise au contrôle lorsqu’elle échapperait autrement au contrôle judiciaire (*Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195, au paragraphe 14).

[161] En conclusion, le contrôle judiciaire, comme la demande d’*habeas corpus*, permet de vérifier la légalité d’une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law. Or, il présente beaucoup d’autres utilités. Il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité. Il permet d’examiner le traitement des facteurs discrétionnaires et de veiller à ce qu’ils aient bien été pris en compte. Il soumet les motifs de décision à un examen indépendant, afin de déterminer s’ils résistent à l’analyse, autant du point de vue de la Charte que du point de vue du droit administratif. Pour citer la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, le contrôle judiciaire offre un recours « vigoureux » (au paragraphe 123).

VII. Conclusion

[162] The Federal Court certified the following question:

Does the [Charter] impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory?

[163] I would answer the question in the negative and would dismiss the appeal. Consistent with the request of the parties, I would make no order as to costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

VII. Conclusion

[162] La Cour fédérale a certifié la question suivante :

La Charte [...] impose-t-elle une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période de temps prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période de temps maximale, sans quoi la mise en liberté est obligatoire?

[163] Je répondrais à la question par la négative et je rejetterais l'appel. Conformément aux demandes des parties, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-868-19
2020 FC 772

T-868-19
2020 CF 772

Elizabeth Harrison (*Applicant*)

Elizabeth Harrison (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of National Revenue (*Respondent*)

Le ministre du Revenu national (*défendeur*)

INDEXED AS: HARRISON v. CANADA (NATIONAL REVENUE)

RÉPERTORIÉ : HARRISON c. CANADA (REVENU NATIONAL)

Federal Court, Strickland J.—Vancouver (by videoconference), July 16 and July 21, 2020.

Cour fédérale, juge Strickland—Vancouver (par vidéoconférence), 16 et 21 juillet 2020.

Income Tax — Practice — Judicial review of Canada Revenue Agency (CRA) decision refusing applicant's request to refund amount collected from her, on December 19, 2014, in relation to 1988 taxation year — Applicant requesting refund on basis that 10-year collection limitation period (CLP) set out in Income Tax Act (Act), s. 222 having expired — Applicant claiming losses, other deductions in connection with her participation in Trinity Denton Partnership (Trinity Denton), Sierra Trinity Limited Partnership (Sierra Trinity) — Objecting to CRA's disallowance of certain partnership losses — Several notices of reassessment, objection ensuing — Applicant filing notice of appeal in Tax Court of Canada (Tax Court) on January 4, 2011, with respect to 1988, 1989, 1990 taxation years — Notice of reassessment issued in December 2014 — Reassessment restoring deductions disallowed with respect to Sierra Trinity but not making any adjustments relating to Trinity Denton losses — On December 19, 2014, Minister applying credit otherwise refundable to applicant against 1988 tax debt — Applicant of view that this collection statute barred pursuant to Act, s. 222(4) — Main issue whether Minister reasonably concluding that CLP had not expired as of December 19, 2014 — Minister's statement that filing appeal with Tax Court acknowledgement of debt, thereby restarting limitation period, not justified, intelligible or transparent, thus unreasonable — Filing of appeal with Tax Court not automatic acknowledgment of tax debt that restarts limitation period — As to whether filing of appeal extending CLP, because 1988 debt in respect of Trinity Denton losses not validly in issue in appeal, debt not "amount in controversy" — Debt's collection therefore not barred by Act, s. 225.1(3), limitation period for its collection not extended by s. 222(8) — Initial limitation period not restarted or extended prior to its expiry on March 4, 2014, or prior to December 2014 reassessment — Finding that December 2014 reassessment restarting limitation period thus unreasonable — Contrary to public interest for Minister to sleep on its rights in enforcing collection — CRA decision quashed — Application allowed.

Impôt sur le revenu — Pratique — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada (ARC) a refusé de rembourser à la demanderesse une somme perçue auprès d'elle, le 19 décembre 2014, relativement à son année d'imposition 1988 — La demanderesse a sollicité le remboursement au motif que le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 222 de la Loi de l'impôt sur le revenu (Loi) avait expiré — La demanderesse a déclaré des pertes et d'autres déductions liées à sa participation à la société de personnes Trinity Denton (Trinity Denton) et à la société de personnes Sierra Trinity Limited (Sierra Trinity) — Elle s'est opposée au refus de l'ARC de déduire certaines pertes des sociétés — Plusieurs avis de nouvelle cotisation et avis d'opposition ont été déposés par la suite — Le 4 janvier 2011, la demanderesse a déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt (Cour de l'impôt) à l'égard de ses années d'imposition 1988, 1989 et 1990 — Un avis de nouvelle cotisation a été émis en décembre 2014 — La nouvelle cotisation a rétabli les déductions qui avaient été refusées relativement à Sierra Trinity, mais elle ne contenait aucun rajustement concernant les pertes de la société Trinity Denton — Le 19 décembre 2014, le ministre a utilisé le remboursement auquel la demanderesse avait par ailleurs droit pour réduire sa dette fiscale de 1988 — La demanderesse était du point de vue que le recouvrement de cette dette était prescrit en vertu de l'art. 222(4) de la Loi — Il s'agissait principalement de savoir si le ministre a raisonnablement conclu que le DPR n'avait pas expiré le 19 décembre 2014 — La conclusion du ministre selon laquelle le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt constitue une reconnaissance de dette, faisant ainsi recommencer à zéro le délai de prescription, n'était pas justifiée, intelligible ni transparente, et elle était donc déraisonnable — Le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt ne constitue pas une reconnaissance automatique d'une dette fiscale qui a pour effet de faire recommencer le délai de prescription — En ce qui concerne la question de savoir si le dépôt de l'appel a eu pour effet de proroger le DPR, puisque la dette de 1988 à l'égard des pertes de la société Trinity Denton

n'était pas valablement en litige dans l'appel, il ne s'agissait pas d'une « somme en litige » — Le recouvrement de cette dette n'était donc pas interdit par l'art. 225.1(3) de la Loi, et le délai de prescription pour le recouvrement n'a pas été prorogé par l'art. 222(8) — Le délai de prescription initial n'a pas recommencé à courir ni n'a été prorogé avant son expiration le 4 mars 2014 ou avant l'établissement de la nouvelle cotisation de décembre 2014 — Par conséquent, dans sa décision, l'ARC a conclu déraisonnablement que la nouvelle cotisation de décembre 2014 a fait recommencer le délai de prescription — Le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de recouvrement est contraire à l'intérêt public — La décision de l'ARC a été annulée — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the Canada Revenue Agency (CRA) refusing the applicant's request to refund an amount that the CRA collected from her, on December 19, 2014, in relation to the applicant's 1988 taxation year. The applicant requested the refund on the basis that the 10-year collection limitation period (CLP) set out in section 222 of the *Income Tax Act* (Act) had expired on March 4, 2014.

In 1988, the applicant claimed losses and other deductions in connection with her participation in the Trinity Denton Partnership (Trinity Denton) and the Sierra Trinity Limited Partnership (Sierra Trinity). The applicant was first reassessed in 1992 and 1993. She objected to certain disallowances related to the Trinity Denton and Sierra Trinity partnerships. Several notices of reassessment and objection ensued. On January 4, 2011, the applicant filed a notice of appeal in the Tax Court of Canada (Tax Court) with respect to her 1988, 1989 and 1990 taxation years. The applicant disputed the disallowance of the listed 1988 deductions. A notice of reassessment issued in December 2014 (the third reassessment) restoring the deductions that had been disallowed with respect to Sierra Trinity in their entirety. It did not make any adjustments related to the Trinity Denton losses. The third reassessment also mentioned that the refund owed to the applicant had been applied to reduce her previous balance outstanding (i.e. the 1988 tax debt). The applicant was of the view that the collection of this debt was statute barred pursuant to subsection 222(4) of the Act. She requested a refund of that amount plus interest. The CRA refused the applicant's request, noting that the collections limitation period (CLP) is restarted or extended when certain events occur.

The main issue was whether the Minister reasonably concluded that the CLP, as prescribed by subsection 222(4) of the ITA, had not expired as of December 19, 2014.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada (ARC) a refusé de rembourser à la demanderesse une somme que l'ARC avait perçue auprès d'elle, le 19 décembre 2014, relativement à son année d'imposition 1988. La demanderesse a sollicité le remboursement au motif que le délai de prescription de 10 ans prévu à l'article 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi) avait expiré le 4 mars 2014.

En 1988, la demanderesse a déclaré des pertes et d'autres déductions liées à sa participation à la société de personnes Trinity Denton (Trinity Denton) et à la société de personnes Sierra Trinity Limited (Sierra Trinity). La demanderesse a fait l'objet d'une première nouvelle cotisation en 1992 et 1993. Elle s'est opposée au refus de déduire certaines pertes des sociétés Trinity Denton et Sierra Trinity. Plusieurs avis de nouvelles cotisations et avis d'opposition ont été déposés par la suite. Le 4 janvier 2011, la demanderesse a déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt (Cour de l'impôt) à l'égard de ses années d'imposition 1988, 1989 et 1990. La demanderesse a contesté le refus de déduire les déductions énumérées pour 1988. Un avis de nouvelle cotisation émis en décembre 2014 (la troisième nouvelle cotisation) a rétabli dans leur intégralité les déductions qui avaient été refusées relativement à Sierra Trinity. Elle ne contenait aucun rajustement concernant les pertes de la société Trinity Denton. La troisième nouvelle cotisation indiquait également que le remboursement auquel la demanderesse avait droit avait été utilisé pour réduire son solde dû précédent (c.-à-d. la dette fiscale de 1988). La demanderesse était du point de vue que le recouvrement de cette dette était prescrit en vertu du paragraphe 222(4) de la Loi. Elle a sollicité le remboursement de ce montant plus les intérêts. L'ARC a refusé la demande de la demanderesse, soulignant que le délai de prescription pour le recouvrement (le DPR) recommence à courir ou est prolongé lorsque certains événements se produisent.

Il s'agissait principalement de savoir si le ministre a raisonnablement conclu que le DPR, tel qu'établi au paragraphe 222(4) de la Loi, n'avait pas expiré le 19 décembre 2014.

Held, the application should be allowed.

The Minister's statement that filing an appeal with the Tax Court is an acknowledgement of debt, thereby restarting the limitation period, was not justified, intelligible or transparent, and was unreasonable. The Act does not define "acknowledges" or "written acknowledgment" as found in paragraphs 222(5)(a) and s 222(6)(b), respectively. When read together, subsections 222(8) and 225.1(3) explicitly contemplate that, when an appeal to the Tax Court has been filed, the Minister will not take any collection action for the amount in controversy and the limitation period will be *extended* to account for the period of time that the matter was under appeal. The effect of subsections 222(8) and 225.1(3) is that the filing of an appeal with the Tax Court will pause the running of the existing limitation period for the duration of the appeal. Had it been Parliament's intent that the filing of an appeal with the Tax Court would restart the limitation period, then it presumably would have clearly said so. It would be absurd if the limitation period could be both restarted by the filing of an appeal to the Tax Court pursuant to paragraphs 222(5)(a) and (6)(b) and, at the same time, also be extended pursuant to subsection 222(8). Parliament chose to limit the circumstances in which the limitation period is restarted to those set out in subsection 222(5), including where the taxpayer acknowledges the debt. The Minister unreasonably interpreted the Act in determining that the filing of an appeal with the Tax Court is an automatic acknowledgment of a tax debt that restarts the limitation period. The plain meaning of "acknowledgment" requires an admission or confirmation by the person making the acknowledgment of the thing alleged, be it an admission of liability for damages, blame, responsibility or liability for a tax debt. Even if the filing of an appeal with the Tax Court can potentially trigger the restarting of a limitation period, the mere filing of the appeal will not automatically serve to act as a written acknowledgment of the debt. Rather, the content of the appeal itself must be scrutinized in each case. Reading subsections 152(3) and (8) of the Act in the context of the overall purpose of the Act does not lead to the conclusion that an acknowledgment does not require an admission of liability and serves to oust the common law requirement for such an admission. The fact that the Minister deems the debt to be valid does not mean that the taxpayer acknowledges liability for that debt. In the absence of an acknowledgment by the taxpayer that the disputed portion of the assessed debt exists and is valid, the filing of the appeal is not an "acknowledgment" of the debt. This view also gains support from paragraphs 222(6)(a) and 222(6)(c) of the Act. The applicant's notice of appeal to the Tax Court did not admit or confirm that the 1988 debt was validly owed or "confirm[ed] and concede[d]" the amount of the tax debt. Indeed, it disputed the validity of the amounts assessed.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La conclusion du ministre selon laquelle le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt constitue une reconnaissance de dette, faisant ainsi recommencer à zéro le délai de prescription, n'était pas justifiée, intelligible ni transparente, et elle était déraisonnable. La LIR ne définit pas les termes « reconnaît » ou « reconnaît [...] par écrit » figurant aux alinéas 222(5)a) et 222(6)b), respectivement. Les paragraphes 222(8) et 225.1(3), lus conjointement, prévoient expressément que, lorsqu'un appel est interjeté auprès de la Cour de l'impôt, le ministre ne peut prendre aucune mesure de recouvrement pour la somme en litige, et le délai de prescription est *prorogé* pour qu'il soit tenu compte de la période pendant laquelle l'affaire est en appel. En vertu des paragraphes 222(8) et 225.1(3), le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt a pour effet de suspendre le délai de prescription en cours pour la durée de l'appel. Si le législateur avait voulu que le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt ait pour effet de faire recommencer le délai de prescription, il l'aurait probablement dit clairement. Il serait absurde que le délai de prescription puisse recommencer à zéro par le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt aux termes des alinéas 222(5)a) et (6)b) et, en même temps, être aussi prorogé aux termes du paragraphe 222(8). Le législateur a choisi de limiter les circonstances dans lesquelles le délai de prescription recommence à courir à celles énoncées au paragraphe 222(5), y compris lorsque le contribuable reconnaît la dette. Le ministre a interprété la Loi de façon déraisonnable en déterminant que le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt constitue une reconnaissance automatique d'une dette fiscale qui a pour effet de faire recommencer le délai de prescription. Le sens normal de « reconnaissance » exige une admission ou une confirmation de la part de la personne qui reconnaît la chose alléguée, qu'il s'agisse d'une obligation à l'égard de dommages, d'un blâme, d'une responsabilité ou d'une obligation fiscale. Même si le dépôt d'un appel auprès de la Cour de l'impôt peut potentiellement faire reprendre du début le délai de prescription, le simple dépôt de l'appel ne constituera pas automatiquement une reconnaissance par écrit de la dette. Il faut plutôt examiner la teneur de l'appel lui-même dans chaque cas. La lecture des paragraphes 152(3) et (8) dans le contexte de l'objet général de la Loi ne mène pas à la conclusion selon laquelle une reconnaissance ne nécessite pas une admission d'obligation et a pour effet d'éliminer l'exigence en common law relative à une telle admission. Le fait que le ministre juge la dette valide ne signifie pas que le contribuable reconnaît son obligation à l'égard de cette dette. Lorsque le contribuable ne reconnaît pas que la partie contestée de la dette faisant l'objet d'une cotisation existe et est valide, le dépôt de l'appel ne constitue pas une « reconnaissance » de la dette. Ce point de vue est renforcé par les alinéas 222(6)a) et 222(6)c) de la Loi. Dans son avis d'appel à la Cour de l'impôt, la demanderesse n'a pas admis ni confirmé que la dette de 1988 était valide et exigible et « n[']a pas confirm[é] [ni

As to whether the applicant's filing of her appeal to the Tax Court, on January 4, 2011, extended the existing CLP, because the 1988 debt in respect of the Trinity Denton losses was not validly in issue in the appeal, it was not an "amount in controversy". Its collection was therefore not barred by subsection 225.1(3) of the Act and the limitation period for its collection was not extended by subsection 222(8).

The initial limitation period was not restarted or extended prior to its expiry on March 4, 2014, or prior to the December 2014 reassessment. That reassessment fell outside the March 4, 2014, limitation period expiry and could not extend, restart or revive the exhausted limitation period. Accordingly, the decision of the CRA unreasonably found that the December 2014 reassessment restarted the limitation period. It is contrary to the public interest for the Minister to sleep on its rights in enforcing collection. It is evident that the rationales justifying the existence of limitation periods apply to the collection of tax debts.

In conclusion, the CRA's decision was not justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on it and was therefore unreasonable. The decision was quashed and the matter was remitted back to the Minister for redetermination.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Student Loans Act, R.S.C., 1985, c. S-23.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(3),(8), 164(2), 169(2.2),(3), 222 "action", "tax debt", 225.1(1),(2),(3),(4),(5), 248 "assessment".
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236.
Limitations Act, R.S.O. 1990 c. L.15, ss. 45, 51(1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Markevich v.*

adm[is] » le montant de la dette fiscale. En fait, elle a contesté la validité des montants de la cotisation établie.

En ce qui concerne la question de savoir si le dépôt de l'appel par la demanderesse auprès de la Cour de l'impôt, le 4 janvier 2011, a eu pour effet de proroger le DPR en vigueur, puisque la dette de 1988 à l'égard des pertes de la société Trinity Denton n'était pas valablement en litige dans l'appel, il ne s'agissait pas d'une « somme en litige ». Le recouvrement de cette dette n'était donc pas interdit par le paragraphe 225.1(3) de la Loi, et le délai de prescription pour le recouvrement n'a pas été prorogé par le paragraphe 222(8).

Le délai de prescription initial n'a pas recommencé à courir ni n'a été prorogé avant son expiration le 4 mars 2014 ou avant l'établissement de la nouvelle cotisation de décembre 2014. Cette nouvelle cotisation est survenue après l'expiration du délai de prescription du 4 mars 2014 et ne pouvait avoir pour effet de proroger, de recommencer ou de ranimer le délai de prescription expiré. Par conséquent, dans sa décision, l'ARC a conclu déraisonnablement que la nouvelle cotisation de décembre 2014 a fait recommencer le délai de prescription. Le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de recouvrement est contraire à l'intérêt public. Il est évident que les justifications de l'existence de délais de prescription s'appliquent au recouvrement des créances fiscales.

En conclusion, la décision de l'ARC n'était pas justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci et elle était par conséquent déraisonnable. La décision a été annulée et l'affaire a été renvoyée au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 152(3),(8), 164(2), 169(2.2),(3), 222 « action », « dette fiscale », 225.1(1),(2),(3),(4),(5), 248 « cotisation ».
Loi fédérale sur les prêts aux étudiants, L.R.C. (1985), ch. S-23.
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45, 51(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Markevich c. Canada*, 2003

Canada, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

CONSIDERED:

Connolly v. Canada (National Revenue), 2019 FCA 161, [2019] 4 F.C.R. 256; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Buik Estate v. Canasia Power Corp.*, 2014 ONSC 2959 (CanLII); *Thandi (Re)*, 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090; *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII); *Canada (Attorney General) v. Simpson* (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. No. 2850 (QL) (S.C.); *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General), 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Doig v. Canada*, 2011 FC 371, [2011] 4 C.T.C. 1; *Canada v. Stasiuk*, 2018 ONSC 1226 (CanLII); *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Belanger v. Gilbert* (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (B.C.S.C.), aff'd (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (B.C.C.A.); *Allen v. Bapco Paint Limited* (1982), 34 B.C.L.R. 242, 1982 CanLII 624 (B.C.S.C.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. The Queen*, 2001 FCA 314, [2002] 1 C.T.C. 43; *Lornport Investments Ltd. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 293; [1992] 1 C.T.C. 351 (C.A.); *The Queen v. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] F.C. 396, [1971] F.C.J. No. 33 (QL) (T.D.).

AUTHORS CITED

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989.
Black's Law Dictionary, 10th ed., Thomson Reuters, 2014.
Black's Law Dictionary online, 2nd ed., "acknowledgement".
Merriam-Webster Online Dictionary, "acknowledgement".
Oxford English Dictionary online, 3rd ed., "acknowledgement".
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.

CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Connolly c. Canada (Revenu national), 2019 CAF 161, [2019] 4 R.C.F. 256; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Buik Estate v. Canasia Power Corp.*, 2014 ONSC 2959 (CanLII); *Thandi (Re)*, 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090; *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII); *Canada (Attorney General) v. Simpson* (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. n° 2850 (QL) (C. Sup.); *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (C.A. C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général), 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Doig c. Canada*, 2011 CF 371; *Canada v. Stasiuk*, 2018 ONSC 1226 (CanLII); *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Belanger v. Gilbert* (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (C.S. B.-C.), conf. par (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (C.A. B.-C.); *Allen v. Bapco Paint Limited* (1982), 34 B.C.L.R. 242, 1982 CanLII 624 (C.S. C.-B.); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 314; *Lornport Investments Ltd. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 293 (C.A.); *La Reine c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] C.F. 396, [1971] A.C.F. n° 33 (QL) (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton : The Institute, 1989.
Black's Law Dictionary, 10^e éd., Thomson Reuters, 2014.
Black's Law Dictionary en ligne, 2^e éd., « acknowledgement ».
Merriam-Webster Online Dictionary, « acknowledgement ».
Oxford English Dictionary en ligne, 3^e éd., « acknowledgement ».
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Canada Revenue Agency refusing a request to refund an amount collected from the applicant in relation to her 1988 taxation year. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada a refusé de rembourser à la demanderesse une somme perçue auprès d'elle relativement à son année d'imposition 1988. Demande accueillie.

APPEARANCES

David R. Davies and Jennifer Flood for applicant.
Jason Levine and Julio Paoletti for respondent.

ONT COMPARU :

David R. Davies et Jennifer Flood pour la demanderesse.
Jason Levine et Julio Paoletti pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Thorsteinssons LLP, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thorsteinssons LLP, Vancouver, pour la demanderesse.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

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

[1] STRICKLAND J.: This is an application for judicial review of the decision of an Assistant Director, Revenue Collection, Canada Revenue Agency (CRA), on behalf of the Minister of National Revenue (Minister), dated April 26, 2019 (Decision), refusing the applicant's request to refund an amount which CRA collected from her, on December 19, 2014, in relation to the applicant's 1988 taxation year. The applicant requested the refund on the basis that the 10-year collection limitation period (or CLP) set out in section 222 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA) had expired on March 4, 2014. This judicial review is brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[1] LA JUGE STRICKLAND : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du 26 avril 2019 par laquelle un directeur adjoint de la division du Recouvrement des recettes de l'Agence du revenu du Canada (l'ARC), au nom du ministre du Revenu national (le ministre), a refusé de rembourser à la demanderesse une somme que l'ARC avait perçue auprès d'elle, le 19 décembre 2014, relativement à son année d'imposition 1988. La demanderesse a sollicité le remboursement au motif que le délai de prescription de 10 ans prévu à l'article 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la LIR), avait expiré le 4 mars 2014. La demande de contrôle judiciaire est présentée sur le fondement de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Background

[2] The factual background to this matter takes place over an extended period of time, starting in 1988. However, the underlying facts are largely not in dispute. Those facts are set out in some detail here as this will assist and add clarity to the analysis that follows.

Contexte

[2] Le contexte factuel de la présente affaire s'étend sur une longue période, à partir de 1988. Les faits sous-jacents, pour l'essentiel, ne sont toutefois pas contestés. Ces faits sont exposés en détail dans les présents motifs pour faciliter et clarifier l'analyse qui suit.

[3] In her 1988 income tax return the applicant claimed losses and other deductions in connection with her participation in two transactions: the Trinity Denton Partnership (Trinity Denton) and the Sierra Trinity Limited Partnership (Sierra Trinity).

[4] On December 29, 1992, the applicant's 1988 taxation year was reassessed (First Reassessment).

[5] On March 23, 1993, the applicant filed a notice of objection in response to the First Reassessment. Therein she objected to CRA's disallowance of certain Trinity Denton partnership losses allocated to her in her capacity as a general partner in that entity. Specifically:

- i. \$75 108 in non-capital loss (1988 Trinity Denton NCL); and
- ii. \$25 125 capital loss (1988 Trinity Denton Capital Loss).

(collectively, the Trinity Denton Partnership Losses)

[6] On December 29, 1993, the Minister issued a notice of reassessment in respect of the applicant's 1988 taxation year (Second Reassessment).

[7] On March 18, 1994, the applicant filed a notice of objection to the Second Reassessment in which she disputed the:

- i. disallowance of \$174 000 of a claimed deduction of \$203 278 in Canadian exploration expenses (1988 CEE); and
- ii. disallowance of \$12 218 of a claimed deduction of \$27 743 bank interest charges (1988 Bank Interest).

[8] The applicant submits that the 1988 CEE and 1988 Bank Interest charges were connected to Sierra Trinity, not Trinity Denton. This is not disputed by the respondent.

[3] Dans sa déclaration de revenus de 1988, la demanderesse a déclaré des pertes et d'autres déductions liées à sa participation à deux opérations, soit la société de personnes Trinity Denton (Trinity Denton) et la société de personnes Sierra Trinity Limited (Sierra Trinity).

[4] Le 29 décembre 1992, l'année d'imposition 1988 de la demanderesse a fait l'objet d'une nouvelle cotisation (la première nouvelle cotisation).

[5] Le 23 mars 1993, la demanderesse a déposé un avis d'opposition à la première nouvelle cotisation. Elle s'opposait au refus de l'ARC de déduire certaines pertes de la société Trinity Denton qui lui avaient été attribuées en sa qualité d'associée commanditée de cette entité. Plus particulièrement :

- i. la perte de 75 108 \$ autre qu'en capital (la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton);
- ii. la perte en capital de 25 125 \$ (la perte en capital de 1988 de Trinity Denton);

(collectivement, les pertes de la société Trinity Denton.)

[6] Le 29 décembre 1993, le ministre a établi un avis de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1988 de la demanderesse (la deuxième nouvelle cotisation).

[7] Le 18 mars 1994, la demanderesse a déposé un avis d'opposition à la deuxième nouvelle cotisation, dans lequel elle contestait :

- i. le refus de déduire la somme de 174 000 \$ sur une déduction de 203 278 \$ demandée au titre des frais d'exploration au Canada (les frais d'exploration au Canada de 1988);
- ii. le refus de déduire la somme de 12 218 \$ sur une déduction de 27 743 \$ demandée au titre des frais d'intérêt bancaire (les intérêts bancaires de 1988).

[8] La demanderesse soutient que les frais d'exploration au Canada de 1988 et les frais d'intérêt bancaire de 1988 étaient liés à Sierra Trinity, et non à Trinity Denton. Ce fait n'est pas contesté par le défendeur.

[9] On June 13, 1994, the applicant and the Minister entered into a settlement agreement with respect to the claimed Trinity Denton Partnership Losses (Settlement Agreement). In the Settlement Agreement the Minister agreed to provide some interest relief and the applicant, amongst other things, agreed:

- i. to the issuance of an assessment or reassessment to disallow the claimed partnership losses; and
- ii. to waive any right to file a notice of objection or appeal regarding the disallowance of the losses described in the agreement; to the confirmation of such an assessment or reassessment if a notice of objection had been filed; and, that she would not take any other action to contest the validity of the Settlement Agreement.

[10] On March 30, 1995, the Minister issued a letter of confirmation pertaining to notices of objections filed for the 1988 and 1989 taxation years (First Confirmation). As a result of its review, the Minister stated that:

- i. Losses with respect to Trinity Denton Limited Partnership which were previously disallowed were confirmed, “as per our agreement”; and
- ii. Interest charges on any taxes due for 1988 and 1989 taxation years, as a result of the reassessments relating to Trinity Denton, would be cancelled for the period prior to May 1, 1991, “as per our settlement agreement”.

[11] On October 7, 2010, the Minister issued a letter of confirmation pertaining to notices of objections filed for the 1988, 1989 and 1990 taxation years (Second Confirmation). With respect to the 1988 taxation year, it confirmed that:

- i. The purchase of certain seismic data did not qualify as 1988 CEE and the \$174,000 in the 1988 taxation

[9] Le 13 juin 1994, la demanderesse et le ministre ont conclu une convention de règlement à l’égard des pertes déclarées de la société Trinity Denton (la convention de règlement). Dans la convention de règlement, le ministre a convenu d’accorder un certain allègement concernant les intérêts, et la demanderesse a notamment accepté ce qui suit :

- i. l’établissement d’une cotisation ou d’une nouvelle cotisation dans laquelle le remboursement des pertes de la société de personnes déclarées était refusé;
- ii. la renonciation à tout droit de déposer un avis d’opposition ou d’appel concernant la suppression des pertes décrites dans la convention; la confirmation de la cotisation ou de la nouvelle cotisation si un avis d’opposition avait été déposé; et l’engagement à ne prendre aucune autre mesure pour contester la validité de la convention de règlement.

[10] Le 30 mars 1995, le ministre a publié une lettre de confirmation concernant les avis d’opposition déposés pour les années d’imposition 1988 et 1989 (la première confirmation). À l’issue de son examen, le ministre a déclaré ce qui suit :

- i. les pertes à l’égard de la société de personnes Trinity Denton Limited dont la déduction a été précédemment refusée ont été confirmées [TRADUCTION] « conformément à notre convention »;
- ii. les frais d’intérêt sur tout impôt dû pour les années d’imposition 1988 et 1989, à la suite des nouvelles cotisations relatives à Trinity Denton, seraient annulés pour la période précédant le 1^{er} mai 1991, [TRADUCTION] « conformément à notre convention de règlement ».

[11] Le 7 octobre 2010, le ministre a publié une lettre de confirmation concernant les avis d’opposition déposés pour les années d’imposition 1988, 1989 et 1990 (la deuxième confirmation). Pour l’année d’imposition 1988, il a confirmé ce qui suit :

- i. l’achat de certaines données sismiques n’était pas admissible à titre de frais d’exploration au Canada de 1988

year (which had been disallowed by the Second Reassessment), was confirmed as disallowed; and

ii. The \$12,218 of the \$26,496.70 1988 Bank Interest (which had been disallowed by the Second Reassessment), was confirmed as disallowed.

[12] On January 4, 2011, the applicant filed a notice of appeal in the Tax Court with respect to her 1988, 1989 and 1990 taxation years. With respect the 1988 taxation year, a more detailed version of the above history of events was recited. The notice of appeal identified as issues, as regards to the 1988 taxation year:

i. Whether the listed deductions (the 1988 Trinity Denton NCL, 1988 Trinity Denton Capital Loss, 1988 Bank Interest and 1988 CEE) were deductible in computing income;

ii. Whether the 1988 resource interest was deductible in computing income; and

iii. Whether the disallowance of the 1988 Trinity Denton NCL, 1988 Trinity Denton Capital Loss and 1988 Bank Interest were statute barred.

[13] The applicant disputed the disallowance of the listed 1988 deductions which she submitted were validly made. She also asserted that the Second Reassessment was improper and ought to be vacated by virtue of laches of the CRA; the 1988 resource interest should be deducted and her income reduced accordingly; and, that the disallowance of the 1988 Trinity Denton NCL, 1988 Trinity Denton Capital Loss, and 1988 Bank Interest were statute barred. She requested that the Second Reassessment be vacated or, alternatively, that it be referred back to the Minister for reconsideration and reassessment.

[14] In a reply to the notice of appeal, the Minister argued that paragraphs 5 and 9 (as well as paragraphs 6(b), 6(c) and 12(c)) of the notice of appeal were improperly pleaded and should be struck out because the issue of the losses arising from the applicant's participation in Sierra Denton Limited Partnership was not properly before the

et le refus de déduire la somme de 174 000 \$ pour l'année d'imposition 1988 (dans la deuxième nouvelle cotisation) était confirmé;

ii. le refus de déduire la somme de 12 218 \$ sur les 26 496,70 \$ d'intérêts bancaires de 1988 (dans la deuxième nouvelle cotisation) était confirmé.

[12] Le 4 janvier 2011, la demanderesse a déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de ses années d'imposition 1988, 1989 et 1990. Pour l'année d'imposition 1988, une version plus détaillée de l'historique des événements présenté précédemment a été citée. Les questions suivantes ont été soulevées dans l'avis d'appel pour l'année d'imposition 1988 :

i. Les déductions énumérées (la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton, la perte en capital de 1988 de Trinity Denton, l'intérêt bancaire de 1988 et les frais d'exploration au Canada de 1988) étaient-elles déductibles dans le calcul du revenu?

ii. L'intérêt sur les ressources de 1988 était-il déductible dans le calcul du revenu?

iii. Le refus de déduire la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton, la perte en capital de 1988 de Trinity Denton et l'intérêt bancaire de 1988 était-il prescrit?

[13] La demanderesse a contesté le refus de déduire les déductions énumérées pour 1988, qui, selon elle, étaient valides. Elle a également affirmé que la deuxième nouvelle cotisation était inexacte et devait être annulée en raison du retard indu de l'ARC, que l'intérêt sur les ressources de 1988 devait être déduit et son revenu réduit en conséquence, et que le refus de déduire la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton, la perte en capital de 1988 de Trinity Denton et l'intérêt bancaire de 1988 était prescrit. Elle a demandé que la deuxième nouvelle cotisation soit annulée ou, subsidiairement, qu'elle soit renvoyée au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

[14] Dans sa réponse à l'avis d'appel, le ministre a soutenu que les paragraphes 5 et 9 (ainsi que les alinéas 6b), 6c) et 12c)) de l'avis d'appel n'étaient pas fondés et devaient être radiés parce que la question des pertes découlant de la participation de la demanderesse dans la société de personnes Sierra Denton Limited

Court due to the Settlement Agreement by which the applicant agreed not to file any appeal and was, therefore, barred from appealing that issue pursuant to subsection 169(2.2) of the ITA. I note here in passing that, as acknowledged by the parties when appearing before me, the reference in the reply to Sierra Denton Limited partnership is in error. The referenced paragraphs of the notice of appeal actually refer to the Trinity Denton partnership and the 1988 Trinity Denton NCL and 1988 Trinity Denton Capital Loss. The Settlement Agreement likewise refers to the Trinity Denton partnership.

[15] On December 19, 2014, the Minister issued a notice of reassessment in respect of the applicant's 1988 taxation year (Third Reassessment). The applicant states that Third Reassessment restored the deductions that had been disallowed in respect to Sierra Trinity in their entirety. It did not make any adjustments related to the Trinity Denton Partnership Losses. This is not disputed by the respondent.

[16] The Third Reassessment indicates that the applicant was due a refund of \$929 152.13. In its explanation of changes, the reassessment states:

We have made an adjustment according to the consent judgment.

We reduced the instalment interest we charged you by \$6,728.40.

We reduced the arrears interest we charged you by \$838,988.83.

We have used your refund of \$929,152.13 to reduce your previous balance outstanding.

[17] By letter of September 20, 2016, counsel for the applicant advised the CRA of the applicant's view that the collection of the debt in relation to the 1988 taxation year was statute barred, pursuant to subsection 222(4) of the ITA, as the 10-year limitation period prescribed by that section had expired. The letter noted that the applicant had been subject to two separate

n'avait pas été soulevée devant la Cour en raison de la convention de règlement, en vertu de laquelle la demanderesse avait convenu de ne pas déposer d'appel et ne pouvait donc pas interjeter appel de cette question aux termes du paragraphe 169(2.2) de la LIR. Je signale en passant que, comme les parties l'ont reconnu lorsqu'elles ont comparu devant moi, la référence à la société Sierra Denton Limited dans la réponse est erronée. Les paragraphes mentionnés de l'avis d'appel font en réalité référence à la société Trinity Denton, à la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton et à la perte en capital de 1988 de Trinity Denton. La convention de règlement fait elle aussi référence à la société Trinity Denton.

[15] Le 19 décembre 2014, le ministre a émis un avis de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1988 de la demanderesse (la troisième nouvelle cotisation). La demanderesse affirme que la troisième nouvelle cotisation a rétabli dans leur intégralité les déductions qui avaient été refusées relativement à Sierra Trinity. Elle ne contenait aucun rajustement concernant les pertes de la société Trinity Denton. Cela n'est pas contesté par le défendeur.

[16] La troisième nouvelle cotisation indique que la demanderesse avait droit à un remboursement de 929 152,13 \$. Pour expliquer les changements dans la nouvelle cotisation, l'ARC a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous avons fait un rajustement en fonction du jugement sur consentement.

Nous avons réduit de 6 728,40 \$ les intérêts sur acomptes provisionnels que nous vous avons facturés.

Nous avons réduit de 838 988,83 \$ les intérêts sur arriérés que nous vous avons facturés.

Nous avons utilisé votre remboursement de 929 152,13 \$ pour réduire votre solde dû précédent.

[17] Par lettre datée du 20 septembre 2016, l'avocat de la demanderesse a informé l'ARC du point de vue de sa cliente selon lequel le recouvrement de la dette relativement à l'année d'imposition 1988 était prescrit en vertu du paragraphe 222(4) de la LIR, puisque le délai de prescription de 10 ans établi par cette disposition avait expiré. La lettre indiquait que la demanderesse avait fait

reassessments in respect of her 1988 taxation year. The First Reassessment (December 29, 1992) made adjustments to her participation in Trinity Denton. The Second Reassessment (December 29, 1993) made adjustments to her participation in Sierra Trinity. The applicant filed the First Notice of Objection, in respect of the First Reassessment, on March 23, 1993. In 1994, she entered into the Settlement Agreement with respect to the First Reassessment, in which she waived her right to make any further objection or appeal in respect of the amounts contested in the First Notice of Objection. She had then filed the Second Notice of Objection, in respect of the Second Reassessment, which was ultimately confirmed by CRA. She then filed an appeal to the Tax Court in respect of the Second Reassessment.

[18] However, due to the passage of time and changes of counsel during that period, new counsel who prepared the notice of appeal was not aware of the Settlement Agreement made with respect to the First Reassessment. Because of this, new counsel included references to the First Assessment in the notice of appeal. In the Minister's reply, the Minister asserted that these were improper pleadings as the matters relating to Trinity Denton had been finally resolved by the Settlement Agreement. The applicant did not dispute this at the appeal.

[19] The September 20, 2016, letter goes on to state that after the effecting of the Settlement Agreement, the CRA did not contact the applicant in relation to an amount owing in respect to the First Assessment and only did so after the appeal of the Second Reassessment was resolved in December 2014. As no collection action was taken by March 4, 2014, CRA was barred by subsection 222(4) of the ITA from now attempting to do so.

[20] By letter of December 12, 2017, counsel for the applicant wrote to confirm the voicemail message of CRA that it would not be taking collection action in relation to

l'objet de deux nouvelles cotisations distinctes pour l'année d'imposition 1988. La première nouvelle cotisation (29 décembre 1992) contenait des rajustements à sa participation dans Trinity Denton. La deuxième nouvelle cotisation (29 décembre 1993) contenait des rajustements à sa participation dans Sierra Trinity. La demanderesse a déposé le premier avis d'opposition, à l'égard de la première nouvelle cotisation, le 23 mars 1993. En 1994, elle a conclu la convention de règlement relative à la première nouvelle cotisation, dans laquelle elle a renoncé à son droit de présenter toute autre opposition ou tout autre appel relativement aux montants contestés dans le premier avis d'opposition. Elle avait alors déjà déposé le deuxième avis d'opposition, à l'égard de la deuxième nouvelle cotisation, qui a finalement été confirmée par l'ARC. Elle a ensuite interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt au sujet de la deuxième nouvelle cotisation.

[18] Toutefois, en raison de la longue période qui s'était écoulée et des changements d'avocats survenus au cours de cette période, le nouvel avocat qui a rédigé l'avis d'appel n'était pas au courant de la convention de règlement conclue relativement à la première nouvelle cotisation. C'est pourquoi le nouvel avocat a inclus des renvois à la première cotisation dans l'avis d'appel. Dans sa réponse, le ministre a affirmé qu'il s'agissait de demandes inexactes, car les questions relatives à Trinity Denton avaient été réglées de façon définitive par la convention de règlement. La demanderesse n'a pas contesté cette affirmation en appel.

[19] La lettre du 20 septembre 2016 précise qu'après la conclusion de la convention de règlement, l'ARC n'a pas communiqué avec la demanderesse au sujet d'un montant dû relativement à la première cotisation et qu'elle ne l'a fait qu'après le règlement de l'appel de la deuxième nouvelle cotisation en décembre 2014. Comme aucune mesure de recouvrement n'avait été prise le 4 mars 2014, l'ARC ne pouvait plus tenter d'en prendre après cette date en application du paragraphe 222(4) de la LIR.

[20] Par lettre datée du 12 décembre 2017, l'avocat de la demanderesse a confirmé le message vocal de l'ARC selon lequel cette dernière ne prendrait pas de mesure de

an amount alleged to be owing with respect to the 1988 taxation year. A letter of January 25, 2018, from counsel for the applicant to the CRA attached the applicant's Detailed Arrears/Refund Interest Calculation for 1988, which indicates a credit of \$91 080.10. The letter states that the Minister, on December 19, 2014, applied this credit against the 1988 debt and that the Minister improperly took collection action, contrary to the limitation period prescribed in subsection 222(4) of the ITA. The letter requested a refund of that amount plus interest. A similar letter was sent by counsel for the applicant on February 19, 2018. The Minister referred the matter to the Department of Justice (DOJ) for an opinion. On April 1, 2019, counsel for the applicant wrote to DOJ outlining the lengthy history of the matter and the applicant's position.

[21] By the letter of April 26, 2019, the CRA advised the applicant that her refund request was refused. That letter comprises the Decision that is the subject of this judicial review.

Decision under review

[22] The April 26, 2019, letter is brief. It acknowledges the refund request and notes that the collections limitation period, or CLP, is restarted or extended when certain events occur, referring the applicant to a link to CRA's website for additional information.

[23] The letter then states:

On January 4, 2011, the taxpayer appealed to the Tax Court of Canada (TCC) in respect of its 1988 taxation year. In the "Notice of Appeal" filed, the reassessment dated December 29, 1992 ("First Reassessment") and the reassessment dated December 29, 1993 ("Second Reassessment") are both acknowledged. Filing an appeal with the TCC is an acknowledgement of the debt and restarted the CLP to day one. The CLP was simultaneously extended when the appeal to TCC was filed, which means that the CLP does not run during the time an appeal is with the TCC.

recouvrement relativement à un montant qui serait dû pour l'année d'imposition 1988. Dans une lettre datée du 25 janvier 2018 envoyée à l'ARC, l'avocat de la demanderesse a joint le calcul détaillé des intérêts sur les arriérés et les remboursements pour 1988 de sa cliente, qui indique un crédit de 91 080,10 \$. La lettre indique que le ministre, le 19 décembre 2014, a appliqué ce crédit à la dette de 1988 et qu'il a à tort pris des mesures de recouvrement, en contravention du délai de prescription prévu au paragraphe 222(4) de la LIR. Dans la lettre, la demanderesse sollicitait le remboursement de ce montant plus les intérêts. Une lettre semblable a été envoyée par l'avocat de la demanderesse le 19 février 2018. Le ministre a renvoyé l'affaire au ministère de la Justice pour obtenir un avis. Le 1^{er} avril 2019, l'avocat de la demanderesse a écrit au ministère de la Justice pour décrire le long historique de l'affaire et énoncer la position de la demanderesse.

[21] Dans la lettre du 26 avril 2019, l'ARC a informé la demanderesse que sa demande de remboursement avait été refusée. Cette lettre contient la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

Décision faisant l'objet du contrôle

[22] La lettre du 26 avril 2019 est brève. L'ARC prend acte de la demande de remboursement et souligne que le délai de prescription pour le recouvrement (le DPR) recommence à courir ou est prolongé lorsque certains événements se produisent, et elle renvoie la demanderesse à un lien vers le site Web de l'ARC pour des renseignements additionnels.

[23] La lettre indique ensuite ce qui suit :

[TRADUCTION] Le 4 janvier 2011, la contribuable a interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt (CCI) au sujet de l'année d'imposition 1988. Dans l'« avis d'appel » déposé, la contribuable reconnaît la nouvelle cotisation datée du 29 décembre 1992 (« première nouvelle cotisation ») et la nouvelle cotisation datée du 29 décembre 1993 (« deuxième nouvelle cotisation »). Le dépôt d'un appel auprès de la CCI constitue une reconnaissance de la dette, ce qui a pour effet de faire recommencer le DPR au jour un. Le DPR a été prolongé simultanément lorsque l'appel devant la CCI a été déposé, ce qui signifie que le DPR ne court pas pendant la période où l'appel est devant la CCI.

On December 19, 2014, the 1988 taxation year was reassessed, and the CLP restarted again 90 days after that date. The CLP started again at day one, on March 20, 2015, and the CLP would expire 10 years from this date on March 20, 2025, unless it is restarted or extended further.

The CLP for the 1988 taxation year had not expired on March 4, 2014, and the liability was not statute barred when the refund in the amount of \$91,080.10 was applied to the 1998 tax liability. As a result, the requested refund will not be forthcoming.

Overview of the Applicant's position

[24] It is perhaps helpful, before proceeding further, to provide an overview of the applicant's position as this provides context for the discussions that follow.

[25] The applicant in her written submissions addresses the ITA provisions which pertain to the 10-year collection limitation period and the circumstances in which it can be extended or restarted.

[26] Specifically, that pursuant to subparagraph 222(4)(a)(ii) and paragraph 222(4)(b) of the ITA, the limitation period for the collection of a tax debt that was payable on March 4, 2004, begins on March 4, 2004, and ends on the day that is 10 years after the day on which it began.

[27] Pursuant to subsection 222(8), the limitation period is *extended* in certain circumstances, specifically those set out in paragraphs 222(8)(a) to (d). Relevant to this matter is paragraph 222(8)(a), which states that in computing the day on which a limitation period ends there shall be added the number of days that the Minister may not, because of subsections 225.1(2) to (5), take any of the actions described in subsection 225.1(1) in respect of the tax debt. Subsection 225.1(3) stipulates that where a taxpayer has appealed to the Tax Court from an assessment of an amount payable under the ITA, the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount in controversy, take any of the collection actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g). Thus, the effect of filing an appeal in the Tax Court is that the Minister is precluded from collecting the tax debt while the appeal is

Le 19 décembre 2014, l'année d'imposition 1988 a fait l'objet d'une nouvelle cotisation, et le DPR a recommencé à courir 90 jours après cette date. Le DPR a recommencé à courir de nouveau au jour un le 20 mars 2015, et il prendrait fin 10 ans après cette date, soit le 20 mars 2025, à moins qu'il recommence ou soit prolongé de nouveau.

Le DPR pour l'année d'imposition 1988 n'avait pas pris fin le 4 mars 2014, et l'obligation n'était pas frappée de prescription lorsque le remboursement de 91 080,10 \$ a été appliqué à l'obligation fiscale de 1998. Par conséquent, le remboursement demandé ne sera pas accordé.

Aperçu de la thèse de la demanderesse

[24] Il est peut-être utile, avant d'aller plus loin, de donner un aperçu de la thèse de la demanderesse, car elle permet d'inscrire en contexte les discussions qui suivent.

[25] Dans ses observations écrites, la demanderesse traite des dispositions de la LIR qui portent sur le délai de prescription de 10 ans applicable au recouvrement et sur les circonstances dans lesquelles il peut être prolongé ou remis à zéro.

[26] Plus précisément, elle affirme que, aux termes du sous-alinéa 222(4)a)(ii) et de l'alinéa 222(4)b) de la LIR, le délai de prescription pour le recouvrement d'une dette fiscale qui était exigible le 4 mars 2004 commence à courir le 4 mars 2004 et prend fin 10 ans après le jour où il a commencé à courir.

[27] Aux termes du paragraphe 222(8), le délai de prescription est *prolongé* dans certaines circonstances, particulièrement celles énoncées aux alinéas 222(8)a) à d). L'alinéa 222(8)a) est pertinent en l'espèce; il prévoit que le nombre de jours où, en raison de l'un des paragraphes 225.1(2) à (5), le ministre n'est pas en mesure d'exercer les actions visées au paragraphe 225.1(1) relativement à la dette fiscale prolonge d'autant la durée du délai de prescription. Aux termes du paragraphe 225.1(3), dans le cas où un contribuable en appelle auprès de la Cour canadienne de l'impôt d'une cotisation pour un montant payable en vertu de la LIR, le ministre, pour recouvrer la somme en litige, ne peut prendre aucune des mesures visées aux alinéas 225.1(1)a) à g). Par conséquent, le dépôt d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt a pour effet

ongoing and the limitation period is extended by that same period.

[28] Pursuant to subsection 222(5), the 10-year limitation period for the collection of a tax debt can be *restarted*, then ending on the day 10 years after the day on which it restarted, in the three circumstances set out in paragraphs 222(5)(a), (b) and (c):

222 (1) ...

Limitation period restarted

(5) ...

- (a)** the taxpayer acknowledges the tax debt in accordance with subsection (6);
- (b)** the Minister commences an action to collect the tax debt; or
- (c)** the Minister, under subsection 159(3) or 160(2) or paragraph 227(10)(a), assesses any person in respect of the tax debt.

[29] With respect to an acknowledgment of a debt, subsection 222(6) states:

222 (1) ...

Acknowledgement of tax debts

(6) A taxpayer acknowledges a tax debt if the taxpayer

- (a)** promises, in writing, to pay the tax debt;
- (b)** makes a written acknowledgement of the tax debt, whether or not a promise to pay can be inferred from the acknowledgement and whether or not it contains a refusal to pay; or
- (c)** makes a payment, including a purported payment by way of a negotiable instrument that is dishonoured, on account of the tax debt.

[30] The applicant's overarching position in this case is that, pursuant to subparagraph 222(4)(a)(ii) the limitation period for debt owed by Trinity Denton for the 1988 taxation year (1988 Debt) began on March 4, 2004,

d'empêcher le ministre de recouvrer la dette fiscale pendant la période où l'appel est en cours, et la durée du délai de prescription est prolongée de cette période.

[28] Aux termes du paragraphe 222(5), le délai de prescription de 10 ans pour le recouvrement d'une dette fiscale peut *recommencer à courir*, puis prendre fin 10 ans plus tard, dans les trois circonstances énoncées aux alinéas 222(5)a, b) et c) :

222 (1) [...]

Reprise du délai de prescription

(5) [...]

- a)** le contribuable reconnaît la dette conformément au paragraphe (6);
- b)** le ministre entreprend une action en recouvrement de la dette;
- c)** le ministre établit, en vertu des paragraphes 159(3) ou 160(2) ou de l'alinéa 227(10)a), une cotisation à l'égard d'une personne concernant la dette.

[29] Pour ce qui est de la reconnaissance d'une dette, le paragraphe 222(6) énonce ce qui suit :

222 (1) [...]

Reconnaissance de dette fiscale

(6) Se reconnaît débiteur d'une dette fiscale le contribuable qui, selon le cas :

- a)** promet, par écrit, de régler la dette;
- b)** reconnaît la dette par écrit, que cette reconnaissance soit ou non rédigée en des termes qui permettent de déduire une promesse de règlement et renferme ou non un refus de payer;
- c)** fait un paiement au titre de la dette, y compris un prétendu paiement fait au moyen d'un titre négociable qui fait l'objet d'un refus de paiement.

[30] Selon la thèse générale de la demanderesse en l'espèce, aux termes du sous-alinéa 222(4)a)(ii), le délai de prescription pour la dette due par Trinity Denton pour l'année d'imposition 1988 (la dette de 1988) a

and, pursuant to paragraph 222(4)(b), ended on March 4, 2014. She submits that during that timeframe that the Minister took no steps to collect the 1988 Debt. Nor do the circumstances of this case support that the limitation period was extended or was restarted. Accordingly, pursuant to subsection 222(3), the Minister was precluded from commencing an action to collect the 1998 Debt after the end of the limitation period. An “action” is defined in subsection 222(1) and means an action to collect a debt of a taxpayer and includes anything done by the Minister under subsection 164(2):

164 (1) ...

Application to other debts

(2) Instead of making a refund or repayment that might otherwise be made under this section, the Minister may, where the taxpayer is, or is about to become, liable to make any payment to Her Majesty in right of Canada or in right of a province, apply the amount of the refund or repayment to that other liability and notify the taxpayer of that action.

[31] On December 19, 2014, and despite the expiry of the limitation period, the Minister took collection action by applying a credit otherwise refundable to the applicant against the 1988 Debt. The applicant submits that the grounds relied upon by the Minister in the Decision refusing her request for a refund are incorrect in law.

Relevant provisions of the ITA

[32] The full text of the relevant provisions of the ITA are reproduced in Annex “A” of these reasons.

Issues

[33] The applicant submits that the sole issue is whether the Minister made a substantive error of law by concluding that the limitation period under subsection 222(4) of the ITA, in respect of the 1988 Debt, had not expired prior to December 19, 2014.

commencé à courir le 4 mars 2004 et, aux termes de l’alinéa 222(4)b), il a pris fin le 4 mars 2014. La demanderesse soutient que, pendant cette période, le ministre n’a pris aucune mesure pour recouvrer la dette de 1988. Elle soutient également que les circonstances de l’espèce ne permettent pas non plus de conclure que le délai de prescription a été prorogé ou a recommencé à courir. Aux termes du paragraphe 222(3), le ministre ne pouvait donc pas entreprendre une action en recouvrement de la dette de 1988 après l’expiration du délai de prescription. Une « action » est définie au paragraphe 222(1) et s’entend d’une action en recouvrement d’une dette d’un contribuable, y compris toute mesure prise par le ministre en vertu du paragraphe 164(2) :

164 (1) [...]

Imputation du remboursement

(2) Lorsque le contribuable est redevable d’un montant à Sa Majesté du chef du Canada ou du chef d’une province ou est sur le point de l’être, le ministre peut, au lieu de rembourser un paiement en trop ou une somme en litige, qui pourrait par ailleurs être remboursé en vertu du présent article, imputer la somme à rembourser sur ce dont le contribuable est ainsi redevable et en aviser celui-ci.

[31] Le 19 décembre 2014, et malgré l’expiration du délai de prescription, le ministre a pris des mesures de recouvrement en appliquant à la dette de 1988 un crédit par ailleurs remboursable à la demanderesse. La demanderesse soutient que les motifs invoqués par le ministre dans sa décision de refuser sa demande de remboursement sont erronés en droit.

Dispositions applicables de la LIR

[32] Le texte intégral des dispositions applicables de la LIR est reproduit à l’annexe « A » des présents motifs.

Questions en litige

[33] La demanderesse soutient que la seule question en litige consiste à savoir si le ministre a commis une erreur de droit fondamentale en concluant que le délai de prescription visé au paragraphe 222(4) de la LIR, en ce qui a trait à la dette de 1988, n’avait pas expiré avant le 19 décembre 2014.

[34] The Minister submits that there are three issues arising and that if the answer to any one of them is affirmative, then the application for judicial review must be dismissed. Specifically:

- i. Did the issuance of the Third Reassessment on December 19, 2014, operate as a wholly new reassessment with an entirely new CLP in respect to the applicant's 1988 tax liability?
- ii. Did the applicant's filing of the appeal on January 4, 2011, suspend the CLP in existence at that time for the duration of the appeal?
- iii. Did the applicant "acknowledge" her 1988 tax liability by filing the appeal (to the Tax Court), thereby restarting the CLP in existence at that time?

[35] In my view, and given my conclusion on the applicable standard of review as set out below, the overarching question is whether the Minister reasonably concluded that the CLP, as prescribed by subsection 222(4) of the ITA, had not expired as of December 19, 2014. This question requires the determination of three issues:

Issue 1: Did the applicant "acknowledge" her 1988 tax liability by filing her appeal to the Tax Court, thereby restarting the CLP?

Issue 2: Did the applicant's filing of her appeal to the Tax Court, on January 4, 2011, extend the existing CLP?

Issue 3: Did the issuance of the Third Reassessment on December 19, 2014, operate as a new reassessment, initiating a new CLP, in respect of the applicant's 1988 tax liability?

[34] Le ministre soutient que trois questions se posent et que, si la réponse à l'une d'elles est affirmative, la demande de contrôle judiciaire doit alors être rejetée. Plus particulièrement :

- i. La troisième nouvelle cotisation établie le 19 décembre 2014 représentait-elle une autre cotisation entièrement nouvelle assortie d'un tout nouveau DPR relativement à l'obligation fiscale de la demanderesse pour 1988?
- ii. Le dépôt de l'appel par la demanderesse le 4 janvier 2011 a-t-il eu pour effet de suspendre pendant la durée de l'appel le DPR qui courait à ce moment?
- iii. La demanderesse a-t-elle « reconnu » son obligation fiscale pour l'année 1988 en interjetant appel (auprès de la Cour canadienne de l'impôt), faisant ainsi recommencer à zéro le DPR alors en vigueur?

[35] À mon avis, et compte tenu de ma conclusion sur la norme de contrôle applicable énoncée ci-après, la question fondamentale est celle de savoir s'il était raisonnable pour le ministre de conclure que le DPR, tel qu'établi au paragraphe 222(4) de la LIR, n'avait pas expiré le 19 décembre 2014. Pour répondre à cette question, il faut d'abord trancher trois questions :

Première question 1 : La demanderesse a-t-elle « reconnu » son obligation fiscale pour l'année 1988 en interjetant appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, faisant ainsi recommencer à zéro le DPR?

Deuxième question 2 : Le dépôt de l'appel par la demanderesse auprès de la Cour canadienne de l'impôt, le 4 janvier 2011, a-t-il eu pour effet de proroger le DPR en vigueur?

Troisième question : La troisième nouvelle cotisation établie le 19 décembre 2014 représentait-elle une autre nouvelle cotisation, créant ainsi un nouveau DPR à l'égard de l'obligation fiscale de la demanderesse pour l'année 1988?

Standard of Review*Parties' positions*

[36] In her written submissions the applicant asserted that correctness is the applicable standard of review, relying on *Connolly v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 161, [2019] 4 F.C.R. 256 (*Connolly*), [at paragraph 54]:

I agree with Mr. Connolly that the first aspect of the delegate's consideration of the subsection 204.1(4) analysis, involving delineation of the applicable test enshrined in the subsection, raises a question of law and that, to date, this Court has reviewed legal interpretations made by the Minister or a ministerial delegate of provisions in the ITA for correctness, even though under the *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, framework such questions normally subject to review on a reasonableness standard: see, e.g., *Redeemer Foundation*, at paragraph 24; *Bozzer*, at paragraph 3; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 432 N.R. 338, at paragraphs 19–23; *Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 120, 358 D.L.R. (4th) 541, at paragraphs 12–13; *Opportunities for the Disabled Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2016 FCA 94, 482 N.R. 297, at paragraph 16.

[37] The respondent submitted in its written submissions that an administrative decision maker's interpretation of their home statute is subject to deference on judicial review. Here the ITA is the Minister's home statute and the applicant is challenging the Minister's interpretation and application of the ITA. The respondent submitted that the reasonableness standard presumptively applies (*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraphs 27 and 28) and that none of the exceptions to this presumption have application in this matter (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraphs 25–33).

[38] Subsequent to the parties filing their written submissions, the Supreme Court of Canada issued its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th)

Norme de contrôle applicable*Thèse des parties*

[36] Dans ses observations écrites, la demanderesse a affirmé que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, s'appuyant sur l'arrêt *Connolly c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 161, [2019] 4 R.C.F. 256 (*Connolly*) [au paragraphe 54] :

Je conviens avec M. Connolly que le premier volet de l'analyse que la fonctionnaire déléguée a faite du paragraphe 204.1(4), concernant le critère applicable qui y est prévu, soulève une question de droit et que, jusqu'à maintenant, notre Cour a examiné la manière dont le ministre ou son fonctionnaire délégué interprétait les dispositions de la LIR en regard de la norme de la décision correcte, même si, depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, ces questions doivent normalement être examinées en regard de la norme de la décision raisonnable : voir, par exemple, l'arrêt *Fondation Redeemer*, au paragraphe 24; l'arrêt *Bozzer*, au paragraphe 3; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136, aux paragraphes 19 à 23; *Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 120, aux paragraphes 12 et 13; *Opportunities for the Disabled Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2016 CAF 94, au paragraphe 16.

[37] Le défendeur a soutenu dans ses observations écrites que l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive commande la déférence en contrôle judiciaire. En l'espèce, la LIR est la loi constitutive du ministre, et la demanderesse conteste l'interprétation et l'application de la LIR par ce dernier. Le défendeur a soutenu qu'il existe une présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, aux paragraphes 27 et 28) et qu'aucune des exceptions à cette présomption ne s'applique en l'espèce (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), aux paragraphes 25–33).

[38] Après le dépôt des observations écrites par les parties, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*). Les parties ont été

1 (*Vavilov*). The parties were permitted to file further written submissions to address the impact of *Vavilov* on their positions.

[39] In those further submissions, the parties agreed that post-*Vavilov*, the presumptive standard of review is reasonableness.

[40] However, the applicant contends that this presumption is rebutted in the circumstances of this matter and, therefore, the applicable standard of review continues to be correctness. Specifically, she submits that the interpretation of statutory limitation periods is a pure question of law and is of central importance to the functioning of the legal system in Canada (*Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94 (*Markevich*), at paragraph 17; *McLean*, at paragraph 28). The applicant submits that to allow the Minister's delegate to interpret subsection 222(4) of the ITA "under the guise of 'reasonableness' review would be inconsistent with the rule of law and would introduce an unacceptable degree of uncertainty into the interpretation of the legal question". Further, that the CRA, acting on behalf of the Minister, has no particular expertise in interpreting legal issues involving limitation periods and the ITA does not suggest that the Minister is to be afforded deference. In the alternative, if the Court determines that the reasonableness standard does apply, then when assessing the Decision the Court must apply that standard in the manner set out in *Vavilov*. This should include recognizing that the CRA is not an independent tribunal and has an interest in the outcome, the continued withholding of the refund. The CRA cannot be permitted to reverse engineer its statutory interpretation to achieve its desired outcome (*Vavilov*, at paragraph 121).

[41] The respondent submits that *Vavilov* contemplates two situations where the presumption is rebutted: (1) where legislation speaks directly to standard or review or does so implicitly by providing for direct appeal a decision maker to a court, and (2) where required by the rule of law. However, neither of these exceptions have

autorisées à déposer d'autres observations écrites compte tenu de l'incidence de l'arrêt *Vavilov* sur leurs points de vue.

[39] Dans ces observations supplémentaires, les parties ont convenu qu'après l'arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle qui est présumée s'appliquer est celle de la décision raisonnable.

[40] La demanderesse soutient toutefois que cette présomption est réfutée compte tenu des circonstances de l'espèce et que, par conséquent, la norme de contrôle applicable demeure celle de la décision correcte. Plus précisément, elle soutient que l'interprétation des délais de prescription prévus par la loi est purement une question de droit et qu'elle est d'une importance capitale pour le fonctionnement du système juridique au Canada (*Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94 (*Markevich*), au paragraphe 17; *McLean*, au paragraphe 28). Selon la demanderesse, permettre au délégué du ministre d'interpréter le paragraphe 222(4) de la LIR [TRADUCTION] « sous le couvert d'un contrôle selon la norme de la "décision raisonnable" serait contraire à la primauté du droit et introduirait un degré inacceptable d'incertitude dans l'interprétation de la question juridique ». Elle ajoute que l'ARC, agissant au nom du ministre, n'a aucune expertise en particulier dans l'interprétation des questions juridiques concernant les délais de prescription et que la LIR ne donne pas à penser qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard du ministre. À titre subsidiaire, si la Cour conclut que la norme de la décision raisonnable s'applique, elle doit l'appliquer de la manière énoncée dans l'arrêt *Vavilov*. Il faudrait pour cela reconnaître que l'ARC n'est pas un tribunal indépendant et qu'elle a un intérêt dans le résultat, soit de continuer à retenir le remboursement. L'ARC ne peut être autorisée à échafauder sa propre interprétation de la loi en fonction du résultat qu'elle souhaite atteindre (*Vavilov*, au paragraphe 121).

[41] Le défendeur soutient que l'arrêt *Vavilov* prévoit deux situations où la présomption est réfutée : 1) lorsque la loi traite directement de la norme de contrôle ou le fait implicitement en prévoyant un appel direct d'une décision auprès d'un tribunal, et 2) lorsque la primauté du droit l'exige. Toutefois, aucune de ces exceptions ne

application in this matter. The rule of law only requires courts to have the final word with regard to general questions of law that are of central importance to the legal system as a whole (*Vavilov*, at paragraphs 58–59, 61). The Decision does not raise a general or abstract question relating to limitation periods generally. Rather, it raises questions of mixed fact and law that are specific to the administration of the ITA.

Analysis

[42] As to the applicant’s reliance on *Connolly*, it is significant to note that following paragraph 54, relied upon by the applicant and quoted above, the Court went on to say:

That said, given significant developments in the common law of judicial review in recent years, it may well be that this approach is no longer correct as my colleague, Woods J.A., recently noted in *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 425 D.L.R. (4th) 746, at paragraphs 22–24 and *Ark Angel Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 21, [2019] 4 C.T.C. 71, at paragraphs 30–31. However, for the reasons set out below, it is in my view unnecessary to decide this issue in the present case.

[43] Subsequent to *Connolly*, the Supreme Court of Canada in *Vavilov* held that the standard of reasonableness presumptively applies whenever a court reviews an administrative decision (*Vavilov*, at paragraphs 16, 23, 25). That presumption may be rebutted in two circumstances. The first is where the legislature has prescribed the standard of review or has provided a statutory appeal mechanism thereby signalling the legislature’s intent that appellate standards should apply (*Vavilov*, at paragraphs 17, 33). The second circumstance is where the rule of law requires the application of the correctness standard. This will be the case for certain categories of questions, namely, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (*Vavilov*, at paragraphs 17, 53).

s’applique en l’espèce. La primauté du droit exige seulement que les cours de justice tranchent de manière définitive les questions de droit générales qui sont d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble (*Vavilov*, aux paragraphes 58–59, 61). La décision ne soulève pas de question générale ou abstraite concernant les délais de prescription en général. Elle soulève plutôt des questions mixtes de fait et de droit qui sont propres à l’application de la LIR.

Analyse

[42] Comme la demanderesse s’appuie sur l’arrêt *Connolly*, il est important de noter que, après le paragraphe 54, invoqué par la demanderesse et précité, la Cour d’appel [fédérale] a ajouté ce qui suit :

Cela dit, étant donné les développements importants observés au cours des dernières années dans le domaine de la common law en matière de contrôle judiciaire, il se pourrait bien que cette approche ne soit plus la bonne, comme l’a récemment fait remarquer ma collègue la juge Woods, dans les arrêts *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, aux paragraphes 22 à 24, et *Ark Angel Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 21, aux paragraphes 30 et 31. Cependant, pour les motifs énoncés ci-après, je suis d’avis qu’il n’est pas nécessaire de statuer sur cette question en l’espèce.

[43] À la suite de l’arrêt *Connolly*, dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême du Canada a conclu que la norme de la décision raisonnable est présumée s’appliquer chaque fois qu’une cour contrôle une décision administrative (*Vavilov*, aux paragraphes 16, 23, 25). Cette présomption peut être réfutée dans deux types de circonstances. La première est celle où le législateur a prescrit la norme de contrôle ou a prévu un mécanisme d’appel, indiquant ainsi son intention que les normes applicables en appel devraient s’appliquer (*Vavilov*, aux paragraphes 17, 33). La deuxième est celle où la primauté du droit commande l’application de la norme de la décision correcte. Ce sera le cas pour certaines catégories de questions, soit les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs (*Vavilov*, aux paragraphes 17, 53).

[44] The applicant does not suggest that the first circumstance has any application in this matter. She takes the position that the Minister's Decision falls into the category of a general question of law of central importance to the legal system as a whole and, as such, rebuts the presumption that the reasonableness standard applies.

[45] In my view, this position is not supported by *Vavilov* or the factual circumstances of this matter. In *Vavilov*, the Supreme Court stated that the presumptive standard of reasonableness applies to the administrative decision maker's interpretation of its enabling statute, as well as applying more broadly to other aspects of its decision (paragraph 25). And, as to general questions of law of central importance to the legal system as a whole, the Supreme Court referenced its decision in *Dunsmuir* [v. *New Brunswick*], 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], at paragraph 60, which held that general questions of law which are "both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise". However, while the Court remained of the view that the rule of law requires courts to have the final word with regard to general questions of law that are "of central importance to the legal system as a whole", it found that it is no longer necessary to evaluate the decision maker's specialized expertise in order to determine whether the correctness standard must be applied in cases involving such questions (*Vavilov*, at paragraph 58). That is, expertise is no longer relevant to the determination of the standard of review as it was in the previously required contextual analysis. The role of expertise in decision-making is now a consideration in conducting the presumptive reasonableness review (*Vavilov*, at paragraph 31).

[46] The Supreme Court then noted that the key underlying rationale for this category of question is the reality that certain general questions of law "require uniform and consistent answers" as a result of "their impact on the administration of justice as a whole" (*Dunsmuir*, paragraph 60). In these cases, correctness review is

[44] La demanderesse ne dit pas que la première circonstance s'applique en l'espèce. Elle est d'avis que la décision du ministre entre dans la catégorie des questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et que, à ce titre, elle réfute la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique.

[45] À mon sens, cette thèse n'est pas étayée par l'arrêt *Vavilov* ni par les circonstances factuelles de l'espèce. Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a déclaré que la norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer à l'interprétation par le décideur administratif de sa loi habilitante, et aussi de façon plus générale aux autres aspects de sa décision (au paragraphe 25). De plus, en ce qui concerne les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, la Cour suprême a fait référence à l'arrêt *Dunsmuir* [c. *Nouveau-Brunswick*], 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*], au paragraphe 60, qui précise qu'elles sont, « "à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d'expertise de l'arbitre" ». Toutefois, bien que la Cour suprême soit demeurée d'avis que la primauté du droit exige que les cours de justice tranchent de manière définitive les questions de droit générales qui sont d'« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble », elle a conclu qu'il n'est plus nécessaire d'examiner l'expertise spécialisée du décideur pour déterminer s'il faut appliquer la norme de la décision correcte en pareil cas (*Vavilov*, au paragraphe 58). Autrement dit, pour déterminer la norme de contrôle applicable, la question de l'expertise n'est plus aussi pertinente qu'elle l'était dans l'analyse contextuelle précédemment requise. Désormais, la place que l'expertise occupe dans le processus décisionnel est un facteur dont il faut tenir compte lors du contrôle selon la norme présumée s'appliquer de la décision raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 31).

[46] La Cour suprême a ensuite souligné que la principale raison d'être de cette catégorie de questions est la nécessité de trancher certaines questions de droit générales « de manière uniforme et cohérente » étant donné leurs « répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » (*Dunsmuir*, au paragraphe 60).

necessary to resolve general questions of law that are of “fundamental importance and broad applicability”, with significant legal consequences for the justice system as a whole or for other institutions of government (*Vavilov*, at paragraph 59). The Court cited its prior decisions in this regard and then stated:

.... For example, the question in *University of Calgary* could not be resolved by applying the reasonableness standard, because the decision would have had legal implications for a wide variety of other statutes and because the uniform protection of solicitor-client privilege — at issue in that case — is necessary for the proper functioning of the justice system: *University of Calgary*, at paras. 19-26. As this shows, the resolution of general questions of law “of central importance to the legal system as a whole” has implications beyond the decision at hand, hence the need for “uniform and consistent answers”.

[47] Further [at paragraphs 61–62]:

We would stress that the mere fact that a dispute is “of wider public concern” is not sufficient for a question to fall into this category — nor is the fact that the question, when framed in a general or abstract sense, touches on an important issue: see, e.g., *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 66; *McLean*, at para. 28; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at para. 18. The case law reveals many examples of questions this Court has concluded are *not* general questions of law of central importance to the legal system as a whole. These include whether a certain tribunal can grant a particular type of compensation (*Mowat*, at para. 25); when estoppel may be applied as an arbitral remedy (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 37-38); the interpretation of a statutory provision prescribing timelines for an investigation (*Alberta Teachers*, at para. 32); the scope of a management rights clause in a collective agreement (*Irving Pulp & Paper*, at paras. 7, 15-16 and 66, per Rothstein and Moldaver JJ., dissenting but not on this point); whether a limitation period had been triggered under securities legislation (*McLean*, at paras. 28-31);

Dans ces cas, la norme de contrôle de la décision correcte s'impose à l'égard des questions de droit générales qui sont « d'une importance fondamentale, de grande portée » et susceptibles d'avoir des répercussions juridiques significatives sur le système de justice dans son ensemble ou sur d'autres institutions gouvernementales (*Vavilov*, au paragraphe 59). La Cour suprême a mentionné ses arrêts antérieurs à cet égard, puis elle a déclaré ce qui suit :

[...] Par exemple, la question soulevée dans *University of Calgary* ne pouvait pas être tranchée par application de la norme de la décision raisonnable en raison des conséquences juridiques de la décision sur une vaste gamme d'autres régimes législatifs et en raison de la nécessité d'une protection uniforme du secret professionnel de l'avocat — en cause dans cette affaire — pour le bon fonctionnement du système de justice : *University of Calgary*, par. 19-26. Ainsi que le montre cette jurisprudence, résoudre des questions de droit générales « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » a des répercussions qui transcendent la décision en cause, d'où le besoin de « réponses uniformes et cohérentes ».

[47] En outre [aux paragraphes 61–62] :

Nous tenons à préciser que le simple fait qu'un conflit puisse être « d'intérêt public général » ne suffit pas pour qu'une question entre dans cette catégorie — pas plus que ne l'est le fait qu'une question formulée dans un sens général ou abstrait porte sur un enjeu important : voir, p. ex., *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 66; *McLean*, par. 28; *Barreau du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18. La jurisprudence renferme de nombreux exemples de questions que notre Cour *n'a pas* considérées comme étant des questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Mentionnons, entre autres, la question de savoir si un certain tribunal administratif peut accorder ou non un type particulier d'indemnité (*Mowat*, par. 25); les cas dans lesquels un arbitre peut appliquer une préclusion à titre de réparation (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 37-38); l'interprétation d'une disposition législative prescrivant le délai pour mener à terme une enquête (*Alberta Teachers*, par. 32); la portée des droits de la direction prévus dans une convention collective (*Pâtes & Papier Irving*, par. 7, 15-16 et 66, les juges Rothstein et

whether a party to a confidential contract could bring a complaint under a particular regulatory regime (*Canadian National Railway*, at para. 60); and the scope of an exception allowing non-advocates to represent a minister in certain proceedings (*Barreau du Québec*, at paras. 17-18). As these comments and examples indicate, this does not mean that simply because expertise no longer plays a role in the selection of the standard of review, questions of central importance are now transformed into a broad catch-all category for correctness review.

In short, general questions of law of central importance to the legal system as a whole require a single determinate answer. In cases involving such questions, the rule of law requires courts to provide a greater degree of legal certainty than reasonableness review allows. [Emphasis in original.]

[48] I note that in *McLean*, referenced above in paragraph 61 of *Vavilov* by the Supreme Court as an example of questions that are not general questions of law central to the importance to the legal system as a whole, the Supreme Court considered whether, for the purposes of paragraph 161(6)(d) of the British Columbia *Securities Act* [R.S.B.C. 1996, c. 418], “the events” that triggered the six-year limitation period found in section 159 were triggered by the underlying conduct that gave rise to a settlement agreement or by the settlement agreement itself. The majority found that although limitation periods, conceptually, are “generally of central importance to fair administration of justice” [emphasis in original], it did not follow that the Security Commissioner’s interpretation of the limitation period must be reviewed for its correctness. Rather, that the meaning of “the events” in section 159 was “a nuts-and-bolts question of statutory interpretation confined to a particular context” (*McLean*, at paragraph 28).

Moldaver, dissidents mais non sur ce point); l’application d’un délai de prescription en vertu d’une loi portant sur les valeurs mobilières (*McLean*, par. 28-31); la possibilité pour une partie à un contrat confidentiel de porter plainte sous un régime particulier de réglementation (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60); et la portée d’une exception permettant aux non-avocats de représenter un ministre dans certaines instances (*Barreau du Québec*, par. 17-18). Comme ces commentaires l’indiquent et ces exemples le montrent, le simple fait que l’expertise n’occupe plus de place dans la sélection de la norme de contrôle ne veut pas dire que les questions d’importance capitale forment désormais une vaste catégorie fourre-tout à laquelle s’applique la norme de la décision correcte.

En somme, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble exigent une réponse unique et définitive. Lorsque ces questions se posent, la primauté du droit requiert que les cours de justice apportent un niveau de certitude juridique qui soit supérieur à celui que permet le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable. [Italiques dans l’original.]

[48] Je remarque que, dans l’arrêt *McLean*, qui a été cité par la Cour suprême au paragraphe 61 de l’arrêt *Vavilov* comme exemple de questions qui ne sont pas des questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, la Cour suprême s’est demandé si, pour l’application l’alinéa 161(6)d de la loi britannico-colombienne intitulée *Securities Act* [R.S.B.C. 1996, ch. 418] (Loi sur les valeurs mobilières), « l’événement » à partir duquel commence à courir le délai de prescription de six ans prévu à l’article 159 était la conduite qui a donné lieu à la convention de règlement ou à la convention de règlement elle-même. Les juges majoritaires ont conclu que, bien que les délais de prescription, sur le plan théorique, revêtent « généralement une importance capitale aux fins d’une saine administration de la justice » [italique dans l’original], il ne s’ensuit pas que l’interprétation du délai applicable par le commissaire aux valeurs mobilières doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Elle a ajouté que le sens du terme « événement » employé à l’article 159 constituait « un point technique d’interprétation législative dans un contexte très précis » (*McLean*, au paragraphe 28).

[49] In my view, this is a similar circumstance. The Decision in this matter does not turn purely on the Minister's interpretation of subsection 222(4) of the ITA, but on the Minister's application of that, and related provisions, to the facts of the applicant's case. That is, it is an issue of mixed fact and law. I am also not persuaded that any interpretation of that provision by the Minister in the Decision gives rise to a general question of law central to the importance to the legal system as a whole. The Minister's interpretation is confined to the applicant's particular circumstances, being whether the Settlement Agreement caused the limitation period to be extended or restarted and, if it did not, whether the limitation period had expired prior to, and could not be revived by, the Third Reassessment. It will primarily have an effect on the specific circumstances of the applicant and it does not amount to a general question of law of central importance to the legal system as a whole which requires a single determinate answer. Accordingly, the presumption of reasonableness as the applicable standard of review of the Decision has not been rebutted.

[50] Finally, I note that the Supreme Court in *Vavilov* also addressed how a reasonableness review is to be conducted by a reviewing court (at paragraphs 73–145).

[51] Within that discussion, the Supreme Court addressed the principles of statutory interpretation as an element of a reasonableness analysis and held that matters of statutory interpretation are not treated uniquely and, as with other questions of law, may be evaluated on a reasonableness standard (paragraph 115).

[52] More generally, it held that a reviewing court must determine whether the decision as a whole is reasonable and, to make that determination, the reviewing court “asks whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*,

[49] À mon avis, cette circonstance est similaire. La décision en l'espèce ne repose pas uniquement sur l'interprétation du paragraphe 222(4) de la LIR par le ministre, mais aussi sur l'application par le ministre de cette disposition, et de dispositions connexes, aux faits de l'espèce. Il s'agit donc d'une question mixte de fait et de droit. Je ne suis pas non plus convaincue que l'interprétation de cette disposition par le ministre dans sa décision donne lieu à une question de droit générale d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. L'interprétation du ministre se limite à la situation propre à la demanderesse, à savoir si la convention de règlement a entraîné la prorogation ou la reprise du délai de prescription et, dans la négative, si le délai de prescription avait expiré avant la troisième nouvelle cotisation et ne pouvait être réactivé par cette dernière. Cette interprétation aura principalement des répercussions sur la situation propre à la demanderesse, et il ne s'agit pas d'une question de droit générale d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble qui exige une réponse unique et définitive. Par conséquent, la présomption selon laquelle la norme de contrôle applicable est la norme de la décision raisonnable n'a pas été réfutée.

[50] Je constate enfin que, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême s'est également penchée sur la façon dont une cour de révision devrait s'y prendre pour procéder au contrôle selon la norme de la décision raisonnable (aux paragraphes 73–145).

[51] Dans son analyse, la Cour suprême a traité des principes d'interprétation de la loi comme élément d'une analyse selon la norme de la décision raisonnable et a conclu que les questions d'interprétation de la loi ne reçoivent pas un traitement exceptionnel et, comme toute autre question de droit, elles peuvent être évaluées selon la norme de la décision raisonnable (au paragraphe 115).

[52] De façon plus générale, la Cour suprême a conclu que la cour de révision doit déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable et, pour ce faire, elle doit « se demander si la décision possède les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques

at paragraphs 15, 99). When a decision is based on an internally coherent and rational chain of analysis and is justified in relation to the facts and the law that constrain the decision maker it is reasonable and is to be afforded deference by a reviewing court (*Vavilov*, at paragraph 85).

Issue 1: Did the applicant “acknowledge” her 1988 tax liability by filing her appeal to the Tax Court, thereby restarting the CLP?

Applicant's position

[53] This first issue concerns whether the applicant made a “written acknowledgment” of the 1988 Debt, as that term is described in paragraph 222(6)(b) of the ITA, by filing her appeal to the Tax Court, thereby restarting the CLP pursuant to paragraph 222(5)(a). The applicant submits that the appeal did not constitute a written acknowledgment of the 1988 Debt by the applicant and therefore it did not restart the limitation period.

[54] She submits that because what constitutes a written acknowledgment is not defined in the ITA, it is therefore properly interpreted by reading the words of the statutory provision “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418 [*Rizzo*], at paragraph 21), including considering the ordinary meaning of those words. Such an interpretation does not support that the appeal is a written acknowledgment of the 1988 Debt.

[55] In that regard, the applicant notes, amongst other points, that paragraph 222(8)(a) provides that the limitation period is extended while an appeal is outstanding. It would be redundant and incoherent to conclude that paragraph 222(5)(a) is also intended to simultaneously restart the limitation period. Had Parliament intended to restart the limitation period on the filing of any notice

pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, aux paragraphes 15, 99). Lorsqu’une décision est fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti, elle est raisonnable et commande la déférence de la part de la cour de révision (*Vavilov*, au paragraphe 85).

Première question : La demanderesse a-t-elle « reconnu » son obligation fiscale pour l’année 1988 en interjetant appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt, faisant ainsi recommencer à zéro le DPR?

Thèse de la demanderesse

[53] La première question consiste à déterminer si la demanderesse a « [reconnu] [...] par écrit » la dette de 1988, telle que cette expression est décrite à l’alinéa 222(6)(b) de la LIR, en interjetant appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt, faisant ainsi recommencer à zéro le DPR aux termes de l’alinéa 222(5)(a). La demanderesse soutient que l’appel ne constituait pas une reconnaissance par écrit de la dette de 1988 et que, par conséquent, le délai de prescription n’a pas recommencé à zéro.

[54] Elle soutient que, comme la LIR ne définit pas en quoi consiste une reconnaissance par écrit, il faut interpréter cette notion en lisant les termes de la disposition législative « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [*Rizzo*], au paragraphe 21), y compris en tenant compte du sens ordinaire de ces termes. Selon cette interprétation, l’appel ne constitue pas une reconnaissance par écrit de la dette de 1988.

[55] À cet égard, la demanderesse souligne notamment que l’alinéa 222(8)(a) prévoit que le délai de prescription est prorogé pendant qu’un appel est en instance. Il serait redondant et incohérent de conclure que l’alinéa 222(5)(a) vise également la reprise simultanée du délai de prescription. Si le législateur avait voulu que le délai de prescription recommence à zéro dès le

of appeal to the Tax Court, it would have said so. The applicant submits that this interpretation is also consistent with the legislative purpose of section 222 and the policy underlying limitation periods in general (Alberta Law Reform Institute, Report No. 55, *Limitations* (Edmonton: The Institute, 1989), at page 92). That is, where a taxpayer does not admit or verify their liability, they have not renounced their need to be protected by the limitation period and there is no justification for renewing the limitation period. Conversely, based on estoppel, if a debtor has promised to pay a debt, then the creditor should be entitled to rely on this new promise and a limitation period should not be renewed in view of that promise.

[56] Further, by its very nature an appeal is a dispute as to the existence of a tax debt, not a confirmation of its existence. By filing the appeal the applicant merely acknowledged that the First and Second Reassessments had been issued for her 1988 taxation year. She did not acknowledge the existence of the alleged 1988 Debt itself or her liability for that debt. Rather, she expressly denied the existence of any liability for the 1988 taxation year. As the appeal did not “confirm and concede” (*Buik Estate v. Canasia Power Corp.*, 2014 ONSC 2959 (CanLII) (*Buik*), at paragraph 35) the correctness of the First Reassessment or the Second Reassessment or the existence of the 1988 Debt, it was not a written acknowledgment of the tax debt and did not restart the limitation period.

Respondent's position

[57] The respondent submits that the Minister's interpretation of what constitutes a “written acknowledgment” in the context of the ITA was reasonable and is to be afforded deference. While the respondent concedes that language similar to that found in subsection 222(5) of the ITA appears in the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, it asserts that the authorities relied upon by the applicant are nevertheless distinguishable due to the statutory context and purpose of the ITA, its purpose being to raise revenues to operate the public sector.

dépôt d'un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt, il l'aurait dit. La demanderesse soutient que cette interprétation est également conforme à l'objet législatif de l'article 222 et à la politique qui sous-tend les délais de prescription en général (Alberta Law Reform Institute, Report No. 55, *Limitations* (Edmonton : The Institute, 1989), à la page 92). Autrement dit, lorsqu'un contribuable n'admet pas ou ne vérifie pas son obligation, il n'a pas renoncé à son besoin d'être protégé par le délai de prescription, et rien ne justifie le renouvellement du délai de prescription. À l'inverse, selon le principe de la préclusion, si un débiteur a promis de payer une dette, le créancier devrait alors pouvoir se fier à cette nouvelle promesse, et le délai de prescription ne devrait pas être renouvelé compte tenu de cette promesse.

[56] De plus, de par sa nature même, un appel est un différend quant à l'existence d'une dette fiscale, et non une confirmation de son existence. En déposant l'appel, la demanderesse a simplement reconnu que les première et deuxième nouvelles cotisations avaient été établies pour son année d'imposition 1988. Elle n'a pas reconnu l'existence en soi de la dette de 1988 ni son obligation à l'égard de cette dette. En fait, elle a expressément nié l'existence de toute obligation pour l'année d'imposition 1988. Étant donné que la demanderesse, en déposant son appel, n'a pas « confirmé et admis » (*Buik Estate v. Canasia Power Corp.*, 2014 ONSC 2959 (CanLII) (*Buik*), au paragraphe 35) l'exactitude de la première nouvelle cotisation ou de la deuxième nouvelle cotisation ni l'existence de la dette de 1988, il ne s'agissait pas d'une reconnaissance par écrit de la dette fiscale, et le délai de prescription n'a pas recommencé à zéro.

Thèse du défendeur

[57] Le défendeur soutient que l'interprétation du ministre de ce qui constitue une « reconnaissance par écrit » dans le contexte de la LIR était raisonnable et commande la retenue. Bien que le défendeur reconnaisse que des termes semblables à ceux du paragraphe 222(5) de la LIR figurent dans la loi britanno-colombienne intitulée *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 (Loi sur le délai de prescription), il affirme qu'il convient néanmoins d'établir une distinction entre les décisions citées par la demanderesse et l'espèce en raison du contexte

[58] Further, subsection 152(8) of the ITA states that an assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under Part I [sections 2 to 181.71] and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission in the assessment or in any proceeding under the ITA relating thereto. Subsection 152(3) states that liability for the tax under Part I is not affected by an incorrect or incomplete assessment or by the fact that no assessment has been made.

[59] Accordingly, the respondent submits that there is no need for a taxpayer to make an admission of liability because the ITA already deems that liability to exist and ousts any common law precondition of an admission of liability in order to constitute an acknowledgment. The filing of an appeal of a valid and binding tax debt is an acknowledgment of that debt. The ordinary meaning of the word “acknowledge” can bear this interpretation and is reasonable.

Analysis

[60] The Decision states that the notice of appeal acknowledged both the First Reassessment and the Second Reassessment. Further, that “Filing an appeal with the TCC is an acknowledgement of debt and restarted the CLP to day one”. This appears to express a view generally held by CRA that the filing of any appeal is an acknowledgment of the subject debt and, therefore, restarts the limitation collection period.

[61] I note in passing here that the respondent’s above reasoning referencing subsections 152(3) and (8) of the ITA is not found in the Decision refusing the requested refund. The Decision makes no explicit reference to any provisions of the ITA in support of its conclusion. The

législatif et de l’objet de la LIR, soit de percevoir des fonds pour le fonctionnement du secteur public.

[58] De plus, selon le paragraphe 152(8) de la LIR, une cotisation doit, sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d’une opposition ou d’un appel interjeté en vertu de la partie I [articles 2 à 181.71] et sous réserve d’une nouvelle cotisation, être réputée valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s’y rattachant en vertu de la LIR. Selon le paragraphe 152(3), le fait qu’une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu’aucune cotisation n’a pas été établie n’a aucun effet sur les responsabilités du contribuable à l’égard de l’impôt prévu par la partie I.

[59] Par conséquent, le défendeur soutient qu’il n’est pas nécessaire qu’un contribuable admette son obligation puisque, selon la LIR, cette obligation est réputée exister et la LIR élimine toute condition nécessaire en common law pour qu’une admission d’obligation constitue une reconnaissance. Le dépôt d’un appel d’une dette fiscale valide et exécutoire constitue une reconnaissance de cette dette. Le sens ordinaire du terme « reconnaître » peut permettre une telle interprétation et est raisonnable.

Analyse

[60] Selon la décision, en déposant l’avis d’appel, la demanderesse a reconnu la première nouvelle cotisation et la deuxième nouvelle cotisation. De plus, [TRADUCTION] « le dépôt d’un appel auprès de la CCI constitue une reconnaissance de la dette et a eu pour effet de faire recommencer le DPR au jour un ». Il semble que ce point de vue soit généralement adopté par l’ARC, selon lequel le dépôt d’un appel constitue une reconnaissance de la dette en question et, par conséquent, a pour effet de repartir du début le délai de prescription pour le recouvrement.

[61] Je souligne au passage que le raisonnement du défendeur, à propos des paragraphes 152(3) et (8) de la LIR, ne se trouve pas dans la décision par laquelle le remboursement demandé a été refusé. Le ministre ne fait aucune référence expresse aux dispositions de

certified tribunal record, like the Decision, does not include any notes or analysis. It includes only excerpts from the CRA National Collections Manual and a screen print of a portion of CRA's external website concerning limitation periods, which both indicate, without explanation, that the filing of a notice of objection or an appeal to the Tax Court is an acknowledgment of the debt. The external website extract states that these actions will restart the collections limitation period as they "are considered acknowledgments of debt". The electronic link to which the applicant was referred in the Decision is, presumably, a link to the CRA website. That said, the interpretation of paragraph 222(5)(a) and subsection 222(6) was not directly at issue when the applicant made her submissions to the CRA seeking a refund. However, the CRA appears to rely on a stated interpretation of the ITA in the Decision without offering any justification for its conclusion.

[62] Accordingly, the first question to be addressed is whether CRA reasonably concluded that the act of filing an appeal is, in and of itself, an acknowledgment which will suffice to restart a limitation period in every case.

[63] The Supreme Court of Canada has held that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Vavilov*, at paragraph 117; *Rizzo*, at paragraph 21; in the context of the ITA also see *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10). Further, that assessing the reasonableness of a statutory interpretation requires the reviewing court to ask "whether the tools of statutory interpretation – including the text, context and purpose of the provision – can reasonably support the [Minister's] conclusion" (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at paragraph 108).

la LIR à l'appui de sa conclusion. Le dossier certifié du tribunal, tout comme la décision, ne contient pas de notes ni d'analyse. Il contient seulement des extraits du Manuel du recouvrement national de l'ARC et une capture d'écran d'une partie du site Web externe de l'ARC concernant les délais de prescription, qui indiquent tous les deux, sans explication, que le dépôt d'un avis d'opposition ou d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt constitue une reconnaissance de la dette. L'extrait du site Web externe indique que de telles mesures auront pour effet de faire recommencer le délai de prescription pour le recouvrement, car elles « sont considérées comme une reconnaissance de dette ». Le lien électronique auquel la demanderesse a été renvoyée dans la décision est vraisemblablement un lien vers le site Web de l'ARC. Cela dit, l'interprétation de l'alinéa 222(5)a) et du paragraphe 222(6) n'était pas directement en cause lorsque la demanderesse a présenté ses observations à l'ARC pour demander un remboursement. Toutefois, l'ARC semble s'appuyer sur son interprétation de la LIR dans la décision sans justifier sa conclusion.

[62] Par conséquent, il faut d'abord établir si l'ARC a raisonnablement conclu que le fait d'interjeter appel est, en soi, une reconnaissance qui suffira à faire recommencer le délai de prescription dans chaque cas.

[63] La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Vavilov*, au paragraphe 117; *Rizzo*, au paragraphe 21; dans le contexte de la LIR, voir aussi *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10). Elle a aussi déclaré que, pour évaluer le caractère raisonnable de l'interprétation d'une loi, la cour de révision doit se demander « si les outils d'interprétation législative, y compris le texte, le contexte et l'objet de la disposition, peuvent raisonnablement étayer la conclusion » du ministre (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 108).

[64] In terms of context, section 222 must be viewed in context of that section as a whole, other relevant provisions and the object of that Act. In that regard, the ITA does not define “acknowledges” or “written acknowledgment” as found in paragraphs 222(5)(a) and 222(6)(b), respectively. Nor do those provisions state that the filing of an appeal is an acknowledgment or that the filing of an appeal will serve to *restart* a limitation period. Significantly, however, subsections 222(8) and 225.1(3), read together, explicitly contemplate that, when an appeal to the Tax Court has been filed, the Minister will not take any collection action for the amount in controversy and the limitation period will be *extended* to account for the period of time that the matter was under appeal. The effect of subsections 222(8) and 225.1(3) is that the filing of an appeal with the Tax Court will pause the running of the existing limitation period for the duration of the appeal. When the appeal has been determined, the limitation period will resume running and will be extended by the time of the pause for the appeal. That is, the 10-year limitation period is preserved.

[65] In my view, had it been Parliament’s intent that the filing of an appeal with the Tax Court would restart the limitation period, then it presumably would have clearly said so (see, for example, *Doig v. Canada*, 2011 FC 371, [2011] 4 C.T.C. 1, at paragraph 27). Further, the fact that subsections 222(8) and 225.1(3) explicitly contemplate the extension of a limitation period by the filing of an appeal, while paragraphs 222(5)(a) and 222(6)(b) which concern the restarting of limitation periods are silent as to appeals, mitigates against the interpretation of an “acknowledgement” of the subject tax as including the filing of an appeal.

[66] It would also be absurd if the limitation period could be both restarted by the filing of an appeal to the Tax Court pursuant to paragraphs 222(5)(a) and (6)(b) and, at the same time, also be extended pursuant to subsection 222(8). This could have the result of two different limitation periods running with respect to the same matter. To the extent that this was what CRA was

[64] Pour ce qui est du contexte, l’article 222 doit être considéré dans le contexte de cette disposition dans son ensemble, d’autres dispositions applicables et de l’objet de la LIR. À cet égard, la LIR ne définit pas les termes « reconnaît » ou « reconnaît [...] par écrit » figurant aux alinéas 222(5)a) et 222(6)b), respectivement. Ces dispositions ne précisent pas non plus que le dépôt d’un appel constitue une reconnaissance ni que le dépôt d’un appel servira à *faire recommencer* le délai de prescription. Il est toutefois important de souligner que les paragraphes 222(8) et 225.1(3), lus conjointement, prévoient expressément que, lorsqu’un appel est interjeté auprès de la Cour canadienne de l’impôt, le ministre ne peut prendre aucune mesure de recouvrement pour la somme en litige, et le délai de prescription est *prorogé* pour qu’il soit tenu compte de la période pendant laquelle l’affaire est en appel. En vertu des paragraphes 222(8) et 225.1(3), le dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt a pour effet de suspendre le délai de prescription en cours pour la durée de l’appel. Une fois l’appel tranché, le délai de prescription reprend et est prolongé de la durée pendant laquelle il a été suspendu en raison de l’appel. Le délai de prescription de 10 ans est donc maintenu.

[65] À mon avis, si le législateur avait voulu que le dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt ait pour effet de faire recommencer le délai de prescription, il l’aurait probablement dit clairement (voir, par exemple, *Doig c. Canada*, 2011 CF 371, au paragraphe 27). De plus, le fait que les paragraphes 222(8) et 225.1(3) prévoient expressément la prorogation du délai de prescription par le dépôt d’un appel, tandis que les alinéas 222(5)a) et 222(6)b), qui portent sur la reprise des délais de prescription, sont muets quant à la question des appels, milite contre l’interprétation selon laquelle le dépôt d’un appel constituerait une « reconnaissance » de l’impôt en question.

[66] Il serait également absurde que le délai de prescription puisse recommencer à zéro par le dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt aux termes des alinéas 222(5)a) et (6)b) et, en même temps, être aussi prorogé aux termes du paragraphe 222(8). Deux délais de prescription différents pourraient alors courir pour la même affaire. Dans la mesure où c’est ce que

suggesting in the Decision when it stated that the filing of the appeal restarted the limitation period and that the limitation period “was simultaneously extended when the appeal to the TTC was file[d]”, in my view, this is an unreasonable interpretation.

[67] Based on the foregoing considerations, it is my view that the Minister’s general conclusionary statement that filing an appeal with the Tax Court is an acknowledgement of debt, thereby restarting the limitation period, is not justified, intelligible or transparent and is unreasonable (*Vavilov*, at paragraphs 14, 86, 95, 99–101, 105, 120–121).

[68] However, I will also consider the parties’ other submissions as to the interpretation of the word “acknowledgment” found in paragraph 222(6)(b).

[69] In applying the ordinary meaning rule, interpretation starts with ordinary meaning—reading the words in their grammatical and ordinary sense. But, “[i]nterpreters are obliged to consider the total context of the words to be interpreted in every case, no matter how plain those words seem upon initial reading” (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014), at §3.7). The grammatical and ordinary sense of words in a statutory provision is not determinative, rather, the section must be read in its entire context: “This inquiry involves examining the history of the provision at issue, its place in the overall scheme of the Act, the object of the Act itself, and Parliament’s intent both in enacting the Act as a whole, and in enacting the particular provision at issue” (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 34).

[70] With respect to interpreting the ITA, in *Markevich* the Supreme Court of Canada stated [at paragraph 14]:

There is no authority to support the proposition that the ITA is a complete code that cannot be informed by laws

l’ARC laissait supposer dans la décision lorsqu’elle a déclaré que le dépôt de l’appel a eu pour effet de faire recommencer le délai de prescription et que le délai de prescription [TRADUCTION] « a été prorogé simultanément lorsque l’appel à la CCI a été déposé », il s’agit à mon avis d’une interprétation déraisonnable.

[67] Compte tenu des facteurs qui précèdent, je suis d’avis que la conclusion générale du ministre selon laquelle le dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt constitue une reconnaissance de dette, faisant ainsi recommencer à zéro le délai de prescription, n’est pas justifiée, intelligible ni transparente, et elle est déraisonnable (*Vavilov*, aux paragraphes 14, 86, 95, 99–101, 105, 120–121).

[68] Toutefois, je tiendrai également compte des autres observations des parties quant à l’interprétation du terme « reconnaissance » figurant à l’alinéa 222(6)b).

[69] Selon l’application de la règle du sens ordinaire, l’interprétation commence par le sens ordinaire — lire les termes en suivant leur sens grammatical et ordinaire. Cependant, [TRADUCTION] « les interprètes doivent tenir compte du contexte global des termes à interpréter dans chaque cas, peu importe la clarté de ces termes à première vue » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014), à la section 3.7). Le sens ordinaire et grammatical des termes dans une disposition législative n’est pas déterminant; il faut plutôt lire l’article dans son contexte global, « c’est-à-dire examiner l’historique de la disposition, sa place dans l’économie générale de la Loi, l’objet de la Loi elle-même ainsi que l’intention du législateur tant dans l’adoption de la Loi tout entière que dans l’adoption de cette disposition particulière » (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 34).

[70] En ce qui concerne l’interprétation de la LIR, dans l’arrêt *Markevich*, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit [au paragraphe 14] :

Rien n’appuie la théorie selon laquelle la LIR est un code complet qui ne peut être interprété à la lumière des

of general application. The *ITA* does not operate in a legislative vacuum: see *Will-Kare*, *supra*, at para. 31. See also P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3rd ed. 1999), at p. 2, where the authors note that the “Income Tax Act relies implicitly on the general law”. Accordingly, whether a statute or legal principle affects the operation of the *ITA* must be decided by an analysis of the specific provisions involved.

[71] Here, the relevant sections of the *ITA* are paragraph 222(5)(a) and subsection 222(6):

222 (1) ...

Limitation period restarted

(5) The limitation period described in subsection (4) for the collection of a tax debt of a taxpayer restarts (and ends, subject to subsection (8), on the day that is 10 years after the day on which it restarts) on any day, before it would otherwise end, on which

- (a) the taxpayer acknowledges the tax debt in accordance with subsection (6);
- (b) the Minister commences an action to collect the tax debt; or
- (c) the Minister, under subsection 159(3) or 160(2) or paragraph 227(10)(a), assesses any person in respect of the tax debt.

Acknowledgement of tax debts

(6) A taxpayer acknowledges a tax debt if the taxpayer

- (a) promises, in writing, to pay the tax debt;
- (b) makes a written acknowledgement of the tax debt, whether or not a promise to pay can be inferred from the acknowledgement and whether or not it contains a refusal to pay; or
- (c) makes a payment, including a purported payment by way of a negotiable instrument that is dishonoured, on account of the tax debt.

[72] As noted above, these provisions do not state that the filing of a notice of appeal with the Tax Court is a written acknowledgment of the tax debt, which would serve to restart, rather than suspend and extend the limitation

lois d’application générale. La *LIR* ne s’applique pas dans un vide législatif : voir *Will-Kare*, précité, par. 31. Voir également P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 1999), p. 2, où les auteurs notent que la [TRADUCTION] « *Loi de l’impôt sur le revenu* se fonde implicitement sur le droit commun ». En conséquence, pour savoir si une loi ou un principe juridique influe sur l’application de la *LIR*, il faut analyser les dispositions particulières en cause.

[71] En l’espèce, les dispositions applicables de la *LIR* sont l’alinéa 222(5)a) et le paragraphe 222(6) :

222 (1) [...]

Reprise du délai de prescription

(5) Le délai de prescription pour le recouvrement d’une dette fiscale d’un contribuable recommence à courir — et prend fin, sous réserve du paragraphe (8), dix ans plus tard — le jour, antérieur à celui où il prendrait fin par ailleurs, où, selon le cas :

- a) le contribuable reconnaît la dette conformément au paragraphe (6);
- b) le ministre entreprend une action en recouvrement de la dette;
- c) le ministre établit, en vertu des paragraphes 159(3) ou 160(2) ou de l’alinéa 227(10)a), une cotisation à l’égard d’une personne concernant la dette.

Reconnaissance de dette fiscale

(6) Se reconnaît débiteur d’une dette fiscale le contribuable qui, selon le cas :

- a) promet, par écrit, de régler la dette;
- b) reconnaît la dette par écrit, que cette reconnaissance soit ou non rédigée en des termes qui permettent de déduire une promesse de règlement et renferme ou non un refus de payer;
- c) fait un paiement au titre de la dette, y compris un prétendu paiement fait au moyen d’un titre négociable qui fait l’objet d’un refus de paiement.

[72] Comme il a été souligné précédemment, ces dispositions ne précisent pas que le dépôt d’un avis d’appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt constitue une reconnaissance par écrit de la dette fiscale, ce qui aurait

period. Instead, Parliament chose to limit the circumstances in which the limitation period is restarted to those set out in subsection 222(5), including where the taxpayer acknowledges the debt (paragraph 222(5)(a)).

[73] The applicant submits that the plain and ordinary meaning of the term “acknowledgment” indicates that there must be some form of admission or verification of the debt owing in order to restart the limitation period under subsection 222(5) and that this interpretation is consistent with the case law she has referenced. She points to *Black’s Law Dictionary* (*Black’s Law Dictionary* online, 2nd ed., *sub verbo* acknowledgment) definition as “Stating that something is true or factual ... A message that confirms a communication was received ... aka verification”. Further, the *Oxford English Dictionary* (*Oxford English Dictionary* online, 3rd ed., *sub verbo* “acknowledgement”) defines the terms as “the action or an act of acknowledging, confession, admitting, or owning something: admission, confession”.

[74] The respondent refers to a similar definition from *Black’s Law Dictionary* being “to recognize (something) as being factual or valid” (*Black’s Law Dictionary*, 10th ed., Thomson Reuters, 2014, page 27). The respondent says that the use of the disjunctive word “or” is important because by appealing an assessed tax debt the taxpayer is acknowledging that the assessed debt is factual—it exists as a liability—even if it disputes its validity.

[75] I note that the *Merriam-Webster online dictionary* (*Merriam-Webster Online Dictionary*, *sub verbo* “acknowledgement”) defines “acknowledgment” as including the act of acknowledging something or someone, such as the acknowledgment of a mistake; and as a declaration or avowal of one’s act or of a fact to give it legal validity.

pour effet de faire recommencer, plutôt que de suspendre et de proroger, le délai de prescription. Le législateur a plutôt choisi de limiter les circonstances dans lesquelles le délai de prescription recommence à courir à celles énoncées au paragraphe 222(5), y compris lorsque le contribuable reconnaît la dette (alinéa 222(5)a)).

[73] La demanderesse soutient que, selon le sens normal et ordinaire du terme « reconnaissance », il doit y avoir une forme quelconque d’admission ou de vérification de la dette exigible pour que le délai de prescription recommence à courir aux termes du paragraphe 222(5). Elle affirme que cette interprétation est conforme à la jurisprudence à laquelle elle a fait référence. Elle cite la définition du *Black’s Law Dictionary* (*Black’s Law Dictionary* en ligne, 2^e éd., sous l’entrée *acknowledgement* (reconnaissance)) : [TRADUCTION] « Action de déclarer que quelque chose est vrai ou factuel [...] Message confirmant qu’une communication a été reçue [...] SYN. vérification ». De plus, le *Oxford English Dictionary* (*Oxford English Dictionary* en ligne, 3^e éd., sous l’entrée *acknowledgement* (reconnaissance)) définit ce terme comme [TRADUCTION] « l’action ou l’acte de reconnaître, de confesser, d’admettre ou de posséder quelque chose : admission, confession ».

[74] Le défendeur fait référence à une définition semblable du *Black’s Law Dictionary* : [TRADUCTION] « Reconnaître (quelque chose) comme étant factuel ou valide » (*Black’s Law Dictionary*, 10^e éd, Thomson Reuters, 2014, page 27). Le défendeur affirme que l’utilisation du terme disjonctif « ou » est importante, car, en interjetant appel d’une dette fiscale faisant l’objet d’une cotisation, le contribuable reconnaît que la dette est factuelle — elle existe comme obligation — même s’il conteste sa validité.

[75] Je souligne que le dictionnaire en ligne Merriam-Webster (*Merriam-Webster Online Dictionary*, sous l’entrée *acknowledgement* (reconnaissance)) définit ce terme comme l’acte de reconnaître quelque chose ou quelqu’un, comme la reconnaissance d’une erreur, ainsi que comme une déclaration ou un aveu de son acte ou d’un fait pour lui donner une validité juridique.

[76] In my view, the plain meaning of “acknowledgment” requires an admission or confirmation by the person making the acknowledgment of the thing alleged, be it an admission of liability for damages, blame, responsibility or liability for a tax debt.

[77] As to judicial interpretation of the term, there would not appear to be a great deal of case law directly on point. The respondent provided no cases and the applicant identified only one case which addresses subsections 222(5) and (6) of the ITA. That case is *Thandi (Re)*, 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090 (*Thandi*). There, the British Columbia Supreme Court (B.C.S.C.) held that participation by CRA in foreclosure proceedings with the express purpose of attempting to collect on the outstanding debt was an “action to collect a tax debt” under subsection 222(1). Further, that there was sufficient evidence to support the CRA’s position that they had received a written acknowledgment of the debt, pursuant to subsections 222(5) and 222(6). Specifically, a notation found in a CRA collection diary stated that counsel for Mr. Thandi had sent a letter (which was not in evidence) requesting confirmation that the CRA would release judgments once any excess funds went to CRA. In the absence of any contradictory evidence submitted by Mr. Thandi, the B.C.S.C. found that by his counsel’s letter, Mr. Thandi had acknowledged his debt in writing such that the limitation was restarted (*Thandi*, at paragraphs 31–33).

[78] What I take from *Thandi* is that when it is alleged that there has been a written acknowledgment of a tax debt, pursuant to paragraph 222(6)(b) of the ITA, it is the content of that acknowledgment that will determine if this is the case. In the context of this matter, this supports that even if the filing of an appeal with the Tax Court can potentially trigger the restarting of a limitation period, the mere filing of the appeal will not automatically serve to act as a written acknowledgment of the debt. Rather, the content of the appeal itself must be scrutinized in each case.

[76] À mon avis, le sens normal de « reconnaissance » exige une admission ou une confirmation de la part de la personne qui reconnaît la chose alléguée, qu’il s’agisse d’une obligation à l’égard de dommages, d’un blâme, d’une responsabilité ou d’une obligation fiscale.

[77] Quant à l’interprétation judiciaire du terme, il ne semble pas y avoir beaucoup de décisions qui portent directement sur ce point. Le défendeur n’a fourni aucune décision et la demanderesse n’a mentionné qu’une seule décision qui traite des paragraphes 222(5) et (6) de la LIR. Il s’agit de la décision *Thandi (Re)*, 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090 (*Thandi*). Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la C.S.C.-B.) a conclu que la participation de l’ARC à une procédure de forclusion dans le but exprès de tenter de recouvrer la dette impayée constituait une « action en recouvrement d’une dette » visée au paragraphe 222(1). Elle a aussi conclu que la preuve était suffisante pour appuyer la thèse de l’ARC selon laquelle cette dernière avait reçu une reconnaissance par écrit de la dette, conformément aux paragraphes 222(5) et 222(6). Plus précisément, une note inscrite dans un registre de recouvrement de l’ARC indiquait que l’avocat de M. Thandi avait envoyé une lettre (qui n’était pas en preuve) dans laquelle il demandait la confirmation que l’ARC rendrait sa décision une fois que les fonds excédentaires seraient versés à l’ARC. En l’absence d’une preuve contradictoire présentée par M. Thandi, la C.S.C.-B. a conclu que, par la lettre de son avocat, M. Thandi avait reconnu sa dette par écrit, de sorte que le délai de prescription avait recommencé à courir (*Thandi*, aux paragraphes 31–33).

[78] Je retiens de la décision *Thandi* que, lorsqu’il est allégué qu’il y a eu reconnaissance par écrit d’une dette fiscale, conformément à l’alinéa 222(6)b) de la LIR, c’est la teneur de cette reconnaissance qui permet de déterminer si elle a bien eu lieu. Dans le contexte de l’espèce, cela signifie que, même si le dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt peut potentiellement faire reprendre du début le délai de prescription, le simple dépôt de l’appel ne constituera pas automatiquement une reconnaissance par écrit de la dette. Il faut plutôt examiner la teneur de l’appel lui-même dans chaque cas.

[79] The remaining jurisprudence provided by the applicant considers whether there was a written acknowledgment of a debt sufficient to restart a limitation period in the context of provincial limitation statutes. In *Buik*, the Ontario Court of Justice considered whether the limitation period found subsection 51(1) of the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15, which provided that a written acknowledgment of a debt delivered prior to the expiration of the limitation period, from which a promise to pay could be inferred, restarted a fresh limitation period. It concluded that in the case before it the debt had been acknowledged by letters which served to restart the limitation period. The court's survey of relevant case law included the following [at paragraph 35]:

In *Canada (AG) v. Simpson* (1995), 1995 CanLII 7230 (ON SC), 26 O.R. (3d) 317 (Gen. Div.), the court held that a debtor's applications for interest relief did not constitute an acknowledgment of debt within the meaning of the law. Charron J. held that there must be greater certainty before a writing will put the parties out of the operation of the statute. In addition to being in writing, and signed by the person making it (or that person's agent), the acknowledgement of the debt must "confirm and concede the amount that remains owing": *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII), at para. 92. See also *Ainsley v. Fitzpatrick*, 2013 ONSC 3338 (CanLII), at para. 55, aff'd 2014 ONCA 93 (CanLII); Graeme Mew, *The Law of Limitations*, 2d ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2004), at pp. 115-16.

[80] I note that *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII), cited in *Buik*, stated [at paragraph 92]:

It is well established law that in considering whether an acknowledgment satisfies the requirements made under s.13 of the *Limitations Act*, the acknowledgment must, at a minimum, confirm and concede the amount that remains owing. Further, the acknowledgment must be in writing and signed by the person making it, or the person's agent. [Emphasis added.]

[79] Dans le reste de la jurisprudence fournie par la demanderesse, les tribunaux ont examiné si la reconnaissance par écrit d'une dette était suffisante pour faire recommencer à courir le délai de prescription dans le contexte des lois provinciales en matière de prescription. Dans la décision *Buik*, la Cour de justice de l'Ontario a examiné le délai de prescription visé au paragraphe 51(1) de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15, qui prévoyait qu'une dette reconnue par écrit avant l'expiration du délai de prescription, à partir de laquelle on pouvait déduire une promesse de paiement, avait pour effet de créer un tout nouveau délai de prescription. La Cour de justice a conclu que, dans l'affaire dont elle était saisie, la dette avait été reconnue au moyen de lettres, ce qui avait eu pour effet de faire recommencer à courir le délai de prescription. La Cour de justice a notamment examiné la jurisprudence pertinente suivante [au paragraphe 35] :

[TRADUCTION] Dans la décision *Canada (AG) v. Simpson* (1995), 1995 CanLII 7230 (C. sup. Ont.), 26 O.R. (3d) 317 (Div. gén.), la Cour a conclu que les demandes d'allégement d'intérêts d'un débiteur ne constituaient pas une reconnaissance de dette au sens de la loi. La juge Charron a conclu qu'il faut une plus grande certitude avant qu'un écrit n'exclue les parties de l'application de la loi. En plus d'être par écrit et signée par son auteur (ou son mandataire), la reconnaissance de dette doit « confirmer et admettre le montant qui demeure impayé » : *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII), au para 92. Voir aussi *Ainsley v. Fitzpatrick*, 2013 ONSC 3338 (CanLII), au para 55, conf par 2014 ONCA 93 (CanLII); Graeme Mew, *The Law of Limitations*, 2^e éd (Markham, Ontario : Butterworths, 2004) aux p 115-16.

[80] Je souligne que, dans la décision *West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.*, 2012 ONSC 6476 (CanLII), citée dans la décision *Buik*, la Cour supérieure de justice a déclaré ce qui suit [au paragraphe 92] :

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que, lorsqu'il faut établir si une reconnaissance satisfait aux exigences de l'article 13 de la *Loi sur la prescription des actions*, la reconnaissance doit, au minimum, confirmer et admettre le montant qui demeure impayé. De plus, la reconnaissance doit être écrite et signée par son auteur ou son mandataire. [Non souligné dans l'original.]

[81] *Canada (Attorney General) v. Simpson* (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. No. 2850 (QL) (S.C.) (*Simpson*), also cited in *Buik*, concerned an application for interest relief under *Canada Student Loans Act* [R.S.C., 1985, c. S-23]. The Ontario Court (General Division) held that this did not constitute an acknowledgment of debt sufficient to rescue claim from operation of section 45 the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15. It dismissed the plaintiff's motion for summary judgment. The Court held that none of the defendant's applications for interest relief constituted an acknowledgment of debt within the meaning of the law as the wording was too equivocal:

In my view, none of the defendant's applications for interest relief constitute an acknowledgment of debt within the meaning of the law. Nor would the plaintiff be in any better position had the forms been subsequently completed by the lending institutions and returned to the defendant in accordance with the established procedure. Indeed had the details of the loan been set out on the form before the defendant signed it, the plaintiff's position would have been stronger but in my view, the matter would have still been quite debatable. Of course the question that immediately comes to mind is "why would the debtor be applying for interest relief on loans unless they were his?" I would think in the usual case the applicant for interest relief would be one who acknowledges that he or she owes the money but is having difficulty discharging the debt at that time. Nevertheless, a debtor who disputes the principal amount of "his" loans as set out by the lending institution in part or in totality could just as well apply for interest relief as one who does not dispute it. The disputing debtor would have nothing to lose; if he or she were ultimately found liable on the debt, at least some of the interest would be forgiven.

[82] In my view, *Simpson* is relevant to this matter as it demonstrates that the filing of a document that may, on its face, suggest that it is an acknowledgment of a debt is not, in and of itself, sufficient to restart a debt. It is the content of the document that is determinative. In that case, owing to a lack of detail pertaining to the underlying loan, the request for interest relief was found not to be a written acknowledgment of the debt (also see

[81] La décision *Canada (Attorney General) v. Simpson* (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. n° 2850 (QL) (C. sup.) (*Simpson*), également citée dans la décision *Buik*, portait sur une demande d'allègement d'intérêts fondée sur la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants* [L.R.C. (1985), ch. S-23]. La Cour de l'Ontario (Division générale) a conclu que la demande ne constituait pas une reconnaissance de dette suffisante pour l'exclure de l'application de l'article 45 de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15. Elle a rejeté la requête en jugement sommaire du demandeur. La Cour a conclu qu'aucune des demandes d'allègement d'intérêts du défendeur ne constituait une reconnaissance de dette au sens de la loi, car le libellé était trop équivoque :

[TRADUCTION] À mon avis, aucune des demandes d'allègement d'intérêts du défendeur ne constitue une reconnaissance de dette au sens de la loi. Le demandeur ne serait pas non plus en meilleure position si les formulaires avaient par la suite été remplis par les établissements de crédit et retournés au défendeur conformément à la procédure établie. En effet, si les détails du prêt avaient été inscrits sur le formulaire avant que le défendeur ne le signe, la position du demandeur aurait été plus solide, mais, à mon avis, la question aurait quand même été très discutable. Bien sûr, la question qui me vient immédiatement à l'esprit est la suivante : « Pourquoi le débiteur demanderait-il un allègement d'intérêts sur des prêts s'il n'est pas l'emprunteur? » Je pense que la personne qui demande un allègement d'intérêts serait normalement quelqu'un qui reconnaît qu'il doit de l'argent, mais qui a de la difficulté à s'acquitter de la dette à ce moment-là. Néanmoins, un débiteur qui conteste une partie ou la totalité du montant du capital de « ses » prêts, établi par l'établissement de crédit, pourrait tout aussi bien demander un allègement d'intérêts qu'un débiteur qui ne conteste pas le montant du capital. Le débiteur qui conteste n'aurait rien à perdre; s'il était finalement jugé responsable de la dette, il n'aurait au moins pas à payer une partie des intérêts.

[82] À mon sens, la décision *Simpson* est pertinente en l'espèce puisqu'elle démontre que le dépôt d'un document qui peut, à première vue, laisser supposer qu'il s'agit d'une reconnaissance de dette ne suffit pas, en soi, à relancer une dette. C'est le contenu du document qui est déterminant. Dans cette affaire, en raison d'un manque de détails concernant le prêt sous-jacent, il a été conclu que la demande d'allègement d'intérêts

Canada v. Stasiuk, 2018 ONSC 1226 (CanLII), at paragraphs 15, 28–38).

[83] In *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (B.C.C.A.) the British Columbia Court of Appeal considered whether, pursuant to the British Columbia *Limitation Act*, the acknowledgment of a cause of action must amount to an admission of liability if the acknowledgment is to serve as a confirmation of the cause of action. It concluded [at page 8] that:

... a person may acknowledge as a bare fact that someone has asserted (probably by making a claim) a cause of action against him without acknowledging any liability. However, I am also of the view that such a bare acknowledgment of the existence of a cause of action is quite insufficient to meet the requirements of s.5 (2) (a) (i) of the Act. Those provisions provide that a person confirms a cause of action only if he "... acknowledges a cause of action, right or title of another; ...". The acknowledgment of a right or title must, in my view, involve the acknowledgment of some liability. The word "acknowledgment" must have the same meaning when used with reference to a cause of action. It follows, therefore, that what binds a defendant and activates s.5 (2) (a) (i) is an acknowledgment in writing of a cause of action which admits some liability thereunder.

(Also see *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at paragraphs 43–46).

[84] As indicated above, what I take from *Thandi* is that when it is alleged that there has been a written acknowledgment of a tax debt, pursuant to paragraph 222(6)(b) of the ITA, it is the content of that acknowledgment that will determine if this is the case. This requirement for scrutiny of the content of the document in issue is also supported by the above case law interpreting written acknowledgements in the context of provincial limitations legislation.

[85] In my view, this jurisprudence does not support an analysis which interprets a written acknowledgment, as that term is utilized in paragraph 222(5)(a) and

ne constituait pas une reconnaissance par écrit de la dette (voir aussi *Canada v. Stasiuk*, 2018 ONSC 1226 (CanLII), aux paragraphes 15, 28–38).

[83] Dans l'arrêt *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est demandé si, aux termes de la *Limitation Act* (Loi sur le délai de prescription), la reconnaissance d'une cause d'action doit équivaloir à un aveu de responsabilité si la reconnaissance doit servir de confirmation de la cause d'action. Elle a conclu [à la page 8] ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] une personne peut reconnaître comme un simple fait que quelqu'un a fait valoir (probablement en présentant une demande) une cause d'action contre elle sans reconnaître sa responsabilité. Toutefois, je suis également d'avis qu'une telle reconnaissance de l'existence d'une cause d'action ne suffit pas du tout à répondre aux exigences du sous-alinéa 5(2)a(i) de la Loi. Selon cette disposition, une personne ne confirme une cause d'action que si elle « reconnaît une cause d'action, un droit ou un titre [...] ». La reconnaissance d'un droit ou d'un titre signifie, à mon avis, la reconnaissance d'une certaine responsabilité. Le terme « reconnaissance » doit avoir le même sens lorsqu'il est utilisé en référence à une cause d'action. Par conséquent, il s'ensuit que, ce qui lie un défendeur et entraîne l'application du sous-alinéa 5(2)a(i) est la reconnaissance par écrit d'une cause d'action dans laquelle il admet une certaine responsabilité.

(Voir aussi *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, aux paragraphes 43–46).

[84] Comme je l'ai indiqué précédemment, je retiens de la décision *Thandi* que, lorsqu'il est allégué qu'il y a eu reconnaissance par écrit d'une dette fiscale, conformément à l'alinéa 222(6)b de la LIR, c'est la teneur de cette reconnaissance qui déterminera si elle a eu lieu. Cette exigence d'examen du contenu du document en litige est également étayée par la jurisprudence mentionnée précédemment sur l'interprétation des reconnaissances par écrit dans le contexte des lois provinciales en matière de prescription.

[85] À mon avis, cette jurisprudence n'appuie pas l'analyse qui consiste à interpréter la reconnaissance écrite, comme ce terme est utilisé à l'alinéa 222(5)a et

subsection 222(6), such that the mere filing of an appeal in the Tax Court will automatically and in every case serve as an acknowledgment of a disputed, in whole or in part, tax debt by the appellant, thereby restarting the 10-year limitation period. Rather, if the filing of an appeal can potentially trigger those provisions, then whether it will do so is dependent upon the content of the subject appeal.

[86] The respondent submits, however, that there is no need for a taxpayer to make an admission of liability because the ITA already deems the liability to exist and, therefore, that the ITA ousts any common law precondition of an admission of liability to constitute an “acknowledgement”. More specifically, the legislative purpose of the ITA, being to raise revenue to operate the public sector, as viewed in the context of subsections 152(8) and 152(3), serves to distinguish the Minister’s interpretation of “acknowledgment” from the jurisprudence relied upon by the applicant and render it reasonable.

[87] In my view, although the ITA is a distinct statutory scheme, it “does not operate in a legislative vacuum” (*Markevich*, at paragraph 14). Further, because what comprises a “written acknowledgment” is not defined by the ITA, the jurisprudence pertaining to civil limitation periods which contains wording very similar to subsection 222(6) is a useful interpretation tool in identifying, more generally, what is required for a document to be considered an acknowledgment.

[88] The respondent relies on subsections 152(3) and (8) of the ITA, asserting that they serve to oust the common law requirement for an acknowledgment to contain admission of liability. However, by their terms those sections do not state that they do this. Subsection 152(3) states that liability for tax is not affected by an incorrect or incomplete assessment or by the fact that no assessment has been made. Subsection 152(8) states that an assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission in the assessment or in any proceeding under the ITA.

au paragraphe 222(6), de façon à ce que le simple dépôt d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt constituera automatiquement et dans tous les cas une reconnaissance d’une dette fiscale contestée en tout ou en partie par l’appelant, faisant ainsi recommencer à zéro le délai de prescription de 10 ans. Si le dépôt d’un appel peut entraîner l’application de ces dispositions, c’est plutôt la teneur de l’appel en cause qui permettra de déterminer si ces dispositions s’appliquent.

[86] Le défendeur soutient toutefois qu’il n’est pas nécessaire que le contribuable reconnaisse son obligation, puisque selon la LIR, cette obligation est réputée exister et, par conséquent, la LIR élimine toute condition nécessaire en common law pour qu’une admission d’obligation constitue une « reconnaissance ». Plus précisément, l’objet législatif de la LIR, qui est de percevoir des fonds pour le fonctionnement du secteur public, permet, dans le contexte des paragraphes 152(8) et 152(3), d’établir une distinction entre l’interprétation par le ministre du terme « reconnaissance » et la jurisprudence invoquée par la demanderesse et de la rendre raisonnable.

[87] À mon avis, bien que la LIR constitue un régime législatif distinct, elle « ne s’applique pas dans un vide législatif » (*Markevich*, au paragraphe 14). De plus, comme la LIR ne définit pas ce qui constitue une « reconnaissance par écrit », la jurisprudence relative aux délais de prescription en matière civile, qui contient des termes très semblables au paragraphe 222(6), est un outil d’interprétation utile pour déterminer, de façon plus générale, ce qui est requis pour qu’un document soit considéré comme une reconnaissance.

[88] Le défendeur s’appuie sur les paragraphes 152(3) et (8) de la LIR, affirmant qu’ils permettent d’éliminer l’exigence en common law selon laquelle, pour qu’il y ait reconnaissance, il doit y avoir admission de responsabilité. Ce n’est toutefois pas ce que disent les termes utilisés dans ces dispositions. Selon le paragraphe 152(3), le fait qu’une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu’aucune cotisation n’a été établie n’a pas d’effet sur les responsabilités du contribuable à l’égard de l’impôt prévu. Selon le paragraphe 152(8), sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d’une opposition ou d’un appel, et sous réserve d’une nouvelle cotisation, une cotisation est

[89] I agree that paragraphs 222(5)(a) and 222(6)(b) are to be interpreted keeping in mind the overall purpose of the ITA, which the respondent states is to raise revenue and support the public sector. However, unlike the provisions cited by the respondent, section 222 is specifically concerned with collections. Subsections 222(4)–(10) are concerned with limitation periods as related to collections. Subsection 222(3) states that the Minister may not commence an action to collect a tax debt after the end of the limitation period for the collection of the tax debt. I am not persuaded that reading subsections 152(3) and (8) of the ITA in the context of the overall purpose of the ITA leads to the respondent's conclusion that an acknowledgement, pursuant to paragraphs 222(5)(a) and 222(6)(b), does not require an admission of liability and serves to oust the common law requirement for such an admission. Nor has the respondent pointed to any jurisprudence in support of this assertion.

[90] I agree with the applicant's submission that by filing an appeal to the Tax Court a taxpayer acknowledges only that the Minister has assessed a tax debt to exist, which the Minister deems to be a valid debt. In my view, the fact that the Minister deems the debt to be valid does not mean that the taxpayer acknowledges liability for that debt. The very purpose of filing the appeal is to challenge the validity of that assessment, in whole or in part. In the absence of an acknowledgment by the taxpayer that the disputed portion of the assessed debt exists and is valid, or put otherwise, when the appeal denies the validity of and therefore liability for the assessed debt, the filing of the appeal is not an "acknowledgment" of the debt.

[91] This view gains support from the two other subsections of subsection 222(6), paragraphs 222(6)(a) and 222(6)(c). Paragraph 222(6)(a) states that a taxpayer acknowledges a debt if they promise in writing to pay the debt. In that case, by agreeing to pay the debt, the taxpayer acknowledges that the debt (liability) exists

réputée valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute procédure visée par la LIR.

[89] Je conviens qu'il faut interpréter les alinéas 222(5)a) et 222(6)b) en gardant à l'esprit l'objet général de la LIR, qui est, selon le défendeur, de percevoir des fonds et d'appuyer le secteur public. Toutefois, contrairement aux dispositions invoquées par le défendeur, l'article 222 porte spécifiquement sur le recouvrement. Les paragraphes 222(4) à (10) portent sur les délais de prescription liés au recouvrement. Selon le paragraphe 222(3), une action en recouvrement d'une dette fiscale ne peut être entreprise par le ministre après l'expiration du délai de prescription pour le recouvrement de la dette. Je ne suis pas convaincue que la lecture des paragraphes 152(3) et (8) dans le contexte de l'objet général de la LIR mène à la conclusion du défendeur selon laquelle une reconnaissance, conformément aux alinéas 222(5)a) et 222(6)b), ne nécessite pas une admission d'obligation et a pour effet d'éliminer l'exigence en common law relative à une telle admission. Le défendeur n'a pas non plus invoqué de jurisprudence appuyant une telle affirmation.

[90] Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que, en interjetant appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable reconnaît seulement que le ministre a établi une cotisation créant une dette fiscale, que le ministre estime valide. À mon avis, le fait que le ministre juge la dette valide ne signifie pas que le contribuable reconnaît son obligation à l'égard de cette dette. L'objectif même de l'appel est de contester la validité de cette cotisation, en tout ou en partie. Lorsque le contribuable ne reconnaît pas que la partie contestée de la dette faisant l'objet d'une cotisation existe et est valide, ou autrement dit, lorsque l'appel nie la validité de la dette et donc l'obligation à son égard, le dépôt de l'appel ne constitue pas une « reconnaissance » de la dette.

[91] Ce point de vue est renforcé par les deux autres alinéas du paragraphe 222(6), soit les alinéas 222(6)a) et 222(6)c). Selon l'alinéa 222(6)a), le contribuable se reconnaît débiteur d'une dette fiscale s'il promet, par écrit, de régler la dette. Dans un tel cas, en acceptant de payer la dette, le contribuable reconnaît que la dette

and does not challenge or deny its validity. Thus, the new promise to pay estops the taxpayer from asserting that the original limitation period continues to run, the promise to pay restarts the limitation period. The same is true of paragraph 222(6)(c) which addresses the circumstance where the taxpayer makes a payment that is dishonoured. Viewed in this context, an acknowledgment pursuant to paragraph 222(6)(b) requires something more from the taxpayer than simply filing an appeal challenging the assessed tax debt—it requires an admission or confirmation by the taxpayer that the debt liability not only exists, but that it is validly owed. As the applicant submits, this is also in keeping with the policy underpinnings of limitation periods.

[92] Put otherwise, even if, as the respondent submits subsections 152(3) and (8) deem the tax debt to be valid and binding until varied or vacated, paragraphs 222(6)(b) and 222(6)(c) do not support the assertion that an acknowledgment under paragraph 222(6)(a) does not require an admission of liability. An acknowledgment of the debt by the taxpayer must confirm and concede the amount of the tax debt that is owing in order to restart the limitation period. The mere filing of an appeal with the Tax Court is not automatically an acknowledgment as defined by subsection 222(6). The content of the appeal must be scrutinized.

[93] Accordingly, I conclude that the Minister unreasonably interpreted the ITA in determining that the filing of an appeal with the Tax Court is an automatic acknowledgment of a tax debt which restarts the limitation period.

[94] This finding leads to the question of whether the content of the notice of appeal filed in this case was a written acknowledgment of the 1988 Debt. The Decision states that the notice of appeal acknowledged both the First Reassessment and the Second Reassessment. The applicant submits that in the appeal she did not admit any liability under either the First or the Second Reassessment. In fact, the appeal expressly denied the

(l'obligation) existe et ne conteste pas ou ne nie pas sa validité. Par conséquent, la nouvelle promesse de payer empêche le contribuable d'affirmer que le délai de prescription initial continue de courir, car la promesse de payer fait recommencer le délai de prescription. Il en va de même pour l'alinéa 222(6)c), qui traite des circonstances dans lesquelles le contribuable fait un paiement qui est refusé. Dans un tel contexte, la reconnaissance visée à l'alinéa 222(6)b) nécessite davantage de la part du contribuable que le simple dépôt d'un appel contestant la dette fiscale faisant l'objet d'une cotisation — le contribuable doit admettre ou confirmer que l'obligation fiscale non seulement existe, mais qu'elle est valide. Comme le fait valoir la demanderesse, cette interprétation est également conforme aux principes sous-jacents des délais de prescription.

[92] Autrement dit, même si, comme le défendeur le soutient, la dette fiscale est valide et exécutoire tant qu'elle n'est pas modifiée ni annulée aux termes des paragraphes 152(3) et (8), l'alinéa 222(6)b) et l'alinéa 222(6)c) ne permettent pas d'affirmer que la reconnaissance visée à l'alinéa 222(6)a) ne nécessite pas une admission de l'obligation. Lorsqu'il reconnaît une dette, le contribuable doit confirmer et admettre le montant de la dette fiscale exigible pour que le délai de prescription recommence à zéro. Le simple dépôt d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt ne constitue pas automatiquement une reconnaissance au sens du paragraphe 222(6). Le fond de l'appel doit être analysé.

[93] Par conséquent, je conclus que le ministre a interprété la LIR de façon déraisonnable en déterminant que le dépôt d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt constitue une reconnaissance automatique d'une dette fiscale qui a pour effet de faire recommencer le délai de prescription.

[94] Cette conclusion m'amène à me demander si le contenu de l'avis d'appel déposé en l'espèce constituait une reconnaissance par écrit de la dette de 1988. Selon la décision, l'avis d'appel a reconnu à la fois la première nouvelle cotisation et la deuxième nouvelle cotisation. La demanderesse soutient que, dans l'appel, elle n'a admis aucune obligation relative à la première ou à la deuxième nouvelle cotisation. En réalité, l'appel

existence of any liability for the 1988 taxation year. She states that, unlike the defendant in *Belanger v. Gilbert* (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (B.C.S.C.), affd (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (B.C.C.A.), she did not contemplate settlement or otherwise implicitly acknowledge any of the 1988 Debt. Rather, she specifically requested that the Second Assessment be vacated by the Tax Court in its entirety. The notice of appeal did not expressly or impliedly acknowledge that there was a valid debt owing and expressly denied any liability for the assessed debt (referencing *Allen v. Bapco Paint Limited* (1982), 34 B.C.L.R. 242, 1982 CanLII 624 (B.C.S.C.)).

[95] I have reviewed the notice of appeal. It put in issue whether the identified claims, including the 1988 Deductions, were deductible in computing income and whether the disallowances of the 1988 Trinity Denton NCL, the 1988 Trinity Denton Capitol Loss and 1988 Bank Interest were statute barred. The applicant disputed the disallowances and stated that claims for the expenses were validly made. Amongst other things, she stated that the Second Reassessment was improper and ought to be vacated and that the amounts in issue represent reasonable expenditures and are deductible as claimed. The requested remedies include that the Second Reassessment be vacated or, alternatively, be referred back to the Minister for reconsideration.

[96] In my view, the appeal does not admit or confirm that the 1988 Debt is validly owed or “confirm and concede” the amount of the tax debt. Indeed, it disputes the validity of the amounts assessed. Accordingly, the Minister’s finding that the appeal is a written acknowledgement of the 1988 Debt, as defined in paragraph 222(6)(b), and that the filing of the appeal restarted the imputation period pursuant to paragraph 222(5)(a), was made without justification and is unreasonable.

niait expressément l’existence de toute obligation pour l’année d’imposition 1988. La demanderesse affirme que, contrairement au défendeur dans l’arrêt *Belanger v. Gilbert* (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (C.S.C.-B.), conf par (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (C.A.C.-B.), elle n’a pas envisagé de règlement ou autrement reconnu implicitement la dette de 1988. Elle a plutôt demandé expressément que la Cour canadienne de l’impôt annule la deuxième cotisation dans son intégralité. Dans l’avis d’appel, la demanderesse n’a pas reconnu expressément ni implicitement qu’une dette valide était exigible et a refusé expressément toute obligation à l’égard de la dette faisant l’objet d’une cotisation (citant *Allen v. Bapco Paint Limited* (1982), 34 B.C.L.R. 242, 12 A.C.W.S. (2d) 505 (C.S.C.-B.)).

[95] J’ai examiné l’avis d’appel. Il soulevait la question de savoir si les demandes présentées, y compris les déductions pour 1988, étaient déductibles dans le calcul du revenu et si le refus de rembourser la perte autre qu’une perte en capital de 1988 de Trinity Denton, la perte en capital de 1988 de Trinity Denton et l’intérêt bancaire de 1988 était prescrit. La demanderesse a contesté les refus et déclaré que les demandes de déduction pour les dépenses avaient été faites de façon valide. Elle a notamment déclaré que la deuxième nouvelle cotisation était inadéquate et devait être annulée et que les montants en cause représentaient des dépenses raisonnables et sont déductibles tels que déclarés. Elle a demandé comme réparation que la deuxième nouvelle cotisation soit annulée ou, subsidiairement, qu’elle soit renvoyée au ministre pour réexamen.

[96] Je suis d’avis que, dans l’appel, la demanderesse n’admet pas ou ne confirme pas que la dette de 1988 est valide et exigible et « ne confirme pas et n’admet pas » le montant de la dette fiscale. En fait, elle conteste la validité des montants de la cotisation établie. Par conséquent, la conclusion du ministre selon laquelle l’appel constitue une reconnaissance par écrit de la dette de 1988, aux termes de l’alinéa 222(6)b), et selon laquelle le dépôt de l’appel a eu pour effet de faire recommencer le délai de prescription conformément à l’alinéa 222(5)a), est injustifiée et déraisonnable.

[97] In conclusion, for the reasons I have set out in paragraphs 60 to 67 above, I have found that the Minister's general conclusionary statement, that filing an appeal with the Tax Court is an acknowledgement of debt thereby restarting the limitation period, is not justified and is unreasonable. I further conclude that the Minister also unreasonably interpreted the ITA in determining that the filing of an appeal with the Tax Court is an automatic acknowledgment of a tax debt which, without regard to the content of the appeal, restarts the limitation period. In this case, the notice of appeal did not acknowledge the applicant's 1998 Debt.

Issue 2: Did the applicant's filing of her appeal to the Tax Court, on January 4, 2011, extend the existing CLP?

[98] The relevant provisions of the ITA are paragraph 222(8)(a) and subsections 225.1(2) and (3):

222 (1) ...

Extension of limitation period

(8) In computing the day on which a limitation period ends, there shall be added the number of days on which one or more of the following is the case:

(a) the Minister may not, because of any of subsections 225.1(2) to (5), take any of the actions described in subsection 225.1(1) in respect of the tax debt;

...

225.1 (1) ...

No action by Minister

(2) If a taxpayer has served a notice of objection under this Act to an assessment of an amount payable under this Act, the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount in controversy, take any of the actions described in paragraphs (1)(a) to (g) until after the day that is 90 days after the day on which notice is sent to the taxpayer that the Minister has confirmed or varied the assessment.

[97] En conclusion, pour les motifs que j'ai énoncés précédemment aux paragraphes 60 à 67, j'ai estimé que la conclusion générale du ministre, selon laquelle le dépôt d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt constitue une reconnaissance de dette et fait recommencer à zéro le délai de prescription, n'est pas justifiée et est déraisonnable. Je conclus également que le ministre a interprété la LIR de façon déraisonnable en concluant que le dépôt d'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt constitue une reconnaissance automatique d'une dette fiscale qui, sans égard au fond de l'appel, a pour effet de faire recommencer le délai de prescription. En l'espèce, dans son avis d'appel, la demanderesse n'a pas reconnu la dette de 1998.

Deuxième question : Le dépôt de l'appel par la demanderesse auprès de la Cour canadienne de l'impôt, le 4 janvier 2011, a-t-il eu pour effet de proroger le DPR en vigueur?

[98] Les dispositions applicables de la LIR sont l'alinéa 222(8)a) ainsi que les paragraphes 225.1(2) et (3) :

222 (1) [...]

Prorogation du délai de prescription

(8) Le nombre de jours où au moins un des faits suivants se vérifie prolonge d'autant la durée du délai de prescription :

(a) en raison de l'un des paragraphes 225.1(2) à (5), le ministre n'est pas en mesure d'exercer les actions visées au paragraphe 225.1(1) relativement à la dette fiscale;

[...]

225.1 (1) [...]

Restriction

(2) Dans le cas où un contribuable signifie en vertu de la présente loi un avis d'opposition à une cotisation pour un montant payable en vertu de cette loi, le ministre, pour recouvrer la somme en litige, ne peut prendre aucune des mesures visées aux alinéas (1)a) à g) avant le quatre-vingt-onzième jour suivant la date d'envoi d'un avis au contribuable où il confirme ou modifie la cotisation.

Idem

(3) Where a taxpayer has appealed from an assessment of an amount payable under this Act to the Tax Court of Canada, the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount in controversy, take any of the actions described in paragraphs (1)(a) to (g) before the day of mailing of a copy of the decision of the Court to the taxpayer or the day on which the taxpayer discontinues the appeal, whichever is the earlier.

[99] In the Decision, the Minister stated that the CLP was restarted and simultaneously extended when the appeal, made in respect of both the First Reassessment and the Second Reassessment, was filed meaning that the CLP did not run during the appeal.

Applicant's position

[100] The applicant submits that while subsection 225.1(3) of the ITA bars the Minister from taking collection action while an alleged tax debt is under appeal to the Tax Court, it is critical to note that this section only prevents collection of the “amount in controversy” in the appeal. It does not prevent collection of all amounts owing in respect of the relevant taxation years.

[101] In this case, the issuance of the Second Confirmation on October 7, 2010, does not constitute an “action” to collect the 1988 Debt within the meaning of subsection 222(1) of the ITA. This is because, prior to filing the appeal, the applicant had waived her right to appeal the issue of the Trinity Denton Partnership Losses to the Tax Court under the Settlement Agreement. Therefore, by the appeal the applicant could not have validly disputed the amounts disallowed in respect of Trinity Denton by the Second Reassessment, which was in fact the position taken by the Minister in the Minister’s Reply to the appeal. Because the 1988 Debt in respect of the Trinity Denton Partnership Losses was not validly in issue in the appeal, it was not an “amount in controversy”, its collection was therefore not barred by subsection 225.1(3) of the ITA, and the limitation period for its collection was not extended by subsection 222(8).

Idem

(3) Dans le cas où un contribuable en appelle d’une cotisation pour un montant payable en vertu de la présente loi, auprès de la Cour canadienne de l’impôt, le ministre, pour recouvrer la somme en litige, ne peut prendre aucune des mesures visées aux alinéas (1)a) à g) avant la date de mise à la poste au contribuable d’une copie de la décision de la cour ou la date où le contribuable se désiste de l’appel si celle-ci est antérieure.

[99] Dans sa décision, le ministre a déclaré que le DPR a recommencé à zéro et a simultanément été prorogé lorsque l’appel, interjeté à l’égard de la première nouvelle cotisation et de la deuxième nouvelle cotisation, a été déposé, ce qui signifie que le DPR a cessé de courir pendant l’appel.

Thèse de la demanderesse

[100] La demanderesse soutient que, bien que le paragraphe 225.1(3) de la LIR interdise au ministre de prendre des mesures de recouvrement pendant qu’une dette fiscale présumée fait l’objet d’un appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt, il est essentiel de souligner que cette disposition interdit seulement au ministre de recouvrer la « somme en litige » en appel. Elle n’interdit pas le recouvrement de tous les montants exigibles à l’égard des années d’imposition en cause.

[101] En l’espèce, la deuxième confirmation du 7 octobre 2010 ne constitue pas une « action » en recouvrement de la dette de 1988 au sens du paragraphe 222(1) de la LIR. En effet, avant de déposer l’appel, la demanderesse avait renoncé à son droit d’interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt relativement aux pertes de la société de personnes Trinity Denton en vertu de la convention de règlement. Par conséquent, en interjetant appel, la demanderesse n’aurait pas pu contester valablement les montants refusés à l’égard de Trinity Denton dans la deuxième nouvelle cotisation, comme l’a affirmé le ministre dans sa réponse à l’appel. Comme la dette de 1988 à l’égard des pertes de la société de personnes Trinity Denton n’était pas valablement en litige dans l’appel, il ne s’agissait pas d’une « somme en litige » et son recouvrement n’était donc pas interdit par le paragraphe 225.1(3) de la LIR, et le délai de prescription pour son recouvrement n’a pas été prorogé en vertu du paragraphe 222(8).

[102] Thus, while the appeal may have had the effect of extending the limitation period in respect of the amount owing in relation to the Sierra Trinity deductions disallowed by the Second Reassessment, it had no effect on the limitation period in respect of the 1988 Debt arising from the Trinity Denton Partnership Loses under the First Reassessment.

Respondent's position

[103] The Minister disagrees with the applicant's view that the appeal did not suspend the running of the limitation period in relation to the entirety of the 1988 tax debt on the basis that portions of the tax debt raised in the appeal were not validly an "amount in controversy" before the Tax Court. The Minister asserts that the appeal unambiguously put into issue components of the applicant's 1988 taxation year that impact the actual net tax owing that would be collectible, expenses and disallowed losses.

[104] The Minister submits that the applicant misunderstands the meaning of "amount in controversy" in subsection 225.1(3) and that the amount in controversy is the assessment. The Minister could not collect a portion of what was owing for the tax year until all issues bearing on net liability were resolved. Where Parliament wanted to allow collection of only a portion of the amount assessed it does so in clear language. This is demonstrated by a comparison of the language in subsection 225.1(3) with the language in subsection 225.1(4).

Analysis

[105] As a starting point I note that it is correct that the notice of appeal filed on January 4, 2011, did explicitly raise as issues whether the 1988 Deductions were deductible in computing income and whether the disallowance of the 1988 Trinity Denton NCL and 1988 Trinity Denton Capital Loan (and 1988 Bank Interest) were statute barred.

[106] However, when the appeal was filed the Minister disputed the propriety of this. The reply filed on behalf

[102] Ainsi, bien que l'appel ait pu avoir pour effet de proroger le délai de prescription applicable au montant dû relativement aux déductions pour Sierra Trinity refusées dans la deuxième nouvelle cotisation, il n'a eu aucun effet sur le délai de prescription applicable à la dette de 1988 découlant des pertes de la société Trinity Denton et visée par la première nouvelle cotisation.

Thèse du défendeur

[103] Le ministre n'est pas d'accord avec la demanderesse pour dire que l'appel n'a pas eu pour effet de suspendre le délai de prescription relativement à l'ensemble de la dette fiscale de 1988 au motif que des parties de la dette fiscale soulevées en appel ne constituaient pas une « somme en litige » valide devant la Cour canadienne de l'impôt. Le ministre affirme que l'appel a manifestement mis en cause des éléments de l'année d'imposition 1988 de la demanderesse qui ont une incidence sur l'impôt net exigible qui serait recouvrable, sur les dépenses, ainsi que sur les pertes refusées.

[104] Le ministre soutient que la demanderesse comprend mal le sens du terme « somme en litige » au paragraphe 225.1(3) et que la somme en litige correspond à la cotisation. Le ministre ne pouvait pas recouvrer une partie de ce qui était dû pour l'année d'imposition tant que toutes les questions ayant une incidence sur l'obligation nette n'étaient pas réglées. Lorsque le législateur veut autoriser le recouvrement d'une partie seulement du montant de la cotisation, il le fait clairement, comme le démontre une comparaison entre le libellé du paragraphe 225.1(3) et celui du paragraphe 225.1(4).

Analyse

[105] Tout d'abord, je souligne qu'il est vrai que l'avis d'appel déposé le 4 janvier 2011 a soulevé expressément les questions de savoir si les déductions pour l'année 1988 étaient déductibles dans le calcul du revenu et si le refus de rembourser la perte autre qu'en capital de 1988 de Trinity Denton et la perte en capital de 1988 de Trinity Denton (et l'intérêt bancaire de 1988) était prescrit.

[106] Le ministre a toutefois contesté le bien-fondé de ces questions soulevées en appel. Selon la réponse

of the Minister asserted that specified paragraphs of the notice of appeal were improperly pleaded and should be struck out because the issue of the losses arising from the applicant's participation in Trinity Denton (incorrectly referenced as Sierra Denton Limited Partnerships) were not properly before the Court due to the June 13, 1994, Settlement Agreement and which agreement, by its terms, barred any appeal in connection with those matters. The position of the Minister was clearly stated in the grounds relied on and relief sought section of the reply:

23. The issue of the Minister's disallowance of the Limited Partnership Losses is not properly before the court, as the Appellant is barred by virtue of the Settlement Agreement and subsection 169(2.2) of the Act from appealing the Minister's reassessment dated December 29, 1992 [the Second Reassessment] which relates to those losses. Moreover, the Minister's reassessment dated December 29, 1992 was not appealed within the time limit set out in subsection 169(1)(a) of the Act.

24. By virtue of the Settlement Agreement, which finally and conclusively settled the matter of the disallowance of the Limited Partnership Losses and barred the Appellant from filing an appeal in respect of the disallowance of the Limited Partnership Losses or to contest the validity of the Settlement Agreement, the Appellant is estopped from contesting the disallowance of the Limited Partnership Losses. Moreover, the time allowed by subsection 169 of the Act for appealing the December 29, 1992 reassessment to this court expired in 1995 and the Appellant did not ask for an extension of time to appeal that reassessment.

[107] The Settlement Agreement pertains to Trinity Denton and agreed to the issuance of an assessment or reassessment to disallow the Trinity Denton Partnership Losses. In that regard, the subsequently issued March 30, 1995, First Confirmation confirmed that previously disallowed losses with respect to Trinity Denton were confirmed as per the Settlement Agreement. There is no evidence before me indicating that, subsequent to the reply, the Trinity Denton Partnership Losses were pursued in the appeal. While the Third Reassessment refers to adjustments made according to the consent judgment, the consent judgment issued by the Tax Court is

déposée au nom du ministre, des paragraphes précis de l'avis d'appel étaient inappropriés et devaient être radiés au motif que la Cour canadienne de l'impôt n'était pas régulièrement saisie de la question des pertes découlant de la participation de la demanderesse dans Trinity Denton (désignée incorrectement comme la société de personnes Sierra Denton Limited) en raison de la convention de règlement du 13 juin 1994, en vertu de laquelle tout appel était interdit relativement à ces questions. La position du ministre était clairement énoncée dans la section sur les motifs invoqués et les réparations demandées :

[TRADUCTION]

23. La Cour n'est pas régulièrement saisie de la question du refus du ministre de rembourser les pertes de la société, car l'appelante ne peut, en vertu de la convention de règlement et du paragraphe 169(2.2) de la Loi, interjeter appel de la nouvelle cotisation du ministre datée du 29 décembre 1992 [la deuxième nouvelle cotisation], qui porte sur ces pertes. De plus, la nouvelle cotisation du ministre datée du 29 décembre 1992 n'a pas été portée en appel dans le délai prévu à l'alinéa 169(1)a) de la Loi.

24. En vertu de la convention de règlement, qui a réglé de façon définitive la question du refus de rembourser les pertes de la société et qui interdit à l'appelante d'interjeter appel de cette question ou de contester la validité de la convention de règlement, il est interdit à l'appelante de contester le refus de rembourser les pertes de la société. De plus, le délai prescrit à l'article 169 de la Loi pour interjeter appel de la nouvelle cotisation du 29 décembre 1992 auprès de la Cour a expiré en 1995, et l'appelante n'a pas demandé la prorogation du délai pour interjeter appel de cette nouvelle cotisation.

[107] La convention de règlement porte sur Trinity Denton et prévoyait l'établissement d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation dans laquelle le remboursement des pertes de la société Trinity Denton était refusé. À cet égard, la première confirmation du 30 mars 1995 confirmait que le refus antérieur de rembourser les pertes relativement à Trinity Denton était confirmé conformément à la convention de règlement. Rien n'indique que, après la réponse, les pertes de la société de personnes Trinity Denton ont été soulevées en appel. Bien que la troisième nouvelle cotisation fasse référence à des rajustements effectués conformément au jugement sur

not in record. Further, the September 20, 2016, letter from counsel for the applicant to the Minister explains that the new counsel who prepared the notice of appeal had not been aware of the Settlement Agreement, which was why the notice of appeal included the Trinity Denton Partnership Losses and referenced the First Reassessment which made adjustments to the applicant's participation in Trinity Denton. The letter also states that the applicant did not dispute the assertions in the Minister's reply.

[108] In my view, as a result of the Settlement Agreement, which agreement and the First Confirmation both predate the filing of the appeal, the Trinity Denton Partnership Losses were not properly raised and therefore were not in controversy when the appeal was filed. They were improperly included in the appeal as recognized by the Minister at that time. In the reply, the Minister correctly took the position that the Trinity Denton matters were not validly subject to appeal pursuant to the terms of the Settlement Agreement.

[109] Thus, although the respondent now argues that the appeal put into issue components of the applicant's 1988 taxation year that impacted actual net tax owing that would be collectible, in fact, the Trinity Denton Partnership Losses were set by the Settlement Agreement. Not only could the appeal not properly raise them, the amounts agreed by the Settlement Agreement could not change. Those amounts therefore could not vary the applicant's net liability for 1988 ultimately resolved by the appeal. The applicant points out that the Second Reassessment increased the net federal tax from \$107 999 to \$163 622.30 and the net British Columbia tax from \$54 935.70 to \$82 747.30. The Third Reassessment reversed this increase returning the amounts to those in the Second Reassessment. The applicant states that these amounts pertain only to Sierra Trinity and did not involve Trinity Denton because the Trinity Denton Losses had already been settled. This is not contested by the respondent, possibly as specifics of the settlement have been lost in the mists of time.

consentement, le jugement sur consentement rendu par la Cour canadienne de l'impôt ne figure pas au dossier. De plus, la lettre du 20 septembre 2016 que l'avocat de la demanderesse a adressée au ministre explique que le nouvel avocat qui a rédigé l'avis d'appel n'était pas au courant de la convention de règlement et que c'est pour cette raison que l'avis d'appel visait les pertes de la société Trinity Denton et faisait référence à la première nouvelle cotisation, qui contenait des rajustements relatifs à la participation de la demanderesse dans Trinity Denton. La lettre indique également que la demanderesse n'a pas contesté les affirmations que contenait la réponse du ministre.

[108] Je suis d'avis que, en raison de la convention de règlement, qui, comme la première confirmation, a précédé le dépôt de l'appel, les pertes de la société de personnes Trinity Denton n'ont pas été soulevées de façon régulière et n'étaient donc pas en litige au moment du dépôt de l'appel. Elles ont été incluses par erreur dans l'appel, comme l'a alors reconnu le ministre. Dans sa réponse, le ministre a eu raison d'affirmer que les questions relatives à Trinity Denton n'étaient pas valablement susceptibles d'appel conformément à la convention de règlement.

[109] Par conséquent, bien que le défendeur soutienne maintenant que l'appel a mis en cause des éléments de l'année d'imposition 1988 de la demanderesse qui ont eu une incidence sur l'impôt net exigible qui serait recouvrable, la question des pertes de la société Trinity Denton a été réglée par la convention de règlement. Non seulement la question ne pouvait être régulièrement soulevée en appel, mais les montants convenus dans la convention de règlement ne pouvaient être modifiés. Ces montants ne pouvaient donc pas avoir une incidence sur l'obligation nette de la demanderesse pour 1988, qui a finalement été réglée par l'appel. La demanderesse fait remarquer que la deuxième nouvelle cotisation a fait passer l'impôt fédéral net de 107 999 \$ à 163 622,30 \$ et l'impôt net de la Colombie-Britannique de 54 935,70 \$ à 82 747,30 \$. La troisième nouvelle cotisation a annulé ces augmentations et a rétabli les montants figurant dans la deuxième nouvelle cotisation. La demanderesse affirme que ces montants ne concernent que Sierra Trinity et non Trinity Denton, car la question des pertes de

[110] In the result, based on the particular facts of this case, because the 1988 Debt in respect of the Trinity Denton Partnership Losses was not validly in issue in the appeal, as recognized by the Minister in the reply, it was not an “amount in controversy”. Its collection was therefore not barred by subsection 225.1(3) of the ITA and the limitation period for its collection was not extended by subsection 222(8).

[111] As to respondent’s submission that the phrase “amount in controversy” is tied to the prior wording of subsection 225.1(3) with the effect that the amount in controversy is the entire assessment amount, the respondent offers no jurisprudence or ITA provisions in support of this interpretation. Further, subsection 225.1(3) states that where a taxpayer “has appealed *from an assessment of an amount payable* under this Act to the Tax Court of Canada, the Minister shall not, *for the purpose of collecting the amount in controversy*, take any of the actions described” [emphasis added]. Presumably, if Parliament had intended that the Minister was precluded from collecting the entirety of the assessed tax debt for that year it would have said that rather than limiting the collection restriction to “the amount in controversy”.

[112] In any event, even if “an amount in controversy” does in the normal course, as the respondent submits, entail the entire reassessment, or the net amount of taxes owing over the entirety of a taxation year, in light of the Settlement Agreement barring any future appeals over matters pertaining to the Trinity Denton Partnership Losses, in my view, an amount in controversy in this particular context can mean only those matters to which the applicant still had a valid right of appeal under the ITA—the Sierra Trinity disallowed losses.

[113] Two final points on this issue. First, in the Decision, the CRA states that the appeal acknowledged

Trinity Denton avait déjà été réglée. Ces faits ne sont pas contestés par le défendeur, peut-être parce que les détails du règlement se sont perdus au fil du temps.

[110] Par conséquent, compte tenu des faits propres à l’espèce, puisque la dette de 1988 à l’égard des pertes de la société Trinity Denton n’était pas valablement en litige dans l’appel, comme l’a reconnu le ministre dans sa réponse, il ne s’agissait pas d’une « somme en litige ». Le recouvrement de cette dette n’était donc pas interdit par le paragraphe 225.1(3) de la LIR, et le délai de prescription pour le recouvrement n’a pas été prorogé par le paragraphe 222(8).

[111] Pour ce qui est de l’observation du défendeur selon laquelle le terme « somme en litige » est lié au libellé antérieur du paragraphe 225.1(3) et la somme en litige est donc le montant total de la cotisation, le défendeur ne fournit aucune décision ni aucune disposition de la LIR pour appuyer une telle interprétation. De plus, selon le paragraphe 225.1(3), dans le cas où un contribuable « en appelle *d’une cotisation pour un montant payable* en vertu de la présente loi, auprès de la Cour canadienne de l’impôt, le ministre, *pour recouvrer la somme en litige*, ne peut prendre aucune des mesures visées » [non souligné dans l’original]. Vraisemblablement, si le législateur avait voulu empêcher le ministre de recouvrer la totalité de la dette fiscale établie pour l’année en question, il l’aurait dit au lieu de limiter la restriction à la « somme en litige ».

[112] Quoi qu’il en soit, même si une « somme en litige » vise en temps normal, comme le défendeur le soutient, la totalité de la nouvelle cotisation ou le montant net d’impôt dû pour la totalité d’une année d’imposition, à la lumière de la convention de règlement interdisant tout appel futur sur des questions relatives aux pertes de la société Trinity Denton, je suis d’avis qu’une somme en litige dans ce contexte en particulier ne peut correspondre qu’aux questions pour lesquelles la demanderesse disposait encore d’un droit d’appel valide aux termes de la LIR, soit les pertes de Sierra Trinity dont le remboursement a été refusé.

[113] J’aimerais apporter deux derniers points sur cette question. Premièrement, dans la décision, l’ARC affirme

both the First Assessment and the Second Assessment. This suggests that the content of the appeal was relevant. Second, the Decision does not acknowledge the position taken by the Minister in the reply contesting the references in the appeal to the First Assessment because of the existence of the Settlement Agreement. It is impossible to ascertain from the reasons if the CRA considered the reply and the impact of the Settlement Agreement in reaching the Decision. The Decision lacks transparency in this regard.

Issue 3: Did the issuance of the Third Reassessment on December 19, 2014, operate as a new reassessment, initiating a new CLP, in respect of the applicant's 1988 tax liability?

[114] The third ground on which the Decision is based is that the applicant's 1988 tax year was reassessed on December 19, 2014, by the Third Reassessment, which again restarted the CLP, 90 days from that date, on March 20, 2015. It would therefore not expire until 10 years from that date, March 20, 2025.

Applicant's position

[115] The applicant submits that if the limitation period was not earlier restarted or extended on the basis of the two other grounds identified by the Minister, being the acknowledgment of the debt by the applicant (ITA, paragraph 222(5)(a) and subsection 222(6)) or the extending of the limitation period by the appeal to the Tax Court (paragraph 222(8)(a)), then the third ground cannot operate on a stand alone basis to further extend the limitation period. More specifically, once the limitation period has expired, no action taken beyond that period can operate to further extend the limitation period. Here, because neither of the first two grounds operated to extend or restart the limitation period, the Third Reassessment, undertaken on December 19, 2014, fell outside the March 4, 2014, limitation period expiry and therefore cannot extend or restart the limitation period.

que dans son avis d'appel, la demanderesse a reconnu la première cotisation et la deuxième cotisation. Cela laisse supposer que le fond de l'appel était pertinent. Deuxièmement, dans la décision, l'ARC ne reconnaît pas la position adoptée par le ministre dans sa réponse, qui conteste les renvois à la première cotisation dans l'appel en raison de l'existence de la convention de règlement. Il est impossible d'établir, d'après les motifs, si l'ARC a tenu compte de la réponse et de l'incidence de la convention de règlement dans sa décision. La décision n'est pas transparente à cet égard.

Troisième question : La troisième nouvelle cotisation établie le 19 décembre 2014 représentait-elle une autre nouvelle cotisation, créant ainsi un nouveau DPR à l'égard de l'obligation fiscale de la demanderesse pour l'année 1988?

[114] Le troisième motif sur lequel repose la décision est que l'année d'imposition 1988 de la demanderesse a fait l'objet d'une nouvelle cotisation le 19 décembre 2014, soit la troisième nouvelle cotisation, qui a de nouveau fait recommencer le DPR, 90 jours après cette date, soit le 20 mars 2015. Le délai de prescription n'expirerait donc pas avant 10 ans à partir de cette date, soit le 20 mars 2025.

Thèse de la demanderesse

[115] La demanderesse soutient que, si le délai de prescription n'a pas recommencé ou n'a pas été prorogé antérieurement en raison des deux autres motifs soulevés par le ministre, soit la reconnaissance de la dette (alinéa 222(5)a) et le paragraphe 222(6) de la LIR) et la prorogation du délai de prescription créée par l'appel interjeté auprès de la Cour canadienne de l'impôt (alinéa 222(8)a)), le troisième motif ne peut donc pas, à lui seul, avoir pour effet de proroger davantage le délai de prescription. Plus précisément, une fois le délai de prescription expiré, aucune mesure prise par la suite ne peut avoir pour effet de proroger davantage le délai de prescription. En l'espèce, puisqu'aucun des deux premiers motifs n'a eu pour effet de proroger ou de faire recommencer le délai de prescription, la troisième nouvelle cotisation, établie le 19 décembre 2014, soit après l'expiration du délai de prescription du 4 mars 2014, ne

Respondent's position

[116] The respondent submits that a new CLP of 10 years arose when the Minister issued the Third Reassessment. The ITA's definition of an "assessment" [at paragraph 248] includes a "reassessment" and a subsequent reassessment nullifies a prior assessment or reassessment issued in respect of the same taxation year if the subsequent reassessment fixes the taxpayer's total tax for the year (*TransCanada Pipelines Ltd. v. The Queen*, 2001 FCA 314, [2002] 1 C.T.C. 43, at paragraph 12; *Lornport Investments Ltd. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 293, [1992] 1 C.T.C. 351 (C.A.), at paragraph 6). Here the Third Reassessment fixed the applicant's net tax and nullified and replaced the Second Reassessment. Pursuant to subsection 222(4) of the ITA, the limitation period for the 1988 tax debts restarted on December 19, 2014, and the date the Third Reassessment was sent to the applicant. Accordingly, it was reasonable for the Minister to refuse the applicant's request for a refund.

Analysis

[117] In this matter it is not disputed that the limitation period initially began to run on March 4, 2004, pursuant to subparagraph 222(4)(a)(ii) of the ITA. Thus, unless it was extended or restarted, it would expire 10 years later, on March 4, 2014.

[118] A limitation period can be restarted in the three circumstances described in paragraphs 222(5)(a), (b) and (c). I have found above that the limitation period was not restarted by the filing of the appeal. This is because the filing of the appeal was not a written acknowledgement of the tax debt as set out in paragraph 222(5)(a) and subsection 222(6). The reasons for the Decision are brief and do not indicate that the Minister commenced an action to collect the tax debt and thereby restarted the limitation period pursuant to paragraph 222(5)(b), or that paragraph 222(5)(c) has application. That is, the reasons

peut donc pas avoir pour effet de proroger ou de faire recommencer le délai de prescription.

Thèse du défendeur

[116] Le défendeur soutient qu'un nouveau DPR de 10 ans a commencé à courir lorsque le ministre a établi la troisième nouvelle cotisation. La définition de « cotisation » [au paragraphe 248] dans la LIR comprend une « nouvelle cotisation », et une nouvelle cotisation subséquente annule une cotisation ou une nouvelle cotisation antérieure établie pour la même année d'imposition si la nouvelle cotisation subséquente fixe l'impôt total du contribuable pour l'année (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 314, au paragraphe 12; *Lornport Investments Ltd. c. Canada* [1992] 2 C.F. 293 (C.A.), au paragraphe 6). En l'espèce, la troisième nouvelle cotisation a fixé l'impôt net de la demanderesse et a annulé et remplacé la deuxième nouvelle cotisation. Conformément au paragraphe 222(4) de la LIR, le délai de prescription pour les dettes fiscales de 1988 a recommencé à courir le 19 décembre 2014 et à la date à laquelle la troisième nouvelle cotisation a été envoyée à la demanderesse. Par conséquent, il était raisonnable pour le ministre de refuser la demande de remboursement de la demanderesse.

Analyse

[117] En l'espèce, nul ne conteste que le délai de prescription initial a commencé à courir le 4 mars 2004 conformément au sous-alinéa 222(4)a)(ii) de la LIR. Ainsi, à moins d'être prorogé ou de recommencer à courir, il expirerait 10 ans plus tard, soit le 4 mars 2014.

[118] Un délai de prescription peut recommencer à courir dans les trois circonstances décrites aux alinéas 222(5)a), b) et c). J'ai conclu précédemment que le délai de prescription n'a pas recommencé par suite du dépôt de l'appel. J'ai tiré cette conclusion parce que le dépôt de l'appel ne constituait pas une reconnaissance par écrit de la dette fiscale au sens de l'alinéa 222(5)a) et du paragraphe 222(6). Les motifs de la décision sont brefs et n'indiquent pas que le ministre a intenté une action en recouvrement de la dette fiscale et que le délai de prescription a recommencé à courir conformément

do not indicate that such actions exist or grounded the refusal to issue the requested refund. Thus, the initial limitation period was not restarted prior to its expiry on March 4, 2014, or prior to the Third Reassessment. I have also found that the limitation period was not extended by the filing of the appeal pursuant to subsection 225.1(3) and paragraph 222(8)(a).

[119] In the result, based on the record before me, I cannot conclude that the initial limitation period was restarted or extended prior to its expiry on March 4, 2014, or prior to the Third Reassessment. The applicant submits that once the limitation period has expired, no action taken beyond that period can operate to further extend the limitation period. The respondent does not dispute this. In that event, the Third Reassessment, undertaken on December 19, 2014, fell outside the March 4, 2014, limitation period expiry and could not extend, restart or revive the exhausted limitation period. Accordingly, the Decision unreasonably found that the Third Reassessment restarted the limitation period.

[120] The respondent submits that while an assessment, which by definition includes a reassessment, does not create the debt, and at most it is a confirmation of its existence (*The Queen v. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] F.C. 396, [1971] F.C.J. No. 33 (QL) (T.D.), at paragraph 20), that the limitation period associated with any particular tax debt is “tied to” the assessment and confirms the existence of that tax debt. Thus, to determine if the limitation period has passed the Court must determine when it was assessed. Because the Second Reassessment fixed the applicant’s net tax at \$163 622.30 and the Third Reassessment fixed the applicant’s net tax at \$107 999, the Third Reassessment nullified and replaced the Second Assessment (*TransCanada Pipelines Ltd. v. The Queen*, 2001 FCA 314, [2002] 1 C.T.C. 43 [cited above], at paragraph 12), meaning that the limitation period for the 1988 tax debt started on the date of the Third Assessment, December 19, 2014.

à l’alinéa 222(5)b), ni que l’alinéa 222(5)c) s’applique. Autrement dit, les motifs n’indiquent pas que de telles mesures ont été prises ou ont motivé le refus d’accorder le remboursement demandé. Ainsi, le délai de prescription initial n’a pas recommencé à courir avant son expiration du 4 mars 2014 ou avant l’établissement de la troisième nouvelle cotisation. J’ai également conclu que le délai de prescription n’a pas été prorogé par suite du dépôt de l’appel comme le prévoient le paragraphe 225.1(3) et l’alinéa 222(8)a).

[119] Par conséquent, compte tenu du dossier dont je dispose, je ne peux conclure que le délai de prescription initial a recommencé à courir ou a été prorogé avant son expiration le 4 mars 2014 ou avant l’établissement de la troisième nouvelle cotisation. La demanderesse soutient que, une fois le délai de prescription expiré, aucune mesure prise par la suite ne peut avoir pour effet de proroger davantage le délai de prescription. Le défendeur ne conteste pas cette affirmation. Pour cette raison, la troisième nouvelle cotisation, établie le 19 décembre 2014, est survenue après l’expiration du délai de prescription du 4 mars 2014 et ne pouvait avoir pour effet de proroger, de recommencer ou de ranimer le délai de prescription expiré. Par conséquent, dans sa décision, le ministre a conclu déraisonnablement que la troisième nouvelle cotisation a fait recommencer le délai de prescription.

[120] Le défendeur soutient que, bien qu’une cotisation, qui par définition englobe une nouvelle cotisation, ne crée pas la dette, et qu’il s’agit tout au plus d’une confirmation de son existence (*La Reine c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] C.F. 396, [1971] A.C.F. n° 33 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 20), le délai de prescription associé à une dette fiscale en particulier est « lié » à la cotisation et confirme l’existence de cette dette. Ainsi, pour établir si le délai de prescription est écoulé, la Cour doit déterminer quand la cotisation a été établie. Comme la deuxième nouvelle cotisation a fixé l’impôt net de la demanderesse à 163 622,30 \$ et que la troisième nouvelle cotisation a fixé l’impôt net de la demanderesse à 107 999,00 \$, la troisième nouvelle cotisation a annulé et remplacé la deuxième cotisation (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 314 [précité], au paragraphe 12). Ainsi, le délai de prescription pour la dette fiscale de 1988 a commencé à courir à la date de la troisième cotisation, soit le 19 décembre 2014.

[121] However, even if this is so, as I have noted above, once the limitation period expired it could not be revived by the Third Reassessment.

[122] The respondent also asserts that by way of subsection 169(3), when there is an appeal, the Minister may, with the consent in writing of the taxpayer, reassess amounts payable under the ITA, which in this case was done by way of a consent judgment. In this way, the Third Reassessment was tied to the 1988 tax debt—including the Trinity Denton Partnership Losses determined 10 years earlier by the Settlement Agreement.

[123] However, as noted above, the consent judgment pertaining to the Tax Court Appeal is not in the record. Moreover, given that the Trinity Denton Partnership Losses were, as seen from the reply, not subject to appeal, it is difficult to see how the consent judgment could have had the effect of the applicant agreeing to the reassessment of those amounts and, therefore, “tying” those losses to the Third Reassessment.

[124] The respondent also submits that the Settlement Agreement does not matter, all that matters is that there was some change to the 1988 tax year, as demonstrated by the Third Assessment, which therefore revived the applicant’s liability. Based on the facts of this matter, the record before me, and considering that the respondent does not dispute the applicant’s claim that the Third Assessment dealt exclusively with amounts related to Sierra Trinity, and in that regard that the Third Assessment simply reversed and reduced the net taxes that had been increased by the Second Reassessment back to the original assessment, I am unable to agree with the respondent’s argument.

[125] As stated by the Supreme Court in *Markevich*: “a limitation period encourages the Minister to act diligently in pursuing the collection of tax debts. In light of the significant effect that collection of tax debts has upon

[121] Toutefois, même si c’est le cas, comme je l’ai mentionné précédemment, une fois le délai de prescription expiré, il ne pouvait être ranimé par la troisième nouvelle cotisation.

[122] Le défendeur affirme également que, par application du paragraphe 169(3), lorsqu’il y a appel, le ministre peut, avec le consentement écrit du contribuable, établir une nouvelle cotisation concernant les montants payables en vertu de la LIR, ce qui a été fait en l’espèce au moyen d’un jugement par consentement. Ainsi, la troisième nouvelle cotisation était liée à la dette fiscale de 1988, y compris les pertes de la société Trinity Denton visées par la convention de règlement 10 ans plus tôt.

[123] Toutefois, comme je l’ai déjà dit, le jugement sur consentement relatif à l’appel interjeté auprès de la Cour canadienne de l’impôt ne figure pas au dossier. De plus, étant donné que les pertes de la société Trinity Denton n’étaient pas susceptibles d’appel, comme l’indique la réponse, il est difficile de voir comment le jugement sur consentement aurait pu avoir pour effet de faire accepter à la demanderesse la nouvelle cotisation pour les montants en question et, par conséquent, de « lier » les pertes à la troisième nouvelle cotisation.

[124] Le défendeur soutient également que la convention de règlement n’a pas d’importance; tout ce qui compte, c’est qu’il y a eu un changement à l’année d’imposition 1988, comme l’a démontré la troisième cotisation, qui a ainsi ravivé l’obligation de la demanderesse. Compte tenu des faits en l’espèce et du dossier dont je dispose, et étant donné que le défendeur ne conteste pas l’affirmation de la demanderesse selon laquelle la troisième cotisation portait exclusivement sur des montants liés à Sierra Trinity et, à cet égard, que la troisième cotisation a simplement réduit l’impôt net qui avait été augmenté par la deuxième nouvelle cotisation et l’a ramené au montant de la cotisation initiale, je ne puis être d’accord avec le défendeur.

[125] Ainsi que l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Markevich* : « [U]n délai de prescription incite le ministre à agir avec diligence dans le recouvrement des créances fiscales. Vu les répercussions importantes

the financial security of Canadian citizens, it is contrary to the public interest for the department to sleep on its rights in enforcing collection. It is evident that the rationales which justify the existence of limitation periods apply to the collection of tax debts” (at paragraph 20). Here the Minister entered into the Settlement Agreement on June 13, 1994. The amount of the applicant’s tax liability for the 1988 Debt was acknowledged and resolved by that agreement and it was no longer in controversy. It was open to the Minister to seek to collect the agreed amounts prior to the expiration of the limitation period.

[126] In conclusion, for the reasons above, I conclude that the Decision was not justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on it (*Vavilov*, at paragraphs 14, 15, 86, 95, 99–101, 105, 120–121) and therefore was unreasonable.

JUDGMENT IN T-868-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is granted.
2. The decision of the Assistant Director, Revenue Collection, Canada Revenue Agency, on behalf of the Minister of National Revenue, dated April 26, 2019, is quashed and the matter is remitted back to the Minister for redetermination, taking these reasons into consideration;
3. The applicant shall have her costs in the all inclusive lump sum amount of \$2 000 payable by the respondent.

ANNEX A

Section 152 of the *Income Tax Act* states:

que celui-ci a sur la sécurité financière des citoyens canadiens, le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de recouvrement est contraire à l’intérêt public. Il est évident que les justifications de l’existence de délais de prescription s’appliquent au recouvrement des créances fiscales » (au paragraphe 20). En l’espèce, le ministre a conclu la convention de règlement le 13 juin 1994. Le montant de l’obligation fiscale de la demanderesse à l’égard de la dette de 1988 a été reconnu et réglé par la convention et n’était plus en litige. Le ministre pouvait chercher à recouvrer les montants convenus avant l’expiration du délai de prescription.

[126] En conclusion, pour les motifs qui précèdent, je conclus que la décision n’était pas justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci (*Vavilov*, aux paragraphes 14, 15, 86, 95, 99–101, 105, 120–121) et qu’elle était par conséquent déraisonnable.

JUGEMENT dans le dossier T-868-19

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision du 26 avril 2019 du directeur adjoint de la division du Recouvrement des recettes de l’Agence du revenu du Canada, au nom du ministre du Revenu national, est annulée, et l’affaire est renvoyée au ministre pour qu’il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs.
3. Le défendeur verse à la demanderesse des dépens d’un montant forfaitaire tout compris de 2 000 \$.

ANNEXE A

L’article 152 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit ce qui suit :

152 (1) ...**Liability not dependent on assessment**

(3) Liability for the tax under this Part is not affected by an incorrect or incomplete assessment or by the fact that no assessment has been made.

...

Assessment deemed valid and binding

(8) An assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under this Part and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission in the assessment or in any proceeding under this Act relating thereto.

Section 222 of the *Income Tax Act* states:

Definitions

222 (1) The following definitions apply in this section.

action means an action to collect a tax debt of a taxpayer and includes a proceeding in a court and anything done by the Minister under subsection 129(2), 131(3), 132(2) or 164(2), section 203 or any provision of this Part. (*action*)

tax debt means any amount payable by a taxpayer under this Act. (*dette fiscale*)

...

Limitation period

(4) The limitation period for the collection of a tax debt of a taxpayer

(a) begins

(i) if a notice of assessment, or a notice referred to in subsection 226(1), in respect of the tax debt is sent to or served on the taxpayer, after March 3, 2004, on the day that is 90 days after the day on which the last one of those notices is sent or served, and

(ii) if subparagraph (i) does not apply and the tax debt was payable on March 4, 2004, or would have

152 (1) [...]**Responsabilité indépendante de l'avis**

(3) Le fait qu'une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu'aucune cotisation n'a été faite n'a pas d'effet sur les responsabilités du contribuable à l'égard de l'impôt prévu par la présente partie.

[...]

Présomption de validité de la cotisation

(8) Sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi.

L'article 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit ce qui suit :

Définitions

222 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

action Toute action en recouvrement d'une dette fiscale d'un contribuable, y compris les procédures judiciaires et toute mesure prise par le ministre en vertu des paragraphes 129(2), 131(3), 132(2) ou 164(2), de l'article 203 ou d'une disposition de la présente partie. (*action*)

dette fiscale Toute somme payable par un contribuable sous le régime de la présente loi. (*tax debt*)

[...]

Délai de prescription

(4) Le délai de prescription pour le recouvrement d'une dette fiscale d'un contribuable :

a) commence à courir :

(i) si un avis de cotisation, ou un avis visé au paragraphe 226(1), concernant la dette est envoyé ou signifié au contribuable après le 3 mars 2004, le quatre-vingt-dixième jour suivant le jour où le dernier de ces avis est envoyé ou signifié,

(ii) si le sous-alinéa (i) ne s'applique pas et que la dette était exigible le 4 mars 2004, ou l'aurait été

been payable on that date but for a limitation period that otherwise applied to the collection of the tax debt, on March 4, 2004; and

(b) ends, subject to subsection (8), on the day that is 10 years after the day on which it begins.

Limitation period restarted

(5) The limitation period described in subsection (4) for the collection of a tax debt of a taxpayer restarts (and ends, subject to subsection (8), on the day that is 10 years after the day on which it restarts) on any day, before it would otherwise end, on which

(a) the taxpayer acknowledges the tax debt in accordance with subsection (6);

(b) the Minister commences an action to collect the tax debt; or

(c) the Minister, under subsection 159(3) or 160(2) or paragraph 227(10)(a), assesses any person in respect of the tax debt.

Acknowledgement of tax debts

(6) A taxpayer acknowledges a tax debt if the taxpayer

(a) promises, in writing, to pay the tax debt;

(b) makes a written acknowledgement of the tax debt, whether or not a promise to pay can be inferred from the acknowledgement and whether or not it contains a refusal to pay; or

(c) makes a payment, including a purported payment by way of a negotiable instrument that is dishonoured, on account of the tax debt.

Agent or legal representative

(7) For the purposes of this section, an acknowledgement made by a taxpayer's agent or legal representative has the same effect as if it were made by the taxpayer.

Extension of limitation period

(8) In computing the day on which a limitation period ends, there shall be added the number of days on which one or more of the following is the case:

en l'absence de tout délai de prescription qui s'est appliqué par ailleurs au recouvrement de la dette, le 4 mars 2004;

b) prend fin, sous réserve du paragraphe (8), dix ans après le jour de son début.

Reprise du délai de prescription

(5) Le délai de prescription pour le recouvrement d'une dette fiscale d'un contribuable recommence à courir — et prend fin, sous réserve du paragraphe (8), dix ans plus tard — le jour, antérieur à celui où il prendrait fin par ailleurs, où, selon le cas :

a) le contribuable reconnaît la dette conformément au paragraphe (6);

b) le ministre entreprend une action en recouvrement de la dette;

c) le ministre établit, en vertu des paragraphes 159(3) ou 160(2) ou de l'alinéa 227(10)a), une cotisation à l'égard d'une personne concernant la dette.

Reconnaissance de dette fiscale

(6) Se reconnaît débiteur d'une dette fiscale le contribuable qui, selon le cas :

a) promet, par écrit, de régler la dette;

b) reconnaît la dette par écrit, que cette reconnaissance soit ou non rédigée en des termes qui permettent de déduire une promesse de règlement et renferme ou non un refus de payer;

c) fait un paiement au titre de la dette, y compris un prétendu paiement fait au moyen d'un titre négociable qui fait l'objet d'un refus de paiement.

Mandataire ou représentant légal

(7) Pour l'application du présent article, la reconnaissance faite par le mandataire ou le représentant légal d'un contribuable a la même valeur que si elle était faite par le contribuable.

Prorogation du délai de prescription

(8) Le nombre de jours où au moins un des faits suivants se vérifie prolonge d'autant la durée du délai de prescription :

(a) the Minister may not, because of any of subsections 225.1(2) to (5), take any of the actions described in subsection 225.1(1) in respect of the tax debt;

(b) the Minister has accepted and holds security in lieu of payment of the tax debt;

(c) if the taxpayer was resident in Canada on the applicable date described in paragraph (4)(a) in respect of the tax debt, the taxpayer is non-resident; or

(d) an action that the Minister may otherwise take in respect of the tax debt is restricted or not permitted under any provision of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, of the *Companies' Creditors Arrangement Act* or of the *Farm Debt Mediation Act*.

a) en raison de l'un des paragraphes 225.1(2) à (5), le ministre n'est pas en mesure d'exercer les actions visées au paragraphe 225.1(1) relativement à la dette fiscale;

b) le ministre a accepté et détient une garantie pour le paiement de la dette fiscale;

c) la personne, qui résidait au Canada à la date applicable visée à l'alinéa (4)a) relativement à la dette fiscale, est un non-résident;

d) l'une des actions que le ministre peut exercer par ailleurs relativement à la dette fiscale est limitée ou interdite en vertu d'une disposition quelconque de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*.

Section 225.1 of the *Income Tax Act* states:

Collection restrictions

225.1 (1) If a taxpayer is liable for the payment of an amount assessed under this Act, other than an amount assessed under subsection 152(4.2), 169(3) or 220(3.1), the Minister shall not, until after the collection-commencement day in respect of the amount, do any of the following for the purpose of collecting the amount:

(a) commence legal proceedings in a court,

(b) certify the amount under section 223,

(c) require a person to make a payment under subsection 224(1),

(d) require an institution or a person to make a payment under subsection 224(1.1),

(e) [Repealed, 2006, c. 4, s. 166]

(f) require a person to turn over moneys under subsection 224.3(1), or

(g) give a notice, issue a certificate or make a direction under subsection 225(1).

...

No action by Minister

(2) If a taxpayer has served a notice of objection under this Act to an assessment of an amount payable under

L'article 225.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit ce qui suit :

Restrictions au recouvrement

225.1 (1) Si un contribuable est redevable du montant d'une cotisation établie en vertu des dispositions de la présente loi, exception faite des paragraphes 152(4.2), 169(3) et 220(3.1), le ministre, pour recouvrer le montant impayé, ne peut, avant le lendemain du jour du début du recouvrement du montant, prendre les mesures suivantes :

a) entamer une poursuite devant un tribunal;

b) attester le montant, conformément à l'article 223;

c) obliger une personne à faire un paiement, conformément au paragraphe 224(1);

d) obliger une institution ou une personne visée au paragraphe 224(1.1) à faire un paiement, conformément à ce paragraphe;

e) [Abrogé, 2006, ch. 4, art. 166]

f) obliger une personne à remettre des fonds, conformément au paragraphe 224.3(1);

g) donner un avis, délivrer un certificat ou donner un ordre, conformément au paragraphe 225(1).

[...]

Restriction

(2) Dans le cas où un contribuable signifie en vertu de la présente loi un avis d'opposition à une cotisation pour un

this Act, the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount in controversy, take any of the actions described in paragraphs (1)(a) to (g) until after the day that is 90 days after the day on which notice is sent to the taxpayer that the Minister has confirmed or varied the assessment.

Idem

(3) Where a taxpayer has appealed from an assessment of an amount payable under this Act to the Tax Court of Canada, the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount in controversy, take any of the actions described in paragraphs (1)(a) to (g) before the day of mailing of a copy of the decision of the Court to the taxpayer or the day on which the taxpayer discontinues the appeal, whichever is the earlier.

montant payable en vertu de cette loi, le ministre, pour recouvrer la somme en litige, ne peut prendre aucune des mesures visées aux alinéas (1)a) à g) avant le quatre-vingt-onzième jour suivant la date d'envoi d'un avis au contribuable où il confirme ou modifie la cotisation.

Idem

(3) Dans le cas où un contribuable en appelle d'une cotisation pour un montant payable en vertu de la présente loi, auprès de la Cour canadienne de l'impôt, le ministre, pour recouvrer la somme en litige, ne peut prendre aucune des mesures visées aux alinéas (1)a) à g) avant la date de mise à la poste au contribuable d'une copie de la décision de la cour ou la date où le contribuable se désiste de l'appel si celle-ci est antérieure.

IMM-5192-19
2020 FC 778

IMM-5192-19
2020 CF 778

Abdulmalik Abdurazak Jabir Seklani (*Applicant*)

Abdulmalik Abdurazak Jabir Seklani (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: SEKLANI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ: SEKLANI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Gascon J.—By videoconference (Montréal), June 16; July 23, 2020.

Cour fédérale, juge Gascon—Par vidéoconférence (Montréal), 16 juin; 23 juillet 2020.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Canada Border Services Agency decision determining that applicant ineligible to file claim for refugee protection with Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(c.1) — Parliament enacting s. 101(1)(c.1) in June 2019 — S. 101(1)(c.1) new ineligibility provision that precludes asylum claimants who have made claim for refugee protection in country with which Canada having information-sharing agreement from having their claim heard, adjudicated by RPD — Countries with which Canada having agreement including United States (U.S.); together with Canada, known as “Five Eyes” countries — Parliament also adding s. 113.01 to Act to complement new ineligibility provision — S. 113.01 providing that mandatory hearing before a pre-removal risk assessment (PRRA) officer must be held for asylum seekers found ineligible under s. 101(1)(c.1) — Applicant entering Canada from U.S., citizen of Libya — Travelled to U.S. but claim filed there never assessed — Found ineligible to file claim for refugee protection in Canada — On judicial review, applicant asking Court to declare Act, s. 101(1)(c.1) inconsistent with Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7, which deals with life, liberty, security of person — Whether Act, s. 101(1)(c.1) violating Charter, s. 7 — Charter, s. 7 not engaged by RPD bar created by s. 101(1)(c.1) since ineligibility determination not depriving applicant from his right to life, liberty or security of person nor increasing applicant’s risk of refoulement — Moreover, “enhanced” PRRA mechanism to which applicant having access offering adequate process to be granted refugee protection — Finally, applicant failing to demonstrate that Act, s. 101(1)(c.1) arbitrary, overbroad or grossly disproportionate or that provision violating principles of fundamental justice — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d’une décision de l’Agence des services frontaliers du Canada, qui a conclu que la demande d’asile présentée par le demandeur à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié était irrecevable, conformément à l’art. 101(1)c.1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — En juin 2019, le Parlement a adopté l’art. 101(1)c.1) — Il s’agissait d’une nouvelle disposition d’irrecevabilité qui empêche les demandeurs d’asile qui ont présenté une demande d’asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l’échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la SPR — Les pays avec lesquels le Canada a conclu une telle entente incluent les États-Unis; ces pays, ainsi que le Canada, sont connus sous le nom de « Groupe des cinq » — Le Parlement a également ajouté l’art. 113.01 à la LIPR afin de compléter la nouvelle disposition d’irrecevabilité — Ce nouvel article prévoit que toutes les demandes d’asile jugées irrecevables au titre de l’art. 101(1)c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR) — Le demandeur, un citoyen de la Libye, est entré au Canada en provenance des États-Unis — Il s’est rendu aux États-Unis, mais sa demande de protection n’y a jamais été évaluée — La demande d’asile présentée par le demandeur au Canada a été jugée irrecevable — Au moyen de sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur a demandé à la Cour de déclarer l’art. 101(1)c.1) de la LIPR incompatible avec l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui porte sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Il s’agissait de savoir si l’art. 101(1)c.1) de la LIPR viole l’art. 7 de la Charte — L’irrecevabilité devant la SPR, créée par l’art. 101(1)c.1), ne déclenche pas l’application de l’art. 7 de la Charte, puisque cette déclaration d’irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(c.1) precluding asylum claimants who have made claim for refugee protection in country with which Canada having information-sharing agreement from having their claim heard, adjudicated by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division — Act, s. 113.01 providing that mandatory hearing before a pre-removal risk assessment (PRRA) officer must be held for asylum seekers found ineligible under s. 101(1)(c.1) — Whether Act, s. 101(1)(c.1) violating Charter, s. 7 — Charter, s. 7 not engaged by RPD bar created by s. 101(1)(c.1) since ineligibility determination not depriving applicant from his right to life, liberty or security of person nor increasing applicant's risk of refoulement — Moreover, "enhanced" PRRA mechanism to which applicant having access offering adequate process to be granted refugee protection — Finally, applicant failing to demonstrate that Act, s. 101(1)(c.1) arbitrary, overbroad or grossly disproportionate or that provision violating principles of fundamental justice.

This was an application for judicial review of a Canada Border Services Agency (CBSA) decision determining that the applicant was ineligible to file a claim for refugee protection with the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) pursuant to paragraph 101(1)(c.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Parliament enacted paragraph 101(1)(c.1) in June 2019. It is a new ineligibility provision that precludes asylum claimants who have made a claim for refugee protection in a country with which Canada has an information-sharing agreement from having their claim heard and adjudicated by the RPD. These countries with which Canada has an agreement or arrangement for the purpose of facilitating information-sharing to assist in the administration and enforcement of immigration and citizenship laws include the United States (U.S.), the United Kingdom, Australia and New Zealand. Together with Canada, they are known as the "Five Eyes" countries. Also, as part of the amendment, Parliament also added section 113.01 to the Act to complement the new ineligibility provision. This new section provides that all asylum claimants found ineligible under paragraph 101(1)(c.1) are given a mandatory hearing before a pre-removal risk assessment

de la personne du demandeur; et n'augmente pas son risque de refoulement — De plus, le mécanisme d'ERAR « amélioré » auquel peut avoir recours le demandeur constitue une procédure adéquate pour obtenir l'asile — Enfin, le demandeur n'a pas démontré que l'art. 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu'il viole les principes de justice fondamentale — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 101(1)c.1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés empêche les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande d'asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l'échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — L'art. 113.01 de la LIPR prévoit que toutes les demandes d'asile jugées irrecevables au titre de l'art. 101(1)c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) — Il s'agissait de savoir si l'art. 101(1)c.1) de la LIPR viole l'art. 7 de la Charte — L'irrecevabilité devant la SPR, créée par l'art. 101(1)c.1), ne déclenche pas l'application de l'art. 7 de la Charte, puisque cette déclaration d'irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne du demandeur; et n'augmente pas son risque de refoulement — De plus, le mécanisme d'ERAR « amélioré » auquel peut avoir recours le demandeur constitue une procédure adéquate pour obtenir l'asile — Enfin, le demandeur n'a pas démontré que l'art. 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu'il viole les principes de justice fondamentale.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a conclu que la demande d'asile présentée par le demandeur à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était irrecevable, conformément à l'alinéa 101(1)c.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). En juin 2019, le Parlement a adopté l'alinéa 101(1)c.1). Il s'agit d'une nouvelle disposition d'irrecevabilité qui empêche les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande d'asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l'échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la SPR. Les pays avec lesquels le Canada a conclu une telle entente visant à faciliter l'échange de renseignements dans le but d'appuyer l'administration ainsi que l'application des lois sur l'immigration et la citoyenneté incluent présentement les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Ces pays, ainsi que le Canada, sont connus sous le nom du « Groupe des cinq ». Dans le cadre des modifications, le Parlement a également ajouté l'article 113.01 à la LIPR afin de compléter la nouvelle disposition d'irrecevabilité. Ce nouvel article prévoit

(PRRA) officer, except if their PRRA application is granted without a hearing.

The applicant entered Canada from the U.S. in June 2019, at an unofficial port of entry, and sought refugee protection in Canada the following day. He is a citizen of Libya and travelled to the U.S. where he sought refugee protection but his claim there was apparently never assessed. Out of fear of violence and growing anti-immigrant rhetoric, the applicant decided to leave the U.S. and come to Canada. In August 2019, a CBSA officer determined that the applicant had filed, prior to his arrival in Canada, an application for refugee protection in the U.S. and thus found him ineligible to file a claim for refugee protection. That decision was short and strictly an ineligibility determination.

On judicial review, the applicant was asking the Court to declare paragraph 101(1)(c.1) of the Act inconsistent with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which deals with life, liberty and security of the person. The applicant claimed that removing access to the RPD for all persons who have made prior refugee claims in one of the “Five Eyes” countries increases the risk that a person will be returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death without having the opportunity to have their risk of *refoulement* meaningfully assessed. He maintained that, since he did not have his refugee protection claim assessed by the U.S. or any other country, the ineligibility created by paragraph 101(1)(c.1) was arbitrary, overbroad and grossly disproportionate to the objectives of the Act. He submitted that the section 7 violations resulting from this provision were therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.

The sole issue was whether paragraph 101(1)(c.1) of the Act violates section 7 of the Charter.

Held, the application should be dismissed.

Section 7 is not engaged by the RPD bar created by paragraph 101(1)(c.1) since this ineligibility determination does not deprive the applicant from his right to life, liberty or security of the person, nor does it increase his risk of *refoulement*. Moreover, the “enhanced” PRRA mechanism to which the applicant has access offers an adequate process to be granted refugee protection. Finally, the applicant failed to demonstrate that paragraph 101(1)(c.1) of the Act is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate and that it violates the principles of fundamental justice.

que toutes les demandes d’asile jugées irrecevables au titre de l’alinéa 101(1)c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR), sauf si leur demande d’ERAR est accueillie sans la tenue d’une audience.

Le demandeur est entré au Canada en provenance des États-Unis en juin 2019, à un point d’entrée non officiel, et a demandé l’asile au Canada le lendemain. Il est citoyen de la Libye; il s’est rendu aux États-Unis, où il a demandé l’asile, mais apparemment, sa demande de protection n’a jamais été évaluée aux États-Unis. Craignant la violence et le discours anti-immigrant croissant aux États-Unis, le demandeur a décidé de venir au Canada. En août 2019, un agent de l’ASFC a déterminé qu’avant son arrivée au Canada, le demandeur avait présenté une demande d’asile aux États-Unis. Par conséquent, l’agent de l’ASFC a conclu que la demande d’asile présentée par le demandeur était irrecevable. Cette décision était courte et constituait essentiellement une déclaration d’irrecevabilité.

Au moyen de sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur a demandé à la Cour de déclarer l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR incompatible avec l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui porte sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le demandeur a affirmé que le fait de retirer le droit de présenter une demande à la SPR pour toute personne ayant déjà présenté une demande d’asile dans l’un des pays du « Groupe des cinq » augmente le risque que cette personne soit renvoyée dans un pays où elle serait exposée à un risque de persécution, de torture, de traitements cruels ou inusités, ou de mort, sans que son risque de refoulement puisse être véritablement évalué. Il a maintenu que, puisque sa demande d’asile n’a pas été évaluée aux États-Unis ou dans un autre pays, l’irrecevabilité introduite par l’alinéa 101(1)c.1) était arbitraire, trop large et exagérément disproportionnée par rapport aux objectifs de la LIPR. Il a soutenu que les violations de l’article 7 résultant de cette disposition n’étaient donc pas conformes aux principes de justice fondamentale.

Il s’agissait uniquement de savoir si l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR viole l’article 7 de la Charte.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L’irrecevabilité devant la SPR, créée par l’alinéa 101(1)c.1), ne déclenche pas l’application de l’article 7, puisque cette déclaration d’irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne du demandeur, et n’augmente pas son risque de refoulement. De plus, le mécanisme d’ERAR « amélioré » auquel peut avoir recours le demandeur constitue une procédure adéquate pour obtenir l’asile. Enfin, le demandeur n’a pas démontré que l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu’il viole les principes de justice fondamentale.

The case law in the immigration context is clear and unanimous: section 7 rights are considered and engaged at the removal stages of the refugee protection process, not at the earlier eligibility or admissibility determination stages, a principle that has been well established over the years. The decisions referred to established that a finding of inadmissibility, exclusion or ineligibility is distinct from effecting removal of a refugee protection claimant and that, since several other safeguards and steps remain in the process and allow for a risk assessment prior to removal, such findings do not engage section 7 of the Charter. In the decision at issue, the CBSA officer merely determined that the applicant could not present his claim to the RPD; the officer did not purport to order the applicant's removal to his country of origin, Libya. Limiting the access to the RPD process through this new ineligibility provision does not have the effect of removing the applicant from Canada; it is merely a step in the administrative process that could eventually lead to a removal from Canada. The Act provides for a number of safety valves and multiple steps where the effect of a possible removal will be considered before it is actually imposed, such as allowing refugee protection claimants in similar situations such as the applicant's to apply for a PRRA or seek an administrative deferral of removal by a CBSA officer. Thus, the applicant's section 7 arguments made at this early eligibility determination stage, prior to any prospect of removal, were simply premature. Removing access to the RPD for claimants who filed refugee claims in the "Five Eyes" countries does not increase the risk that a person will be returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death. This will be assessed at later stages in the refugee protection process. The existing safeguards are sufficient to ensure that persons such as the applicant will not be removed in a manner inconsistent with section 7 of the Charter. Therefore, the rights set forth in section 7 of the Charter were clearly not at stake at the stage of the ineligibility determination made pursuant to paragraph 101(1)(c.1) of the Act and in the CBSA officer's decision. While this sufficed to dismiss the applicant's application for judicial review, the arguments raised by the applicant respecting the "enhanced" PRRA process available to him and the principles of fundamental justice allegedly violated by paragraph 101(1)(c.1) were discussed but rejected.

Removing access to the RPD for claimants who applied for refugee protection in the "Five Eyes" countries does not increase the risk of being returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death. On the contrary, there are mechanisms to guarantee that the applicant's claim for refugee

La jurisprudence en matière d'immigration est claire et unanime : les droits garantis par l'article 7 sont examinés et entrent en jeu à l'étape du renvoi de la procédure de demande d'asile, et non pas à celle, antérieure, de la décision sur la recevabilité ou l'admissibilité, un principe qui a été bien établi au fil des années. Les décisions mentionnées ont établi qu'une conclusion d'interdiction de territoire, d'exclusion ou d'irrecevabilité est distincte d'une mesure de renvoi exécutée à l'égard d'un demandeur d'asile et que, puisqu'il reste plusieurs autres garanties et étapes dans le processus et que celles-ci permettent un examen des risques avant le renvoi, de telles conclusions ne déclenchent pas l'application de l'article 7 de la Charte. Dans la décision en cause, l'agent de l'ASFC a simplement décidé que le demandeur ne pouvait pas présenter sa demande auprès de la SPR; l'agent n'a pas prétendu ordonner le renvoi du demandeur vers son pays d'origine, la Libye. La restriction du droit de présenter une demande à la SPR en appliquant cette nouvelle disposition d'irrecevabilité n'a pas pour effet de renvoyer le demandeur du Canada; il s'agit simplement d'une étape du processus administratif qui pourrait éventuellement mener à un renvoi du Canada. La LIPR prévoit un certain nombre de soupapes de sûreté et de multiples étapes où l'effet d'un possible renvoi est examiné avant que celui-ci soit vraiment imposé, comme le fait de permettre aux demandeurs d'asile dans une situation similaire à celle du demandeur de demander un ERAR ou de demander un report administratif du renvoi par un agent de l'ASFC. En d'autres mots, les arguments fondés sur l'article 7 qui ont été présentés par le demandeur à cette étape précoce de la détermination de la recevabilité, avant une quelconque possibilité de renvoi, étaient tout simplement prématurés. Le fait d'interdire aux demandeurs qui ont déposé des demandes d'asile dans des pays du « Groupe des cinq » de s'adresser à la SPR n'augmente pas le risque qu'une personne soit renvoyée dans un pays où elle serait exposée à un risque de persécution, de torture, de traitements cruels ou inusités, ou de mort. Cela sera évalué à des étapes ultérieures du processus d'asile. Ces garanties sont suffisantes pour s'assurer que des personnes comme le demandeur ne seront pas renvoyées d'une manière non conforme avec l'article 7 de la Charte. Pour ces motifs, les droits énoncés à l'article 7 de la Charte n'étaient manifestement pas en jeu à l'étape de la conclusion d'irrecevabilité tirée au titre de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR et dans la décision de l'agent de l'ASFC. Cela suffisait à rejeter la demande de contrôle judiciaire du demandeur, mais les arguments soulevés par le demandeur au sujet du processus d'ERAR « amélioré » qui était à sa disposition ainsi que des principes de justice fondamentale qui seraient violés par l'alinéa 101(1)c.1) ont été abordés, mais rejetés.

Le retrait de l'accès à la SPR pour les demandeurs qui ont déjà présenté une demande d'asile dans l'un des pays du « Groupe des cinq » n'augmente pas le risque de renvoi dans un pays où ils seraient exposés à un risque de persécution, de torture, de traitements cruels ou inusités, ou de mort.

protection will be duly considered and assessed by PRRA officers, CBSA officers and the Court, who will serve as gatekeepers to ensure section 7 compliance at the removal stage, and will ensure that the principle of non-*refoulement* is respected. While the process before the Immigration and Refugee Board is the standard, usual refugee determination process, it is not the only one. And the Act expressly provides that the PRRA process can result in refugee protection being granted (subsection 114(1)). As well, the PRRA hearing process respects the principles of fundamental justice. Section 7 of the Charter does not require a particular type of process and does not give a positive right to refugee protection. It protects against removal to a place where an individual would face a substantial risk of death, torture, or cruel and unusual treatment or punishment. As such, a bar from the RPD does not engage section 7 rights even if the applicant is not otherwise inadmissible to Canada or excluded from refugee protection.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29, s. 309.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 81.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 37(1), 68(4), 74(d), 95(1), 96, 97, 98, 101(1), 104, 112, 113(b), 113.01, 114(1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 167.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES CITED

APPLIED:

- Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Febles v. Canada (Citizenship*

Au contraire, il existe des mécanismes visant à garantir que la demande d'asile du demandeur sera dûment examinée et évaluée par des agents d'ERAR, des agents de l'ASFC et la Cour, qui agiront comme gardiens pour assurer le respect de l'article 7 à l'étape du renvoi et veilleront au respect du principe de non-refoulement. Il est vrai que le processus devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est le processus habituel de détermination du statut de réfugié, mais ce n'est pas le seul. La LIPR prévoit expressément que le processus d'ERAR peut entraîner l'octroi de l'asile (paragraphe 114(1)). En outre, le processus d'ERAR respecte les principes de justice fondamentale. L'article 7 de la Charte n'exige aucun type particulier de processus et n'accorde aucun droit positif à l'égard de l'asile. L'article 7 protège contre le renvoi vers un lieu où la personne serait exposée à un risque sérieux de mort, de torture, ou de traitement ou peine cruels ou inusités. Ainsi, une interdiction de présenter une demande à la SPR ne met pas en jeu les droits garantis par l'article 7, même si le demandeur n'est pas autrement interdit de territoire au Canada ou exclu de la protection offerte aux réfugiés.

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, 7.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, ch. 29, art. 309.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a, 37(1), 68(4), 74d, 95(1), 96, 97, 98, 101(1), 104, 112, 113b), 113.01, 114(1).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 167.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 81.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68,

and Immigration), 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Moretto v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 261, [2020] 2 F.C.R. 422, affg 2018 FC 71, 48 C.R.R. (2d) 249; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299; *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1998), 154 F.T.R. 268 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Quadrini, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33; *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Agbasi*, [1993] 2 F.C. 620, (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 94 (T.D.).

REFERRED TO:

X (Re), 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Gittens v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 256; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 9 Admin. L.R. (6th) 296; *Nshogoza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1211; *Cadostin v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 183; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1189; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Dragicevic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1310; *Saint Paul v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 493; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 201; *Atawnah v. Canada (Public*

Immigration), 2019 R.C.S. 431; *Moretto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 261, [2020] 2 R.C.F. 422, confirmant 2018 CF 71; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Quadrini, 2010 CAF 47; *Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Agbasi*, [1993] 2 C.F. 620 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

X (Re), 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Gittens c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 256; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; *Nshogoza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 121; *Cadostin c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 183; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1189; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Dragicevic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1310; *Saint Paul c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 493; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44; *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 774; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique*

Safety and Emergency Preparedness), 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Rrotaj v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 292; *Krishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1203; *Halilaj v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1062.

APPLICATION for judicial review of a Canada Border Services Agency decision determining that the applicant was ineligible to file a claim for refugee protection with the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division pursuant to paragraph 101(1)(c.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

Pierre-Luc Bouchard for applicant.
Daniel Latulippe for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

The Refugee Center, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

GASCON J.:

I. Overview

[1] In June 2019, Parliament enacted paragraph 101(1)(c.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), a new ineligibility provision that precludes asylum claimants who have made a claim for refugee protection in a country with

et Protection civile), 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Rrotaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 292; *Krishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1203; *Halilaj c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1062.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de l'Agence des services frontaliers du Canada, qui a conclu que la demande d'asile présentée par le demandeur à la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était irrecevable, conformément à l'alinéa 101(1)c.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Pierre-Luc Bouchard pour le demandeur.
Daniel Latulippe pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le Centre de Réfugiés, Montréal, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE GASCON :

I. Aperçu

[1] En juin 2019, le Parlement a adopté l'alinéa 101(1)c.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), une nouvelle disposition d'irrecevabilité qui empêche les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande d'asile

which Canada has an information-sharing agreement from having their claim heard and adjudicated by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.). These countries with which Canada has an agreement or arrangement for the purpose of facilitating information sharing to assist in the administration and enforcement of immigration and citizenship laws include the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand. Together with Canada, they are known as the “Five Eyes” countries (*X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684, at paragraph 6).

[2] The applicant, Mr. Abdulmalik Abdurazak Jabir Seklani, entered Canada from the United States on June 8, 2019, at an unofficial port of entry, and sought refugee protection in Canada the following day. In August 2019, an officer of the Canada Border Services Agency (CBSA) determined that Mr. Seklani had filed, prior to his arrival in Canada, an application for refugee protection in the United States. Therefore, the CBSA officer found Mr. Seklani ineligible to file a claim for refugee protection with the RPD, pursuant to this new paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA (Decision).

[3] By way of his application for judicial review challenging the CBSA officer’s Decision, Mr. Seklani asks the Court to declare paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA inconsistent with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). Section 7 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Mr. Seklani claims that removing access to the RPD for all persons who have made prior refugee claims in one of the “Five Eyes” countries increases the risk that a person will be returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death without having the opportunity to have their risk of *refoulement* meaningfully assessed. He maintains that, since he has not had his refugee protection claim assessed by the United States or any other country, the ineligibility created by paragraph 101(1)(c.1) is arbitrary, overbroad

dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l’échange de renseignements de faire instruire leur demande et de la faire trancher par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (C.I.S.R.). Les pays avec lesquels le Canada a conclu une telle entente visant à faciliter l’échange de renseignements dans le but d’appuyer l’administration ainsi que l’application des lois sur l’immigration et la citoyenneté incluent présentement les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Australie et la Nouvelle-Zélande. Ces pays, ainsi que le Canada, sont connus sous le nom du « Groupe des cinq » (*X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684, au paragraphe 6).

[2] Le demandeur, M. Abdulmalik Abdurazak Jabir Seklani, est entré au Canada en provenance des États-Unis le 8 juin 2019, à un point d’entrée non officiel, et a demandé l’asile au Canada le lendemain. En août 2019, un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a déterminé qu’avant son arrivée au Canada, M. Seklani avait présenté une demande d’asile aux États-Unis. Par conséquent, l’agent de l’ASFC a conclu que la demande d’asile présentée par M. Seklani à la SPR était irrecevable, conformément au nouvel alinéa 101(1)c.1) de la LIPR (Décision).

[3] Au moyen de sa demande de contrôle judiciaire contestant la Décision de l’agent de l’ASFC, M. Seklani demande à la Cour de déclarer l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR incompatible avec l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte). Aux termes de l’article 7 de la Charte, « [c]haque un a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». M. Seklani affirme que le fait de retirer le droit de présenter une demande à la SPR pour toute personne ayant déjà présenté une demande d’asile dans l’un des pays du « Groupe des cinq » augmente le risque que cette personne soit renvoyée dans un pays où elle serait exposée à un risque de persécution, de torture, de traitements cruels ou inusités, ou de mort, sans que son risque de refoulement puisse être véritablement évalué. Il maintient que, puisque sa demande d’asile n’a pas été

and grossly disproportionate to the objectives of the IRPA. He submits that the section 7 violations resulting from this provision are therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.

[4] The sole issue raised by Mr. Seklani's application is whether paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA violates section 7 of the Charter. For the reasons that follow, Mr. Seklani's application will be dismissed as section 7 of the Charter is not engaged by this ineligibility provision. A long list of cases from the Supreme Court of Canada (S.C.C.) and the Federal Court of Appeal (F.C.A.) have already found that the nexus between an inadmissibility or exclusion determination and the removal of an asylum claimant is not close enough to trigger life, liberty and security rights under section 7. The ineligibility situation now covered by paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA is no different, and the same principles apply: section 7 rights are engaged at the removal stage, not at the prior stage of making a refugee claim and of determining eligibility when such stage is only one preliminary step in the deportation process. Furthermore, Mr. Seklani has failed to demonstrate that the ineligibility provision at paragraph 101(1)(c.1) increases the risk of *refoulement* or infringes his life, liberty or security. I am satisfied that the pre-removal risk-assessment (PRRA) process which remains available to Mr. Seklani is a proceeding consistent with the Charter and is one of several mechanisms available to Mr. Seklani under the IRPA to properly ensure that the principle of non-*refoulement* is respected.

II. Background

A. *The factual context*

[5] The facts underlying this application are simple. Mr. Seklani is a citizen of Libya. In 2016, he travelled to the United States, where he sought refugee protection, alleging a risk of persecution by Libyan militias. However, Mr. Seklani began to fear violence and growing

évaluée aux États-Unis ou dans un autre pays, l'irrecevabilité introduite par l'alinéa 101(1)c.1) est arbitraire, trop large et exagérément disproportionnée par rapport aux objectifs de la LIPR. Il soutient que les violations de l'article 7 résultant de cette disposition ne sont donc pas conformes aux principes de justice fondamentale.

[4] La seule question soulevée par la demande de M. Seklani est de savoir si l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR viole l'article 7 de la Charte. Pour les motifs qui suivent, la demande de M. Seklani sera rejetée, puisque cette disposition d'irrecevabilité ne déclenche pas l'application de l'article 7 de la Charte. Il a déjà été conclu dans une longue liste de jugements de la Cour suprême du Canada (C.S.C.) et de la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) que le lien entre la décision d'interdiction de territoire ou d'exclusion et le renvoi du demandeur d'asile n'est pas suffisamment étroit pour faire jouer les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité prévus à l'article 7. La situation d'irrecevabilité actuellement visée par l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR n'est pas différente, et les mêmes principes s'appliquent : les droits garantis par l'article 7 entrent en jeu à l'étape du renvoi, et non pas à une étape antérieure de la présentation d'une demande d'asile et de la décision sur la recevabilité, lorsque cette étape n'est qu'une étape préliminaire dans le processus de renvoi. En outre, M. Seklani n'a pas démontré que la disposition d'irrecevabilité prévue à l'alinéa 101(1)c.1) augmentait le risque de refoulement ou portait atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Je suis convaincu que le processus d'examen des risques avant renvoi (ERAR) — auquel M. Seklani peut encore recourir — est une procédure conforme à la Charte et constitue un des nombreux mécanismes dont dispose M. Seklani, sous le régime de la LIPR, pour veiller convenablement à ce que le principe de non-refoulement soit respecté.

II. Le contexte

A. *Le contexte factuel*

[5] Les faits sous-jacents à la présente demande sont simples. M. Seklani est citoyen de la Libye. En 2016, il s'est rendu aux États-Unis, où il a demandé l'asile, alléguant un risque de persécution par les milices libyennes. Cependant, M. Seklani a commencé à craindre

anti-immigrant rhetoric in the United States, and he therefore decided to come to Canada, as many other migrants living in the United States have done since 2017. As far as Mr. Seklani knows, his claim for protection was never assessed in the United States and he has received no decision from the U.S. immigration authorities.

[6] Mr. Seklani entered Canada on June 8, 2019, using an unofficial point of entry located on Roxham Road in the province of Quebec. Because he did not arrive at an official land border port of entry, Mr. Seklani was not subject to the application of the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States (STCA). On June 12, 2019, his asylum claim was deemed eligible and was referred back to the RPD for assessment. However, on August 12, 2019, after a review of his file, the CBSA officer determined that Mr. Seklani had filed, prior to his arrival in Canada, an application for refugee protection in the United States. Given that the United States is one of the “Five Eyes” countries with which Canada has an information-sharing agreement, the officer found Mr. Seklani ineligible to file an asylum claim pursuant to the newly enacted paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA.

[7] The Decision under review is short and adds up to only a few lines. It is a “Notice of ineligible [refugee] claim” pursuant to subsections 104(1) and 104(2) of the IRPA, in which the CBSA officer simply states that Mr. Seklani is a “person who, before they made a refugee claim in Canada, made a refugee claim in a country with which Canada has an information-sharing agreement”, and that his claim is therefore ineligible under paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA. In other words, the Decision is strictly an ineligibility determination.

B. *The statutory framework*

[8] On April 8, 2019, the *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29 (BIA) was tabled. Among other things, the BIA introduced paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA as a new ineligibility requirement. On June 21,

la violence et le discours anti-immigrant croissant aux États-Unis, et il a donc décidé de venir au Canada, comme de nombreux autres migrants vivant aux États-Unis le font depuis 2017. Pour autant que M. Seklani sache, sa demande de protection n’a jamais été évaluée aux États-Unis, et il n’a reçu aucune décision des autorités de l’immigration américaines.

[6] M. Seklani est entré au Canada le 8 juin 2019, en passant par un point d’entrée non officiel situé sur le chemin Roxham, dans la province de Québec. Comme il n’est pas arrivé à un point d’entrée terrestre officiel, M. Seklani n’était pas assujéti à l’application de l’Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs (ETPS). Le 12 juin 2019, sa demande d’asile a été jugée recevable et a été renvoyée à la SPR afin d’être évaluée. Toutefois, le 12 août 2019, après un examen de son dossier, l’agent de l’ASFC a déterminé que, avant son arrivée au Canada, M. Seklani avait présenté une demande d’asile aux États-Unis. Étant donné que les États-Unis sont l’un des pays du « Groupe des cinq » avec lesquels le Canada a conclu une entente sur l’échange de renseignements, l’agent a conclu que la demande d’asile présentée par M. Seklani était irrecevable aux termes du nouvel alinéa 101(1)c.1) de la LIPR.

[7] La Décision faisant l’objet du présent contrôle est courte et ne compte que quelques lignes. Il s’agit d’un [] « Avis sur la recevabilité de la demande d’asile » fondé sur les paragraphes 104(1) et (2) de la LIPR, dans lequel l’agent de l’ASFC déclare simplement que M. Seklani est une [TRADUCTION] « personne qui, avant de présenter une demande d’asile au Canada, a présenté une demande d’asile dans un pays avec lequel le Canada a conclu une entente sur l’échange de renseignements », et que sa demande est donc irrecevable aux termes du paragraphe 101(1)c.1) de la LIPR. En d’autres mots, la Décision constitue essentiellement une déclaration d’irrecevabilité.

B. *Le cadre législatif*

[8] Le 8 avril 2019, la *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, ch. 29 (LEB), a été déposée. La LEB introduisait notamment l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR comme nouvelle exigence relative à l’irrecevabilité. Le

2019, the BIA received royal assent and, by the operation of section 309, paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA became enforceable to all claimants who sought refugee protection between April 8, 2019 and June 21, 2019, except for cases where substantive evidence was heard by the RPD. This exception does not apply in this case and it is not disputed by Mr. Seklani that the new paragraph 101(1)(c.1) covers his situation.

[9] This provision reads as follows:

Ineligibility

101(1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(c.1) the claimant has, before making a claim for refugee protection in Canada, made a claim for refugee protection to a country other than Canada, and the fact of its having been made has been confirmed in accordance with an agreement or arrangement entered into by Canada and that country for the purpose of facilitating information sharing to assist in the administration and enforcement of their immigration and citizenship laws;

[10] Paragraph 101(1)(c.1) is the latest addition to a long list of refugee claims which are deemed ineligible to be referred to the RPD. Parliament has previously determined, in subsection 101(1) of the IRPA, that several other categories of asylum claimants are precluded from accessing the I.R.B. These include: those who have already been conferred refugee protection under the IRPA (paragraph 101(1)(a)); those whose claims have already been denied by the I.R.B. (paragraph 101(1)(b)); those whose claims have already been found to be ineligible, withdrawn or abandoned by the I.R.B. (paragraph 101(1)(c)); those who have been recognized as Convention refugees by another country and who can be returned to that country (paragraph 101(1)(d)); those who entered Canada from the United States through a land border port of entry, in application of the STCA between Canada and the United States (paragraph 101(1)(e)); and those who have been found inadmissible to Canada on grounds of security,

21 juin 2019, la LEB a reçu la sanction royale et, en application de l'article 309, l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR est devenu applicable à tous les demandeurs qui avaient présenté une demande d'asile entre le 8 avril 2019 et le 21 juin 2019, sauf dans certains cas où la SPR avait entendu des éléments de preuve testimoniale de fond. Cette exception ne s'applique pas en l'espèce, et M. Seklani ne conteste pas le fait que le nouvel alinéa 101(1)c.1) s'applique à sa situation.

[9] Cette disposition se lit ainsi :

Irrecevabilité

101 (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

c.1) confirmation, en conformité avec un accord ou une entente conclus par le Canada et un autre pays permettant l'échange de renseignements pour l'administration et le contrôle d'application des lois de ces pays en matière de citoyenneté et d'immigration, d'une demande d'asile antérieure faite par la personne à cet autre pays avant sa demande d'asile faite au Canada;

[10] L'alinéa 101(1)c.1) constitue le dernier ajout à une longue liste de demandes d'asile qui sont jugées irrecevables et qui ne peuvent être déférées à la SPR. Le Parlement a antérieurement déterminé, au paragraphe 101(1) de la LIPR, que plusieurs autres catégories de demandeurs d'asile ne peuvent pas présenter une demande à la C.I.S.R. Il s'agit notamment : des demandeurs dont l'asile a déjà été conféré au titre de la LIPR (alinéa 101(1)a)); des demandeurs dont la demande d'asile a déjà été rejetée par la C.I.S.R. (alinéa 101(1)b)); des demandeurs à l'égard desquels la C.I.S.R. a déjà rendu une décision prononçant l'irrecevabilité, le désistement ou le retrait de la demande (alinéa 101(1)c)); les demandeurs qui ont été reconnus comme réfugiés au sens de la Convention par un autre pays et qui peuvent être renvoyés dans ce pays (alinéa 101(1)d)); les demandeurs qui sont entrés au Canada en provenance des États-Unis par un point d'entrée terrestre, en application de l'ETPS (alinéa 101(1)e)); les demandeurs qui ont été jugés interdits

violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, subject to certain exceptions (paragraph 101(1)(f)).

[11] As part of the amendments introduced by the BIA, Parliament also added section 113.01 to the IRPA, to complement the new ineligibility provision. This new section provides that all asylum claimants found ineligible under paragraph 101(1)(c.1) are given a mandatory hearing before a PRRA officer, except if their PRRA application is granted without a hearing. This new provision reads as follows:

Mandatory hearing

113.01 Unless the application is allowed without a hearing, a hearing must, despite paragraph 113(b), be held in the case of an applicant for protection whose claim for refugee protection has been determined to be ineligible solely under paragraph 101(1)(c.1).

[12] Section 113.01 thus creates an exception to the general rule set forth at paragraph 113(b) of the IRPA and section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRP Regulations) for consideration of PRRA applications. These provisions generally establish that, on PRRA applications, a hearing will only be required when there is new evidence raising issues about the credibility of the applicant, where such evidence is central to the decision with respect to the application for protection and when this evidence, if accepted, would justify allowing the application.

[13] According to the respondent, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister), the purpose of these combined amendments was to discourage filing of multiple asylum claims in different countries with which Canada has an information-sharing agreement, while preserving a fair process to properly adjudicate these refugee protection claims through what has been described by the Minister as an “enhanced” PRRA process.

de territoire au Canada pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, sous réserve de certaines exceptions (alinéa 101(1)(f)).

[11] Dans le cadre des modifications introduites par la LEB, le Parlement a également ajouté l'article 113.01 à la LIPR afin de compléter la nouvelle disposition d'irrecevabilité. Ce nouvel article prévoit que toutes les demandes d'asile jugées irrecevables au titre de l'alinéa 101(1)(c.1) doivent être obligatoirement entendues par un agent d'ERAR, sauf si leur demande d'ERAR est accueillie sans la tenue d'une audience. Cette nouvelle disposition se lit ainsi :

Audience obligatoire

113.01 À moins que la demande de protection ne soit accueillie sans la tenue d'une audience, une audience est obligatoire, malgré l'alinéa 113b), dans le cas où le demandeur a fait une demande d'asile qui a été jugée irrecevable au seul titre de l'alinéa 101(1)(c.1).

[12] L'article 113.01 crée ainsi une exception à la règle générale énoncée à l'alinéa 113b) de la LIPR et à l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR), à l'égard de l'examen des demandes d'ERAR. En règle générale, ces dispositions établissent que, dans le cadre de demandes d'ERAR, une audience ne sera obligatoire que s'il y a de nouveaux éléments de preuve qui soulèvent des questions quant à la crédibilité du demandeur, lorsque de tels éléments de preuve sont centraux dans la prise de la décision relative à la demande de protection, et que ces éléments de preuve, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient l'accueil de la demande.

[13] Selon le défendeur, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (Ministre), ces modifications combinées visaient à décourager le dépôt de demandes d'asile multiples dans différents pays avec lesquels le Canada a conclu une entente sur l'échange de renseignements, tout en préservant une procédure équitable pour statuer adéquatement ces demandes d'asile à l'aide de ce que le Ministre a décrit comme un processus d'ERAR [TRADUCTION] « amélioré ».

C. *The standard of review*

[14] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the S.C.C. set out a revised framework for determining the standard of review with respect to the merits of administrative decisions (*Vavilov*, at paragraph 10). In that decision, the S.C.C. articulated a new approach to determining the applicable standard of review, holding that administrative decisions should presumptively be reviewed on a standard of reasonableness, unless either the legislative intent or the rule of law requires that the standard of correctness be applied (*Vavilov*, at paragraphs 10, 17). It is not disputed that the question of whether a provision of a decision maker's enabling statute violates the Charter is to be reviewed under the correctness standard (*Vavilov*, at paragraphs 55–57; see also *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 65 and *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355 (*Revell*), at paragraph 34).

[15] Therefore, the standard of correctness applies to this litigation whereby Mr. Seklani challenges the ineligibility provision contained at paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA on Charter grounds.

D. *Preliminary issue*

[16] Before turning to the merits of Mr. Seklani's application, a preliminary matter must first be addressed. Mr. Seklani challenges the affidavit of Mr. Mathew Myre, Senior Director, Asylum Policy at Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC), filed by the Minister as part of his response record (Myre Affidavit). While Mr. Seklani does not explicitly request that the Myre Affidavit be struck, he claims that it is "filled with speculative and uncorroborated generalities" demonstrating the arbitrariness of paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA, and that the Court should give it no probative value.

C. *La norme de contrôle*

[14] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), la C.S.C. a énoncé un cadre d'analyse révisé pour déterminer la norme applicable au contrôle d'une décision administrative sur le fond (*Vavilov*, au paragraphe 10). Dans cet arrêt, la C.S.C. a défini une nouvelle approche pour déterminer la norme de contrôle applicable, laquelle repose sur la présomption voulant que les décisions administratives doivent être contrôlées selon la norme de la décision raisonnable, à moins que l'intention législative ou la primauté du droit exige que la norme de la décision correcte soit appliquée (*Vavilov*, aux paragraphes 10, 17). Il n'est pas contesté que la question de savoir si l'une des dispositions de la loi habilitante d'un décideur viole la Charte doit être examinée selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, aux paragraphes 55–57; voir aussi *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 65, et *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355 (*Revell*), au paragraphe 34).

[15] Par conséquent, la norme de la décision correcte s'applique au présent litige dans le cadre duquel M. Seklani conteste la disposition d'irrecevabilité prévue à l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR, pour des motifs fondés sur la Charte.

D. *La question préliminaire*

[16] Avant de se pencher sur le fond de la demande de M. Seklani, il faut d'abord examiner une question préliminaire. M. Seklani conteste l'affidavit de M. Mathew Myre, directeur principal, Politiques des droits d'asile, à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), qui a été déposé par le Ministre dans son dossier de réponse (l'affidavit de M. Myre). Bien que M. Seklani ne demande pas explicitement que l'affidavit de M. Myre soit radié, il affirme qu'il est [TRADUCTION] « truffé de généralités hypothétiques et non corroborées », démontrant le caractère arbitraire de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR, et que la Cour ne devrait lui accorder aucune valeur probante.

[17] I do not agree.

[18] It is well recognized that, in applications for judicial review, the general rule is that materials which were not in front of the decision maker cannot be considered by the reviewing court, except for limited exceptions (*Gittens v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 256, at paragraph 14; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 (AUCC), at paragraphs 19–20). Those limited exceptions extend to materials that: (1) provide general background assisting the reviewing court in understanding the issues; (2) demonstrate procedural defects or a breach of procedural fairness in the administrative process; or (3) highlight a complete absence of evidence before the decision maker (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, at paragraph 98; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 9 Admin. L.R. (6th) 296, at paragraphs 23, 25; AUCC, at paragraphs 19–20; *Nshogoza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1211, at paragraphs 16–18).

[19] Regarding affidavits, rule 81 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules) provides that the alleged facts shall be confined to facts within the deponent's personal knowledge and must be delivered "without gloss or explanation" (*Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33 (*Quadrini*), at paragraph 18). Moreover, the Court may strike or disregard all or parts of affidavits where they are abusive or clearly irrelevant, or where they contain opinions, arguments or legal conclusions (*Quadrini*, at paragraph 18; *Cadostin v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 183, at paragraph 36). The general rule is that a lay witness may not give opinion evidence but may only testify to facts within his or her knowledge, observation and experience (*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), at paragraph 14; *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563 (*TREB*), at paragraph 78). Expert evidence is an exception to this general rule barring opinion evidence. The main rationale for excluding lay witness opinion evidence is that it is generally not

[17] Je ne suis pas d'accord.

[18] Il est bien reconnu que, dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire, la règle générale veut que la cour de révision ne puisse examiner que les documents dont disposait le décideur, à quelques exceptions près (*Gittens c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 256, au paragraphe 14; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 (AUCC), aux paragraphes 19–20). Ces exceptions s'appliquent notamment aux documents qui : 1) fournissent des renseignements généraux susceptibles d'aider la cour de révision à comprendre les questions en litige; 2) font état de vices de procédure ou de manquements à l'équité procédurale dans la procédure administrative; ou 3) font ressortir l'absence totale de preuve dont disposait le décideur (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, au paragraphe 98; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263, aux paragraphes 23, 25; AUCC, aux paragraphes 19, 20; *Nshogoza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1211, aux paragraphes 16–18).

[19] En ce qui concerne les affidavits, la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoit que les faits allégués doivent se limiter aux faits dont l'auteur a connaissance personnellement et doivent être livrés « sans commentaires ni explications » (*Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 47 (*Quadrini*), au paragraphe 18). De plus, la Cour peut radier ou ignorer tout ou partie des affidavits lorsqu'ils sont abusifs, n'ont clairement aucune pertinence, ou renferment une opinion, des arguments ou des conclusions de droit (*Quadrini*, au paragraphe 18; *Cadostin c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 183, au paragraphe 36). La règle générale veut qu'un témoin ordinaire ne puisse pas fournir un témoignage d'opinion, mais qu'il ne puisse témoigner qu'au sujet de faits dont il a connaissance, qu'il a observés et qui relèvent de son expérience (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 (*White Burgess*), au paragraphe 14; *Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563 (*TREB*), au paragraphe 78). Le témoignage d'expert constitue une

helpful to the decision maker and may be misleading (*White Burgess*, at paragraph 14). As admitted by the Minister, Mr. Myre is not an expert in the technical sense, and the Myre Affidavit was indeed not entered as expert opinion evidence. Mr. Myre was therefore a lay witness and the Myre Affidavit was submitted to provide context regarding the adoption and the purpose of the new ineligibility provision set forth at paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA.

[20] The S.C.C. has recognized that “[t]he line between ‘fact’ and ‘opinion’ is not clear” (*Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at page 835, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267). The courts have thus developed some freedom to receive lay witnesses’ opinions when the witness has personal knowledge of the observed facts and testifies to facts within his or her observation, experience and understanding of events, conduct or actions. In that respect, the F.C.A. recently stated that, in the context of a proceeding before the Competition Tribunal (a specialized administrative decision maker), opinion from a lay witness is acceptable “where the witness is in a better position than the trier of fact to form the conclusions; the conclusions are ones that a person of ordinary experience can make; the witnesses have the experiential capacity to make the conclusions; or where giving opinions is a convenient mode of stating facts too subtle or complicated to be narrated as facts” (*TREB*, at paragraph 79). As such, when a witness has personal knowledge of observed facts such as a company’s relevant, real world, operations, the evidence may be accepted by a court or an administrative decision maker even if it is opinion evidence (*TREB*, at paragraph 80; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, at paragraphs 105–108).

[21] In my view, the Myre Affidavit provides relevant background and contextual information upon which the Court may rely in this application for judicial review, and it fits within one of the recognized exceptions set out in *AUCC* and its progeny. Furthermore, the Myre Affidavit

exception à cette règle générale qui interdit les témoignages d’opinion. La principale raison de l’exclusion du témoignage d’opinion de témoins ordinaires est qu’il n’est généralement pas utile au décideur et peut induire ce dernier en erreur (*White Burgess*, au paragraphe 14). Comme l’a admis le Ministre, M. Myre n’est pas un expert au sens technique, et l’affidavit de M. Myre n’a en effet pas été déposé en tant que témoignage d’expert. M. Myre était donc un témoin ordinaire, et l’affidavit de M. Myre a été déposé afin de fournir le contexte de l’adoption et de l’objet de la nouvelle disposition d’irrecevabilité énoncée à l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR.

[20] La C.S.C. a reconnu que « [l]a distinction entre un «fait» et une «opinion» n’est pas nette » (*Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, à la page 835). Les tribunaux ont ainsi acquis une certaine liberté pour recevoir l’opinion de témoins ordinaires lorsque le témoin a une connaissance personnelle des faits observés et qu’il témoigne de faits qui relèvent de ses observations, de son expérience et de sa compréhension des événements, des actes ou des actions. À cet égard, la C.A.F. a récemment déclaré que, dans le contexte d’une instance devant le Tribunal de la concurrence (un décideur administratif spécialisé), les témoignages d’opinion des témoins ordinaires sont acceptables « lorsque le témoin est mieux placé que le juge des faits pour former les conclusions; que les conclusions sont celles qu’une personne possédant une expérience ordinaire peut tirer; que les témoins ont l’expérience leur permettant de tirer les conclusions ou que donner des opinions est une méthode pratique pour déclarer des faits trop fugaces ou compliqués pour être énoncés autrement » (*TREB*, au paragraphe 79). Ainsi, lorsqu’un témoin a une connaissance personnelle des faits observés, comme les opérations pertinentes, dans le monde réel, d’une société, le témoignage peut être admis par un tribunal ou un décideur administratif, même s’il constitue un témoignage d’opinion (*TREB*, au paragraphe 80; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, aux paragraphes 105–108).

[21] À mon avis, l’affidavit de M. Myre fournit des renseignements généraux et contextuels pertinents sur lesquels la Cour peut s’appuyer dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, et il correspond à l’une des exceptions reconnues énoncées dans l’arrêt *AUCC*

contains proper evidence which falls within the boundaries of what the case law mentioned above has recognized as acceptable lay opinion evidence. The Myre Affidavit indicates that Mr. Myre had personal knowledge of the policy development and the underlying goals of the new ineligibility provision, as well as the legislative processes leading to the amendments, allowing him to testify on these matters (*Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1189, at paragraphs 14–15). The affidavit explains the role played by Mr. Myre in the policy development and the objectives of the amended legislation, and his personal awareness and knowledge of the relevant statistics, of the role and training of IRCC officers handling PRRA applications, and of the PRRA process introducing mandatory hearings for asylum claimants found ineligible under paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA. Contrary to what Mr. Seklani argues, I do not find that the Myre Affidavit and Mr. Myre's responses to the written examination conducted by counsel for Mr. Seklani are speculative to any extent.

[22] I instead agree with the Minister that the information provided by Mr. Myre comes from his personal experience and participation in his capacity as Director of Asylum Policy and a member of the Refugee Affairs Branch at IRCC. Mr. Myre is a manager and policy officer who is well aware of what transpired prior to the enactment of paragraph 101(1)(c.1) and section 113.01 of the IRPA. He was personally part of multiple policy discussions on these issues with senior officials of IRCC, including the Minister. In his affidavit, he testified to facts within his observation, experience and understanding of events, conduct or actions. In addition, the information provided in the Myre Affidavit is relevant and helpful to this litigation. For all those reasons, I therefore see no ground to set it aside in totality or in part, or to give it no probative value.

et la jurisprudence subséquente. En outre, l'affidavit de M. Myre contient un témoignage adéquat qui est dans les limites de ce que la jurisprudence susmentionnée a reconnu comme étant un témoignage d'opinion acceptable d'un témoin ordinaire. L'affidavit de M. Myre indique que celui-ci avait une connaissance personnelle de l'élaboration de politiques et des objectifs sous-jacents de la nouvelle disposition d'irrecevabilité, ainsi que des processus législatifs qui ont mené aux modifications, ce qui lui permettait de témoigner sur ces questions (*Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1189, aux paragraphes 14–15). L'affidavit explique le rôle joué par M. Myre dans l'élaboration de politiques et les objectifs des modifications à la loi, ainsi que sa conscience et ses connaissances personnelles relativement aux statistiques pertinentes, au rôle et à la formation des agents d'IRCC qui traitent les demandes d'ERAR, ainsi qu'au processus d'ERAR qui prévoit des audiences obligatoires pour les demandes d'asile jugées irrecevables aux termes de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR. Contrairement à ce que fait valoir M. Seklani, je ne conclus pas que l'affidavit de M. Myre et les réponses de M. Myre à l'interrogatoire écrit mené par l'avocat de M. Seklani sont, dans quelque mesure que ce soit, des spéculations.

[22] Je conviens plutôt avec le Ministre que les renseignements fournis par M. Myre découlent de son expérience personnelle et de sa participation à titre de directeur des politiques des droits d'asile et de membre de la Direction générale des affaires des réfugiés à IRCC. M. Myre est un gestionnaire et un agent des politiques qui est bien au courant de ce qui se passait avant l'adoption de l'alinéa 101(1)c.1) et de l'article 113.01 de la LIPR. Il a personnellement participé à plusieurs discussions sur les politiques se rapportant à ces questions avec des membres de la haute direction d'IRCC, y compris le Ministre. Dans son affidavit, il a témoigné des faits qui relèvent de ses observations, de son expérience et de sa compréhension des événements, de la manière dont les choses se déroulaient ou des actions entreprises. De plus, les renseignements fournis dans l'affidavit de M. Myre sont pertinents et utiles au présent litige. Par conséquent, pour tous ces motifs, je ne vois aucune raison de laisser de côté cet affidavit, en tout ou en partie, ou de ne lui accorder aucune valeur probante.

III. Analysis

[23] Mr. Seklani claims that paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA violates section 7 of the Charter as the new ineligibility rule is arbitrary, overbroad and grossly disproportionate to the objectives of the IRPA. He maintains that the rule is arbitrary because there is no rational connection between the punitive harm it inflicts and the objective of deterring asylum shopping, and because it is contrary to the IRPA's objective to grant fair consideration to those who come to Canada claiming persecution. He further argues that the rule is overbroad because it limits the procedural and substantive protections available for *bona fide* refugee claimants, including those from countries which Canada has recognized are unsafe for removal even for individuals who do not claim protection. Finally, he submits that the rule is grossly disproportionate because it punishes refugee claimants for having sought protection elsewhere by threatening them with removal to a country where they face persecution without ever having the opportunity to have their risk of return meaningfully assessed. According to Mr. Seklani, there is no justification under section 1 of the Charter for these significant infringements of his section 7 rights.

[24] Mr. Seklani also claims that the modification to the PRRA regime to allow for mandatory hearings for refugee claimants excluded by the application of paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA does not constitute an adequate alternative to an independent tribunal trained specifically to assess refugee claims, as the RPD is. As such, Mr. Seklani claims that the procedures provided by the new section 113.01 fail to conform to the principles of fundamental justice as required by the S.C.C. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422 (*Singh*).

[25] Finally, Mr. Seklani contends that the new PRRA process does not apply to his situation. As a Libyan national, he is currently subject to an administrative deferral of removal (ADR), which makes him ineligible for

III. Analyse

[23] M. Seklani affirme que l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR viole l'article 7 de la Charte, car la nouvelle règle d'irrecevabilité est arbitraire, trop large et exagérément disproportionnée par rapport aux objectifs de la LIPR. Il maintient que la règle est arbitraire, parce qu'il n'y a aucun lien rationnel entre le préjudice punitif qu'elle inflige et l'objectif de dissuader les demandeurs d'asile de rechercher le meilleur pays d'asile, et parce qu'elle est contraire à l'objectif de la LIPR d'accorder une juste considération aux personnes qui viennent au Canada en prétendant être persécutées. Il fait en outre valoir que la règle est trop large, parce qu'elle limite la protection, quant à la procédure et quant au fond, dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile *bona fide*, y compris ceux provenant de pays qui sont reconnus par le Canada comme n'étant pas sécuritaires dans la perspective d'un renvoi, même pour les personnes qui ne demandent pas l'asile. Enfin, il soutient que la règle est exagérément disproportionnée, parce qu'elle punit les demandeurs de statut de réfugié qui ont demandé l'asile dans un autre pays, en les menaçant d'être renvoyés dans un pays où ils font face à la persécution, sans que le risque associé à leur retour puisse être véritablement évalué. Selon M. Seklani, rien du libellé de l'article premier de la Charte ne justifie ces atteintes importantes à ses droits garantis par l'article 7.

[24] M. Seklani affirme également que la modification du régime d'ERAR afin de permettre la tenue obligatoire d'une audience pour les demandeurs d'asile exclus par l'application de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR ne constitue pas une solution de rechange adéquate pour un tribunal indépendant formé spécifiquement pour apprécier les demandes d'asile, comme la SPR. Ainsi, M. Seklani affirme que la procédure prévue par le nouvel article 113.01 n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, tel que l'exige la C.S.C. dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*).

[25] Enfin, M. Seklani prétend que le nouveau processus d'ERAR ne s'applique pas à sa situation. En tant que ressortissant libyen, il fait actuellement l'objet d'un report administratif du renvoi (RAR), ce qui

a PRRA for the time being. Consequently, he maintains that he remains in “legal limbo” because of his undecided refugee claim made in the United States and says that, as a result of paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA, his refugee claim will never be assessed. Mr. Seklani submits that this situation causes him psychological harm and removes his ability to heal from that trauma through closure, which further engages the security of his person under section 7 of the Charter.

[26] I am not persuaded by any of Mr. Seklani’s arguments.

[27] The onus is on Mr. Seklani to prove the violation of his Charter rights, on a balance of probabilities (*Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraph 30; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraph 21). As acknowledged by Mr. Seklani in his submissions, a violation of section 7 of the Charter occurs where: (1) a government action deprives individuals of their right to life, liberty or security of the person; and (2) the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 55, 80; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 83; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paragraphs 75–76, 81). When examining if legislation is consistent with section 7, the Court must engage in a two-step analysis. First, it must determine if section 7 rights are engaged; second, once section 7 is engaged, it must determine if the alleged infringement is made in accordance with the principles of fundamental justice (*Revell*, at paragraph 25).

[28] For the following reasons, I conclude that section 7 is not engaged by the RPD bar created by paragraph 101(1)(c.1) as this ineligibility determination does not deprive Mr. Seklani from his right to life, liberty or security of the person, nor does it increase his risk of *refoulement*. Moreover, the “enhanced” PRRA

le rend inadmissible à un ERAR pour le moment. Par conséquent, il maintient qu’il demeure dans une [TRADUCTION] « situation juridique incertaine » résultant de la demande d’asile qu’il a présentée aux États-Unis et qui est en suspens, et il affirme qu’en raison de l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR, sa demande d’asile ne sera jamais évaluée. M. Seklani soutient que cette situation lui cause un préjudice psychologique et lui enlève la capacité de guérir de ce traumatisme en tournant la page, ce qui compromet davantage la sécurité de sa personne qui est garantie par l’article 7 de la Charte.

[26] Aucun des arguments de M. Seklani ne me convainc.

[27] Il incombe à M. Seklani de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l’atteinte à ses droits garantis par la Charte (*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, au paragraphe 30; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 21). Comme l’a reconnu M. Seklani dans ses observations, il y a violation de l’article 7 de la Charte : 1) lorsqu’une action gouvernementale prive des personnes de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne; et 2) lorsque la privation n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 55, 80; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 83; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, aux paragraphes 75, 76, 81). Lorsqu’elle examine si la loi est conforme à l’article 7, la Cour doit procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, elle doit déterminer si les droits garantis par l’article 7 entrent en jeu; deuxièmement, une fois qu’elle a déterminé que l’article 7 entre en jeu, elle doit déterminer si l’atteinte alléguée est conforme aux principes de justice fondamentale (*Revell*, au paragraphe 25).

[28] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que l’irrecevabilité devant la SPR, créée par l’alinéa 101(1)c.1), ne déclenche pas l’application de l’article 7, puisque cette déclaration d’irrecevabilité ne porte pas atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de M. Seklani, et n’augmente pas son

mechanism to which Mr. Seklani has access offers an adequate process to be granted refugee protection. Finally, Mr. Seklani has not demonstrated that paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate, and that it violates the principles of fundamental justice.

A. *Section 7 is only engaged at the point of removal*

[29] The jurisprudence in the immigration context is clear and unanimous: section 7 rights are considered and engaged at the removal stages of the refugee protection process. Not at the earlier eligibility or admissibility determination stages. Both the S.C.C. and the F.C.A. have repeatedly and systematically found that section 7 of the Charter is not engaged by previously legislated inadmissibility, exclusion or ineligibility criteria and procedure (*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704 (*B010*), at paragraph 75; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*), at paragraph 67; *Revell*, at paragraphs 56–57; *Moretto v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 261, [2020] 2 F.C.R. 422 (*Moretto*), at paragraphs 42–44; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299 (*Kreishan*), at paragraph 121). All these decisions, and an extensive list of cases following them, establish that a finding of inadmissibility, exclusion or ineligibility is distinct from effecting removal of a refugee protection claimant and that, since several other safeguards and steps remain in the process and allow for a risk assessment prior to removal, such findings do not engage section 7 of the Charter. Stated differently, section 7 is not triggered by the determination of exclusion from one refugee determination channel since the potential risks to health and safety are too remote given the availability of further proceedings prior to deportation or removal of the refugee protection claimant, at which point section 7 interests will be considered.

risque de refoulement. De plus, le mécanisme d'ERAR [TRANSDUCTION] « amélioré » auquel peut avoir recours M. Seklani constitue une procédure adéquate pour obtenir l'asile. Enfin, M. Seklani n'a pas démontré que l'alinéa 101(1)c.1 de la LIPR est arbitraire, trop large ou exagérément disproportionné, et qu'il viole les principes de justice fondamentale.

A. *L'article 7 n'entre en jeu qu'au moment du renvoi*

[29] La jurisprudence en matière d'immigration est claire et unanime : les droits garantis par l'article 7 sont examinés et entrent en jeu à l'étape du renvoi, et non pas à celle, antérieure, de la décision sur la recevabilité ou l'admissibilité. La C.S.C. et la C.A.F. ont toutes deux, à de nombreuses reprises et de façon systématique, conclu que les critères et la procédure déjà établie en matière d'interdiction de territoire, d'exclusion et d'irrecevabilité ne déclenchent pas l'application de l'article 7 de la Charte (*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704 (*B010*), au paragraphe 75; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*), au paragraphe 67; *Revell*, aux paragraphes 56–57; *Moretto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 261, [2020] 2 R.C.F. 422 (*Moretto*), aux paragraphes 42–44; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299 (*Kreishan*) au paragraphe 121). Tous ces jugements, ainsi qu'une longue liste de décisions subséquentes, établissent qu'une conclusion d'interdiction de territoire, d'exclusion ou d'irrecevabilité est distincte d'une mesure de renvoi exécutée à l'égard d'un demandeur d'asile et que, puisqu'il reste plusieurs autres garanties et étapes dans le processus et que celles-ci permettent un examen des risques avant le renvoi, de telles conclusions ne déclenchent pas l'application de l'article 7 de la Charte. En d'autres mots, la décision d'exclure un demandeur d'asile d'une des avenues possibles pour obtenir le statut de réfugié ne déclenche pas, à elle seule, l'application de l'article 7, puisque les risques à la santé et à la sécurité y sont trop éloignés, compte tenu de la disponibilité d'instances supplémentaires avant l'expulsion ou le renvoi du demandeur d'asile; c'est plutôt au moment de l'expulsion ou du renvoi que les droits garantis par l'article 7 seront pris en compte.

[30] Mr. Seklani has not convinced me that, while paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA involves a new and different ground of ineligibility, it creates a situation or circumstances that would call for a different treatment of the section 7 arguments. In the Decision, the CBSA officer merely determined that Mr. Seklani could not present his claim to the RPD; the officer did not purport to order Mr. Seklani's removal to his country of origin, Libya. Limiting the access to the RPD process through this new ineligibility provision does not have the effect of removing Mr. Seklani from Canada; it is merely a step in the administrative process that could eventually lead to a removal from Canada. However, Mr. Seklani is far from the removal stage, and he will benefit from numerous other safeguards.

[31] The IRPA provides for a number of safety valves and multiple steps where the effect of a possible removal will be considered before it is actually imposed. Mr. Seklani and other refugee protection claimants in a similar situation can apply for a PRRA, they can seek an administrative deferral of removal by a CBSA officer, and/or they can seek a stay of removal from this Court if the deferral is unsuccessful (*B010*, at paragraph 75; *Febles*, at paragraphs 67–68). They can also seek judicial review by this Court of any adverse decision on their PRRA application or request for deferral of removal. Section 7 of the Charter does not protect the right of individuals to access the RPD, but rather the right of individuals not to be subject to removal without a proper assessment of the risks they face if they are returned to their country of origin. In other words, Mr. Seklani's section 7 arguments made at this early eligibility determination stage, prior to any prospect of removal, are simply premature.

[32] This principle has been well established by the jurisprudence over the years. In *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1998), 154 F.T.R. 268 (T.D.) (*Jekula*), the Court had to determine whether inadmissibility for reasons of criminality or participation in crimes against humanity

[30] M. Seklani ne m'a pas convaincu que, bien que l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR implique un motif d'irrecevabilité nouveau et différent, qu'il crée une situation ou des circonstances qui exigeraient un traitement différent des arguments fondés sur l'article 7. Dans la Décision, l'agent de l'ASFC a simplement décidé que M. Seklani ne pouvait pas présenter sa demande auprès de la SPR; l'agent n'a pas prétendu ordonner le renvoi de M. Seklani vers son pays d'origine, la Libye. La restriction du droit de présenter une demande à la SPR en appliquant cette nouvelle disposition d'irrecevabilité n'a pas pour effet de renvoyer M. Seklani du Canada; il s'agit simplement d'une étape du processus administratif qui pourrait éventuellement mener à un renvoi du Canada. Toutefois, M. Seklani est loin de l'étape du renvoi, et il bénéficiera de nombreuses autres garanties.

[31] La LIPR prévoit un certain nombre de soupapes de sûreté et de multiples étapes où l'effet d'un possible renvoi est examiné avant que celui-ci soit vraiment imposé. M. Seklani et les autres demandeurs d'asile dans une situation similaire peuvent demander un ERAR, demander un report administratif du renvoi par un agent de l'ASFC et/ou demander à la Cour un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi si la demande de report est rejetée (*B010*, au paragraphe 75; *Febles*, aux paragraphes 67–68). Ils peuvent également présenter auprès de la Cour une demande de contrôle judiciaire de toute décision défavorable à l'égard de leur demande d'ERAR ou leur demande de report du renvoi. L'article 7 de la Charte ne protège pas le droit des personnes de présenter une demande à la SPR, mais plutôt leur droit de ne pas faire l'objet d'un renvoi sans une évaluation adéquate des risques auxquels elles seraient exposées si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine. En d'autres mots, les arguments fondés sur l'article 7 qui ont été présentés par M. Seklani à cette étape précoce de la détermination de la recevabilité, avant une quelconque possibilité de renvoi, sont tout simplement prématurés.

[32] Ce principe a été bien établi dans la jurisprudence au fil des années. Dans la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.) (*Jekula*), la Cour devait trancher la question de savoir si l'interdiction de territoire pour criminalité ou participation à des crimes contre

infringed the refugee claimants' section 7 rights. In that case, which has been repeatedly cited with approval by the S.C.C. and the F.C.A., Justice Evans concluded that the right to be heard in front of the Refugee Division (as the RPD was then known) was not included in section 7 rights: the "right to life, liberty or security [of] the person" includes the right to not be removed to a place where one would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment, not access to a specific forum *per se*. After all, wrote Justice Evans, the RPD is "merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada" (*Jekula*, at paragraph 32). And he thus concluded that section 7 rights are not engaged at such eligibility or admissibility determination stages of the refugee protection process.

[33] Since then, the courts have systematically concluded that it is only at the subsequent removal stages that section 7 can be engaged. In *Febles*, the S.C.C. considered section 98 of the IRPA, which excludes from refugee protection all persons referred to in Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Refugee Convention), namely "all persons who have committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee". In that decision, the S.C.C. found that the rights protected by section 7 of the Charter were triggered at a later stage as "the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place", even in a situation such as this one where the individual was excluded from advancing a claim of refugee protection (*Febles*, at paragraph 67). In *B010*, the S.C.C. found that the appellants were not caught by paragraph 37(1)(b) of the IRPA meant to make people smugglers inadmissible for organized criminality, and determined that section 7 of the Charter was not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under subsection 37(1) (*B010*, at paragraph 75).

l'humanité portait atteinte aux droits des demandeurs d'asile au titre de l'article 7. Dans cette décision, qui a été citée avec approbation à maintes reprises par la C.S.C. et la C.A.F., le juge Evans a conclu que le droit d'être entendu devant la Section du statut (nom sous lequel était alors connue la SPR) n'était pas inclus dans les droits garantis à l'article 7, car le « droit à la vie, à la liberté [etou] à la sécurité de sa personne » comprend le droit de ne pas être renvoyé vers un lieu où il existe un risque de mort, de torture, ou de traitements ou peines cruels ou inusités, et non pas, en soi, l'accès à un tribunal particulier. Après tout, comme l'a écrit le juge Evans, la SPR « n'est qu'une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada » (*Jekula*, au paragraphe 32). Il a donc conclu que les droits garantis à l'article 7 n'entraient pas en jeu aux étapes de la décision sur la recevabilité ou l'admissibilité du processus d'asile.

[33] Depuis, les tribunaux concluent systématiquement que ce n'est qu'à l'étape ultérieure du renvoi que l'article 7 peut entrer en jeu. Dans l'arrêt *Febles*, la C.S.C. a examiné l'article 98 de la LIPR, qui exclut de la protection offerte aux réfugiés les personnes visées à l'alinéa b) de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention), à savoir les personnes qui « ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ». Dans cet arrêt, la C.S.C. a conclu que les droits garantis par l'article 7 de la Charte étaient entrés en jeu à une étape ultérieure, puisque « l'appelant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l'expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités », même dans une situation comme celle-ci, où il était interdit à la personne de présenter une demande d'asile (*Febles*, au paragraphe 67). Dans l'arrêt *B010*, la C.S.C. a conclu que les appelants n'étaient pas visés par l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, qui visait à rendre les passeurs interdits de territoire pour criminalité organisée, et a jugé que l'article 7 de la Charte n'entraînait pas en jeu lorsque venait le temps de déterminer si un migrant était interdit de territoire au Canada selon le paragraphe 37(1) (*B010*, au paragraphe 75).

[34] Similarly, in *Revell*, the F.C.A. concluded that an inadmissibility determination from the Immigration Division on the grounds of serious criminality under paragraph 36(1)(a) and organized criminality under (a) of the IRPA did not engage the section 7 rights of the appellant. The following conclusion of the F.C.A. in *Revell* [at paragraphs 56–57] is particularly relevant for the case of Mr. Seklani:

However, this is not the same as saying that a person’s substantive rights to life, liberty, and security must be considered at every step of the process. The jurisprudence in the immigration context is clear: section 7 rights are considered at the removal or pre-removal detention stage. The Supreme Court drew a similar distinction in the extradition context in *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at paragraph 34:

Section 7 permeates the entire extradition process and is engaged, although for different purposes, at both stages of the proceedings. After committal, if a committal order is issued, the Minister must examine the desirability of surrendering the fugitive in light of many considerations, such as Canada’s international obligations under the applicable treaty and principles of comity, but also including the need to respect the fugitive’s constitutional rights. At the committal stage, the presiding judge must ensure that the committal order, if it is to issue, is the product of a fair judicial process.

For all of the foregoing reasons, I am of the view that the Judge did not err in dismissing Mr. Revell’s section 7 arguments as being premature and in finding that an inadmissibility determination does not engage section 7. This finding is sufficient to dispose of the appeal. I will nevertheless address the questions identified above in order to provide a complete answer to the certified questions. [Emphasis added.]

[35] In *Revell* and in the companion *Moretto* case, the F.C.A. noted the long line of cases having found that the nexus between an inadmissibility determination and removal is not close enough to trigger section 7 (*Revell*, at paragraph 38; *Moretto*, at paragraph 43). In *Moretto*, the F.C.A. reaffirmed that an inadmissibility determination does not engage section 7, and that section 7

[34] Similairement, dans l’arrêt *Revell*, la C.A.F. a conclu qu’une décision d’interdiction de territoire rendue par la Section de l’immigration pour grande criminalité, aux termes de l’alinéa 36(1)a), et pour criminalité organisée, aux termes de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR, ne déclenchait pas les droits garantis à l’appelant par l’article 7. La conclusion suivante tirée par la C.A.F. dans l’arrêt *Revell* [aux paragraphes 56–57] est particulièrement pertinente dans le cas de M. Seklani :

Cependant, cela ne revient pas à dire que les droits fondamentaux à la vie, à la liberté et à la sécurité d’une personne doivent être examinés à chaque étape du processus. La jurisprudence en matière d’immigration est claire : les droits garantis par l’article 7 sont examinés à l’étape du renvoi ou de la détention avant le renvoi. La Cour suprême a établi une distinction semblable à l’égard de l’extradition dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, au paragraphe 34 :

L’article 7 influe sur l’ensemble du processus d’extradition et il entre en jeu, bien que pour des fins distinctes, aux deux étapes des procédures. Après l’incarcération, dans le cas où un mandat de dépôt est délivré, le ministre doit décider s’il est souhaitable d’extrader le fugitif, en tenant compte de nombreuses considérations, dont les obligations internationales du Canada en vertu du traité et des principes de courtoisie applicables, mais également le respect des droits constitutionnels du fugitif. À l’étape de l’incarcération, le juge qui préside l’audience doit veiller à ce que le mandat d’incarcération, s’il en est, soit le produit d’un processus judiciaire équitable.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis que la juge n’a pas commis d’erreur en rejetant les arguments fondés sur l’article 7 de M. Revell, au motif qu’ils étaient prématurés, et en concluant qu’une décision d’interdiction de territoire ne fait pas jouer l’article 7. Cette conclusion est suffisante pour trancher l’appel. Je me pencherai néanmoins sur les questions énoncées plus haut afin de fournir une réponse complète aux questions certifiées. [Non souligné dans l’original.]

[35] Dans l’arrêt *Revell*, ainsi que dans le jugement complémentaire *Moretto*, la C.A.F. a noté la longue série d’arrêts dans lesquels il a été conclu que le lien entre une décision d’interdiction de territoire et un renvoi n’était pas suffisamment étroit pour déclencher l’application de l’article 7 (*Revell*, au paragraphe 38; *Moretto*, au paragraphe 43). Dans l’arrêt *Moretto*, la C.A.F. a de nouveau

arguments raised at the inadmissibility determination stage are premature (*Moretto*, at paragraphs 42–44). In that case, the F.C.A. dealt with the automatic cancellation of a permanent resident's stay of removal pursuant to subsection 68(4) of the IRPA. It found that this provision mandates a finding of inadmissibility which does not engage section 7 of the Charter even if, at this stage, a PRRA had been denied and there were only limited options left in the deportation process, including the administrative deferral of removal stage. Again, the F.C.A. restated that an inadmissibility finding is distinct from actually effecting removal, given that other steps remain available to the refugee protection claimant (*Moretto*, at paragraph 44).

[36] In *Kreishan*, the F.C.A. had to determine whether access to the Refugee Appeal Division (RAD) was protected by section 7 of the Charter (*Kreishan*, at paragraphs 5–6). In a context somewhat analog to the present debate, the appellants in *Kreishan* were contesting amendments to the IRPA that removed the possibility to appeal to the RAD for claimants who requested refugee status in Canada under one of the exceptions to the STCA. This RAD bar, said the F.C.A., was arguably not a preliminary stage of the type at issue in *Febles* and *B010*, but rather a stage closer to and “immediately preced[ing]” removal (*Kreishan*, at paragraph 76). Nevertheless, in *Kreishan*, the F.C.A. still emphasized that removal is the event that triggers section 7 rights, not the prior steps leading to it. Citing *Jekula*, the F.C.A. concluded [at paragraphs 121–122] that non-access to the RAD does not infringe section 7 of the Charter:

Analogy may be drawn to other asylum claimants who, for reasons of criminality or participation in crimes

confirmé qu’une décision d’interdiction de territoire ne déclenchait pas l’application de l’article 7 et que les arguments fondés sur l’article 7 soulevés à l’étape de la décision d’interdiction de territoire étaient prématurés (*Moretto*, aux paragraphes 42–44). Dans cette affaire, la C.A.F. a examiné la révocation automatique du suris à l’exécution d’une mesure de renvoi visant un résident permanent en application du paragraphe 68(4) de la LIPR. Elle a conclu que cette disposition imposait une conclusion d’interdiction de territoire qui ne déclenchait pas l’application de l’article 7 de la Charte, et ce, même si, à cette étape, un ERAR avait été refusé et qu’il ne restait que peu d’options dans le processus d’expulsion, y compris le report administratif de l’étape du renvoi. Encore une fois, la C.A.F. a réitéré qu’une décision d’interdiction de territoire était distincte de l’exécution effective de la mesure de renvoi, puisque d’autres étapes demeurent à la disposition du demandeur d’asile (*Moretto*, au paragraphe 44).

[36] Dans l’arrêt *Kreishan*, la C.A.F. devait trancher la question de savoir si le droit de présenter une demande à la Section d’appel des réfugiés (SAR) était protégé par l’article 7 de la Charte (*Kreishan*, aux paragraphes 5–6). Dans un contexte quelque peu analogue au présent débat, les appelants dans l’affaire *Kreishan* contestaient les modifications apportées à la LIPR, lesquelles supprimaient la possibilité d’interjeter appel auprès de la SAR pour les demandeurs qui avaient demandé l’asile au Canada au titre de l’une des exceptions à l’ETPS. La C.A.F. a déclaré qu’il était possible de soutenir que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR ne constituaient pas une étape préliminaire du type en cause dans les arrêts *Febles* et *B010*, mais qu’il s’agissait plutôt d’une étape plus près du renvoi et le « [TRADUCTION] précédant immédiatement » (*Kreishan*, au paragraphe 76). Néanmoins, dans l’arrêt *Kreishan*, la C.A.F. a encore insisté sur le fait que le renvoi constituait le fait qui déclenchait les droits garantis par l’article 7, et non pas les étapes préalables qui y menaient. Citant la décision *Jekula*, la C.A.F. a conclu [aux paragraphes 121 et 122] que la restriction du droit d’interjeter appel à la SAR n’était pas contraire à l’article 7 de la Charte :

Une analogie peut être établie avec les autres demandeurs d’asile qui, pour des raisons de criminalité

against humanity, are inadmissible under Article 1F of the Convention. In commenting on the role of section 7 in relation to this category of claimants, Evans J. (as he then was) observed in *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1999), 154 F.T.R. 268 (T.D.), “while it is true that a finding of ineligibility deprives [a] claimant of access to an important right, namely the right to have a claim determined by the Refugee Division, this right is not included in ‘the right to life, liberty and security of the person’” ... “a determination that a refugee claimant is not eligible to have access to the Refugee Division is merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada” (at paragraphs 31–32).

So too is the denial of an appeal to the RAD. It is but one measure in a process that may lead to removal. The section 7 interests of all claimants, regardless of the underlying administrative basis of their rejection—excluded under Article 1F, rejected by the RAD or rejected by the RPD, ineligible to appeal as having no credible basis—are protected at the removal stage, whether by a PRRA, a request to defer removal or the right to seek a stay of removal in the Federal Court. This section does not mandate appeals or judicial review at every stage of a process (*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267, 155 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.)). [Emphasis added.]

[37] I do not find any meaningful distinction between the various situations described in these S.C.C. and F.C.A. precedents and the case at hand. To quote *Kreishan* once more, “section 7 is engaged at the point of removal, and is protected by the opportunity to seek a deferral of removal administratively, failing which, to seek a stay in the Federal Court” (*Kreishan*, at paragraph 127). It is true that the Court has yet ruled on the particular circumstances created by the new ineligibility provision set out in paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA or determined whether section 7 is engaged where ineligibility criteria preclude a refugee claim that has not been assessed by any country or procedure, and where the person is not otherwise inadmissible to Canada or excluded from refugee protection. However, Mr. Seklani has not referred the Court to any precedent or circumstance that would allow me to distinguish the situation created by paragraph 101(1)(c.1) from the unanimous case law establishing that no section 7

ou de participation à des crimes contre l’humanité, sont inadmissibles au titre de l’article 1F de la Convention. Commentant le rôle de l’article 7 en lien avec cette catégorie de demandeurs, le juge Evans (tel était alors son titre) a observé, dans la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.) (*Jekula*), que « s’il est vrai qu’un verdict d’irrecevabilité dénie à la demanderesse l’exercice d’un droit important, ce droit n’est pas compris dans “le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne” » [...] « [L]a conclusion que la revendication n’est pas recevable n’est qu’une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada » (aux paragraphes 31 et 32).

Il en va de même du déni du droit d’interjeter appel à la SAR. Ce n’est qu’une mesure dans un processus qui pourrait aboutir au renvoi. Les droits que garantit l’article 7 à tous les demandeurs, quels que soit le motif administratif justifiant le rejet de leur demande — à l’exception des motifs prévus à l’article 1F, du rejet par la SAR ou par la SPR et de l’irrecevabilité de la demande en l’absence d’un minimum de fondement — sont protégés à l’étape du renvoi, que ce soit par la présentation d’une demande d’ERAR ou de report de la mesure de renvoi ou par le droit de demander à la Cour fédérale de surseoir au renvoi. Cet article n’exige pas qu’il soit donné la possibilité d’interjeter appel ou de demander un contrôle judiciaire à chaque étape du processus (*Canada (Secrétaire d’État) c. Luitjens*, [1991], A.C.F. n° 1041 (1^{re} inst.) (QL)). [Non souligné dans l’original.]

[37] Je ne vois aucune distinction significative entre les diverses situations décrites dans ces précédents de la C.S.C. et de la C.A.F., et la présente affaire. Pour citer une fois de plus l’arrêt *Kreishan*, « [l]’article 7 est mis en jeu au moment du renvoi et il est donc possible aux demandeurs de demander le report de leur renvoi par voie administrative et, si cette démarche n’aboutit pas, de présenter une requête à la Cour fédérale tendant au sursis du renvoi » (*Kreishan*, au paragraphe 127). Il est vrai que la Cour a déjà statué sur les circonstances particulières créées par la nouvelle disposition d’irrecevabilité énoncée à l’alinéa 101(1)(c.1) de la LIPR, ou tranché la question de savoir si l’article 7 entraine en jeu lorsque des critères d’irrecevabilité excluaient une demande d’asile qui n’avait pas encore été évaluée par un pays ou une instance, et lorsque la personne n’est pas autrement interdite de territoire au Canada ou exclue du régime de protection des réfugiés. Cependant, M. Seklani n’a pas

rights arise prior to the removal stage. Nor has Mr. Seklani provided any reason to persuade me that the new ineligibility described at paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA should be treated any differently, that he does have the same protections at the removal stage, or that the new ineligibility provision makes his removal any more imminent than other inadmissibility or exclusion determinations.

[38] In his submissions, Mr. Seklani attempted to rely on *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Agbasi*, [1993] 2 F.C. 620, (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 94 (*Agbasi*), a case which preceded the long list of appellate-level decisions mentioned above. In *Agbasi*, the Court mentioned that “the application of eligibility criteria might be open to a challenge on Charter grounds” and that, under certain circumstances, it could be theoretically conceivable that the application of eligibility criteria could be “inconsistent with considerations of fundamental justice” (*Agbasi*, at page 634 [paragraph 33]). However, this case dates back to 1993, and I am not aware of any decision (nor has Mr. Seklani cited any) having found that a determination of inadmissibility, exclusion or ineligibility triggers the potential implication of section 7 rights, when a refugee claimant can benefit from with the usual safeguards to have his risk assessed prior to removal.

[39] As was the case for other precedents involving inadmissibility provisions or even cases involving section 98 of the IRPA where refugee claimants are excluded altogether from the I.R.B., removing access to the RPD for claimants who filed refugee claims in the “Five Eyes” countries does not increase the risk that a person will be returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death. This will be assessed at later stages in the refugee protection process, namely by PRRA officers at the PRRA application stage, by CBSA officers at the administrative deferral of removal stage, and by this Court on judicial review of PRRA or refusal of deferral decisions and on motions seeking a stay of a

renvoyé la Cour à un précédent ou à une circonstance qui me permettrait de distinguer la situation créée par l’alinéa 101(1)c.1) de la jurisprudence unanime établissant qu’aucun droit garanti par l’article 7 n’entre en jeu avant l’étape du renvoi. M. Seklani n’a pas non plus fourni quelque motif que ce soit pour me convaincre que la nouvelle irrecevabilité décrite à l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR devrait être traitée différemment, qu’il bénéficie des mêmes garanties à l’étape du renvoi ou que la nouvelle disposition d’irrecevabilité rend son renvoi plus imminent que d’autres décisions d’interdiction de territoire ou d’exclusion.

[38] Dans ses observations, M. Seklani a tenté de s’appuyer sur la décision *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Agbasi*, [1993] 2 C.F. 620 (1^{re} inst.) (*Agbasi*), une affaire qui a précédé la longue liste de jugements en appel susmentionnés. Dans la décision *Agbasi*, la Cour a mentionné que « l’application de ces critères [de recevabilité] pourrait donner ouverture à une attaque fondée sur la Charte » et que, dans certaines circonstances, il pourrait être théoriquement conceivable que l’application de ces critères soit « incompatible avec les principes de justice fondamentale » (*Agbasi*, à la page 634 [paragraphe 33]). Cependant, cette affaire remonte à 1993, et je ne suis au courant d’aucune décision (et M. Seklani n’en a pas cité aucune) ayant conclu qu’une décision d’interdiction de territoire, d’exclusion ou d’irrecevabilité déclençait la mise en jeu des droits garantis par l’article 7 lorsqu’un demandeur d’asile peut bénéficier des garanties habituelles pour faire examiner, avant son renvoi, les risques auxquels il serait exposé.

[39] Comme ce fut le cas dans d’autres précédents concernant des dispositions d’irrecevabilité ou même des affaires relatives à l’article 98 de la LIPR, où les demandeurs d’asile sont complètement exclus de la C.I.S.R., le fait d’interdire aux demandeurs qui ont déposé des demandes d’asile dans des pays du « Groupe des cinq » de s’adresser à la SPR n’augmente pas le risque qu’une personne soit renvoyée dans un pays où elle serait exposée à un risque de persécution, de torture, de traitement cruels ou inusités, ou de mort. Cela sera évalué à des étapes ultérieures du processus d’asile, à savoir par des agents d’ERAR à l’étape de la demande d’ERAR, par des agents de l’ASFC à l’étape du report administratif

removal order. These safeguards are sufficient to ensure that persons such as Mr. Seklani will not be removed in a manner inconsistent with section 7 of the Charter (*Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, at paragraph 88).

[40] I pause a moment to briefly comment on Mr. Seklani's assertion that his situation would somehow be worse or more critical because he is a citizen of Libya and because he will not have access to the PRRA process in the foreseeable future in light of the ADR currently in place for that country. Mr. Seklani contends that he should have a right to have his refugee protection claim heard and that, since he is subject to an ADR and his claim in the United States has never been settled, he should not be left in a state of legal and psychological limbo.

[41] I find this argument to be without any merit. As the Minister correctly pointed out, the ADR is to the benefit of Mr. Seklani: as long as removals to Libya are deferred, Mr. Seklani will enjoy the *de facto* protection of Canada, and he will remain far from being removed to his country of nationality. He will not lose anything during the suspension period, and his right to an eventual PRRA will remain intact. No matter the ADR in place and despite the fact that his PRRA assessment is being delayed because of it, Mr. Seklani will still have the opportunity to have his refugee protection claim heard through a PRRA application once the ADR is lifted. There is simply no legal foundation nor any logic to suggest that the passage of time under the ADR is detrimental to Mr. Seklani, affects his likelihood of being removed to Libya or has any adverse impact on his section 7 rights.

[42] Mr. Seklani also contends that the legal limbo in which he has been placed causes him to suffer from "serious state-imposed psychological harm", which infringes the security of the person and engages his

du renvoi ainsi que par la Cour, à la suite d'un contrôle judiciaire de la décision d'ERAR ou de celle de refuser le report et dans le cadre de requêtes visant à obtenir un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi. Ces garanties sont suffisantes pour s'assurer que des personnes comme M. Seklani ne seront pas renvoyées d'une manière non conforme avec l'article 7 de la Charte (*Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700, au paragraphe 88).

[40] J'ouvre ici une parenthèse pour commenter brièvement l'affirmation de M. Seklani selon laquelle sa situation serait d'une façon ou d'une autre pire ou plus critique, du fait qu'il est citoyen de la Libye et qu'il ne pourra pas avoir recours au processus d'ERAR dans un proche avenir, en raison du RAR actuellement en vigueur pour ce pays. M. Seklani prétend qu'il devrait avoir le droit de faire instruire sa demande d'asile et que, puisqu'il est assujéti à un RAR et que sa demande aux États-Unis n'a jamais été tranchée, il ne devrait pas être laissé dans une situation juridique et psychologique incertaine.

[41] Je juge que cet argument n'est pas fondé. Comme le Ministre l'a fait remarquer à juste titre, le RAR profite à M. Seklani : tant que les renvois vers la Libye seront suspendus, M. Seklani bénéficiera de la protection *de facto* du Canada et il n'est pas près d'être renvoyé dans son pays de nationalité. Il ne perdra rien pendant la période de suspension, et son droit à un éventuel ERAR restera intact. Indépendamment du RAR en vigueur, et malgré le fait que l'appréciation de sa demande d'ERAR est retardée à cause de celui-ci, M. Seklani aura toujours la possibilité de faire instruire sa demande d'asile par l'entremise d'une demande d'ERAR une fois le RAR levé. Il n'y a tout simplement aucun fondement juridique ni aucune logique donnant à penser que le passage du temps résultant du RAR nuit à M. Seklani, qu'il a une incidence sur le risque qu'il soit renvoyé en Libye ou qu'il a un effet préjudiciable sur ses droits garantis par l'article 7.

[42] M. Seklani prétend également que la situation juridique incertaine dans laquelle il se trouve l'amène à subir un [TRADUCTION] « préjudice psychologique grave imposé par l'État », ce qui porte atteinte à la sécurité

section 7 rights. This argument is also baseless since Mr. Seklani has not filed any medical evidence whatsoever in support of his allegation of psychological harm. I note that Mr. Seklani's affidavit is totally silent on any form or manifestation of psychological harm. This, in and of itself, is sufficient to discard the argument. It is worth quoting again the F.C.A. in *Kreishan*, at paragraph 93:

The right to security of the person encompasses state-imposed psychological stress (*Blencoe*, at paragraphs 56–57). However, the effect on a person's psychological integrity must be “serious and profound” [emphasis in original] and “greater than ordinary stress or anxiety” (*Kazemi*, at paragraph 125, excerpting from *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 60). The evidentiary and causal threshold that must be crossed to establish that the measure has induced sufficient stress that it triggers the security of the person is high (*Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraph 122; *Begum*, at paragraph 103).

[43] Under section 7 of the Charter, applicants must show a deprivation of their life, liberty, or security of the person and prove sufficient causal connection between state-caused delay and any serious or profound effects they claim (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraphs 57, 59–60, 81, 83). The evidentiary and causal threshold to establish that a measure has induced sufficient stress to trigger the security of a person is high. There must be evidence supporting the existence of profound and serious impact on the applicant's psychological integrity (*Moretto*, at paragraph 51). In the absence of any evidence, I cannot conclude that the harm allegedly suffered by Mr. Seklani is anything more than “ordinary stress or anxiety” (*Kreishan*, au paragraphe 93). Stress and anxiety are unfortunately part of any refugee claim process, and section 7 does not protect applicants from ordinary stresses and anxieties (*Dragicevic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1310, at paragraph 26). Consequently, Mr. Seklani's arguments on this front must be rejected.

de sa personne et met en jeu ses droits garantis par l'article 7. Cet argument est également sans fondement, puisque M. Seklani n'a produit aucun élément de preuve médical à l'appui de son allégation de préjudice psychologique. Je fais remarquer que l'affidavit de M. Seklani est complètement muet sur toute forme ou manifestation de préjudice psychologique. Cela suffit en soi pour rejeter l'argument. Il vaut la peine de citer à nouveau la C.A.F. dans l'arrêt *Kreishan*, au paragraphe 93 :

Le droit à la sécurité de la personne englobe la tension psychologique causée par l'État (*Blencoe*, aux paragraphes 56 et 57). Cependant, les répercussions sur l'intégrité psychologique d'une personne doivent être « graves et profondes » [souligné dans l'original] et « plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires » (*Kazemi*, au paragraphe 125, citant l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au paragraphe 60). Le niveau de preuve et le lien de causalité exigés pour établir que la mesure a causé une tension suffisante pour menacer la sécurité de la personne sont élevés (*Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, au paragraphe 122; *Begum*, au paragraphe 103).

[43] Sous le régime de l'article 7 de la Charte, les demandeurs doivent démontrer qu'ils ont subi une atteinte à leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, et ils doivent établir un lien de causalité suffisant entre le retard dont l'État est responsable et toute conséquence grave ou profonde qui, selon eux, en a résulté (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, aux paragraphes 57, 59, 60, 81, 83). Le niveau de preuve et le lien de causalité exigés pour établir qu'une mesure a causé une tension suffisante pour menacer la sécurité d'une personne sont élevés. Il doit y avoir des éléments de preuve à l'appui de l'existence de conséquences graves et profondes sur l'intégrité psychologique du demandeur (*Moretto*, au paragraphe 51). En l'absence de toute preuve, je ne peux que conclure que le préjudice que M. Seklani allègue avoir subi n'est rien de plus « qu'une tension ou une angoisse ordinaires » (*Kreishan*, au paragraphe 93). La tension et l'angoisse font malheureusement partie du processus de demande d'asile, et l'article 7 ne protège pas les demandeurs d'asile contre

[44] For all those reasons, the rights set forth in section 7 of the Charter are clearly not at stake at the stage of the ineligibility determination made pursuant to paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA and in the Decision of the CBSA officer. This suffices to dismiss Mr. Seklani's application for judicial review. Even though I do not need to go any further, I will nonetheless briefly discuss the arguments raised by Mr. Seklani with respect to the "enhanced" PRRA process available to him and the principles of fundamental justice allegedly violated by paragraph 101(1)(c.1).

B. *The PRRA process*

[45] Mr. Seklani argues that removing access to the RPD for claimants who applied for refugee protection in the "Five Eyes" countries increases the risk of being returned to persecution, torture, cruel and unusual treatment or death. I disagree and I do not find any support for this proposition. On the contrary, there are mechanisms to guarantee that Mr. Seklani's claim for refugee protection will be duly considered and assessed by PRRA officers, by CBSA officers and by this Court, who will serve as gatekeepers to ensure section 7 compliance at the removal stage, and will ensure that the principle of *non-refoulement* is respected.

[46] It is important to emphasize that the IRPA expressly contemplates different avenues to consider claims for refugee protection and establishes three broad categories of refugee protection (*Saint Paul v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 493, at paragraphs 47–48). Part 2 [sections 95–116] of the IRPA deals with refugee protection and is divided into three divisions. Division 1 deals with "Refugee Protection, Convention Refugees and Persons in Need of Protection", Division 2 deals with "Convention Refugees and Persons in Need of Protection", and Division 3 deals with "Pre-removal Risk Assessment". Subsection 95(1) of the IRPA expressly states that refugee protection

les tensions et les angoisses ordinaires (*Dragicevic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1310, au paragraphe 26). Par conséquent, les arguments de M. Seklani à cet égard doivent être rejetés.

[44] Pour tous ces motifs, les droits énoncés à l'article 7 de la Charte ne sont manifestement pas en jeu à l'étape de la conclusion d'irrecevabilité tirée au titre de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR et dans la Décision de l'agent de l'ASFC. Cela suffit à rejeter la demande de contrôle judiciaire de M. Seklani. Bien que je n'aie pas besoin d'aller plus loin, je vais quand même aborder brièvement les arguments soulevés par M. Seklani au sujet du processus d'ERAR [TRADUCTION] « amélioré » qui est à sa disposition ainsi que des principes de justice fondamentale qui seraient violés par l'alinéa 101(1)c.1).

B. *Le processus d'ERAR*

[45] M. Seklani fait valoir que le retrait de l'accès à la SPR pour les demandeurs qui ont déjà présenté une demande d'asile dans l'un des pays du « Groupe des cinq » augmente le risque de renvoi dans un pays où ils seraient exposés à un risque de persécution, de torture, de traitements cruels ou inusités, ou de mort. Je ne suis pas d'accord et je ne vois rien qui appuie cette proposition. Au contraire, il existe des mécanismes visant à garantir que la demande d'asile de M. Seklani sera dûment examinée et évaluée par des agents d'ERAR, des agents de l'ASFC et la Cour, qui agiront comme gardiens pour assurer le respect de l'article 7 à l'étape du renvoi et veilleront au respect du principe de non-refoulement.

[46] Il est important de souligner que la LIPR prévoit expressément différentes voies pour examiner les demandes d'asile et établit trois grandes catégories de demandeurs d'asile (*Saint Paul c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 493, aux paragraphes 47–48). La partie 2 [articles 95 à 116] de la LIPR traite de la protection des réfugiés et est elle-même divisée en trois sections. La section 1 traite des « Notions d'asile, de réfugié et de personne à protéger », la section 2 traite des « Réfugiés et personnes à protéger », et la section 3 traite de l'« Examen des risques avant renvoi ». Le paragraphe 95(1) de la LIPR indique expressément que l'asile est la protection conférée à une personne

is conferred on a person who falls in one of the three enumerated categories, namely: (1) Convention refugee (section 96); (2) a person in need of protection (section 97); or (3) a person whose application for protection is allowed by the Minister (section 112). The third option refers to the PRRA application process. Pursuant to subsection 112(1) of the IRPA, individuals rendered ineligible to have their claims referred to the RPD (such as Mr. Seklani) generally have access to a PRRA.

[47] It is therefore plainly incorrect for Mr. Seklani to state that the process before the RPD and the I.R.B. is the only procedure in Canada designed to assess claims for refugee protection. True, the process before the I.R.B. is the standard, usual refugee determination process. But, it is not the only one. And the IRPA expressly provides that the PRRA process can result in refugee protection being granted. Subsection 114(1) of the IRPA establishes that PRRA officers may also confer refugee protection, except for individuals found to be inadmissible or excluded for reasons such as terrorism or crimes against humanity. This provision reads as follows:

Effect of decision

114 (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

[48] The refugee protection granted as a result of the PRRA process is not a second-class category of refugee protection. It is simply a different channel offered to asylum claimants to obtain refugee protection. The PRRA process provides the same objective as the refugee process at the I.R.B. It is based on similar grounds and confers the same degree of refugee protection to the asylum claimants. In other words, the same approach will be applied to assess whether someone is in need of protection or not. A successful PRRA applicant is granted refugee

qui fait partie de l'une des trois catégories énumérées, soit : 1) un réfugié au sens de la Convention (article 96); 2) une personne à protéger (article 97); ou 3) une personne à qui le Ministre accorde la demande de protection (article 112). La troisième option renvoie au processus de demande d'ERAR. En vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR, les personnes dont les demandes sont jugées irrecevables devant la SPR (comme c'est le cas de M. Seklani) ont généralement accès à un ERAR.

[47] Par conséquent, il est manifestement erroné de la part de M. Seklani d'affirmer que le processus devant la SPR et la C.I.S.R. est la seule procédure au Canada conçue pour apprécier les demandes d'asile. Il est vrai que le processus devant la C.I.S.R. est le processus habituel de détermination du statut de réfugié. Cependant, ce n'est pas le seul. La LIPR prévoit expressément que le processus d'ERAR peut entraîner l'octroi de l'asile. Le paragraphe 114(1) de la LIPR établit que les agents d'ERAR peuvent également conférer l'asile, à l'exception des personnes déclarées interdites de territoire ou exclues pour des motifs comme le terrorisme ou les crimes contre l'humanité. Cette disposition se lit ainsi :

Effet de la décision

114 (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

[48] L'asile accordé à la suite du processus d'ERAR n'est pas une catégorie de protection de seconde classe. Il s'agit simplement d'une voie différente offerte aux demandeurs d'asile pour obtenir une protection. Le processus d'ERAR a le même objectif que le processus d'asile devant la C.I.S.R. Il repose sur des bases similaires et confère le même niveau de protection aux demandeurs d'asile. En d'autres mots, la même approche sera appliquée pour examiner la question de savoir si une personne a besoin d'être protégée. Un demandeur dont la demande

protection under paragraph 114(1)(a) of the IRPA, and such applicant may, subsequently, seek permanent resident status in the same manner as a claimant granted Convention refugee or protected person status by the I.R.B.

[49] Even if the new paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA prevents Mr. Seklani and other individuals in his situation from having access to the RPD, they will therefore not be barred from claiming asylum and refugee protection in Canada. They can still claim asylum in Canada but they will be moved to another channel, namely a PRRA application. It is not because these refugee protection claimants do not have access to both the RPD process and the PRRA process that the PRRA option suddenly becomes a lesser or a weakened one.

[50] Mr. Seklani further argues that the PRRA process, even enhanced with the mandatory hearing now provided by section 113.01 of the IRPA, remains an inadequate replacement and substitute for the refugee determination process before the RPD and that it infringes on his section 7 rights. In other words, Mr. Seklani contends that the PRRA hearing process does not respect the principles of fundamental justice.

[51] Once again, I am not convinced by Mr. Seklani's submissions.

[52] Section 7 of the Charter does not require a particular type of process and does not give a positive right to refugee protection. Section 7 protects against removal to a place where an individual would face a substantial risk of death, torture, or cruel and unusual treatment or punishment (*Febles*, at paragraphs 67–68). As such, a bar from the RPD does not engage section 7 rights, even if Mr. Seklani is not otherwise inadmissible to Canada or excluded from refugee protection. Section 7 instead requires a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 20). As the F.C.A.

d'ERAR est accueillie bénéficie de l'asile aux termes de l'alinéa 114(1)a) de la LIPR, et il peut ensuite demander le statut de résident permanent de la même manière qu'un demandeur ayant obtenu, par la C.I.S.R., un statut de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger.

[49] Même si le nouvel alinéa 101(1)c.1) de la LIPR empêche M. Seklani et d'autres personnes dans la même situation de présenter une demande à la SPR, il ne leur sera donc pas interdit de demander l'asile et une protection au Canada. Ils peuvent toujours demander l'asile au Canada, mais on leur fera emprunter une autre voie, à savoir une demande d'ERAR. Ce n'est pas parce que ces demandeurs d'asile ne peuvent pas présenter une demande à la fois dans le cadre du processus devant la SPR et de celui relatif à l'ERAR, que l'option de l'ERAR devient soudainement une option de moindre importance ou valeur.

[50] M. Seklani fait en outre valoir que le processus d'ERAR — même amélioré par l'audience obligatoire maintenant prévue à l'article 113.01 de la LIPR — demeure une solution de rechange et un substitut inadéquat au processus de détermination du statut de réfugié devant la SPR, et qu'il porte atteinte à ses droits garantis par l'article 7. En d'autres mots, M. Seklani prétend que l'audience prévue dans le processus d'ERAR ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

[51] Encore une fois, je ne suis pas convaincu par les observations de M. Seklani.

[52] L'article 7 de la Charte n'exige aucun type particulier de processus et n'accorde aucun droit positif à l'égard de l'asile. L'article 7 protège contre le renvoi vers un lieu où la personne serait exposée à un risque sérieux de mort, de torture, ou de traitement ou peine cruels ou inusités (*Febles*, aux paragraphes 67–68). Ainsi, une interdiction de présenter une demande à la SPR ne met pas en jeu les droits garantis par l'article 7, même si M. Seklani n'est pas autrement interdit de territoire au Canada ou exclu de la protection offerte aux réfugiés. L'article 7 exige plutôt une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

pointed out in *Kreishan*, individuals facing removal are essentially entitled to two constitutionally protected rights, being (1) that their risk be assessed and to not be removed if it is found that there is such a risk, and (2) that their claim be adjudicated with the proper procedural safeguards as established by the S.C.C. in *Singh (Kreishan)*, at paragraphs 117, 130). Mr. Seklani has not persuaded me that, in and of itself, the enhanced PRRA process to which he is now entitled by the operation of paragraph 101(1)(c.1) and section 113.01 of the IRPA does not fulfill these two requirements.

[53] I observe that, in the context of this application for judicial review of the CBSA officer's ineligibility determination, it is premature to determine whether the subsequent PRRA process to which Mr. Seklani will be entitled offers all required procedural guarantees, as such a question is highly fact-specific. Ultimately, whether a particular PRRA hearing under section 113.01 of the IRPA infringes on the principles of fundamental justice is a question for another day. The arguments raised by Mr. Seklani regarding the PRRA process or the independence of PRRA officers must be assessed with the relevant factual context, and not in a vacuum.

[54] That said, I underline that, contrary to what Mr. Seklani alleges, the S.C.C. decision in *Singh* only warrants an oral hearing in regard of credibility findings, not necessarily for all legal submissions. In *Singh*, the S.C.C. stated that when the life, liberty or security of the person is engaged, as in a removal to a place where a migrant would face such a risk, and when a serious issue of credibility is involved, nothing will pass muster short of a full oral hearing before an adjudication on the merits. The S.C.C. thus found that, when a serious issue of credibility is involved, it should be determined on the basis of an oral hearing (*Singh*, at pages 213–214). While the absence of an oral hearing will not be inconsistent with fundamental justice in every case, it is required where

2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 20). Comme la C.A.F. l'a fait remarquer dans l'arrêt *Kreishan*, les personnes qui font l'objet d'une mesure de renvoi possèdent essentiellement deux modes de protection constitutionnelle, soit 1) que les risques auxquelles elles sont exposées soient évalués et qu'elles ne soient pas renvoyées, s'il est établi qu'il existe de tels risques, et 2) qu'une décision soit rendue sur leur demande en appliquant les garanties procédurales adéquates établies par la C.S.C. dans l'arrêt *Singh (Kreishan)*, aux paragraphes 117, 130). M. Seklani ne m'a pas convaincu que, en soi, le processus d'ERAR amélioré auquel il a maintenant droit par l'application de l'alinéa 101(1)c.1) et de l'article 113.01 de la LIPR ne satisfait pas à ces deux exigences.

[53] Je fais remarquer que, dans le contexte de la présente demande de contrôle judiciaire de la décision d'irrecevabilité de l'agent de l'ASFC, il est prématuré de statuer sur la question de savoir si le processus d'ERAR subséquent auquel M. Seklani aura droit offre toutes les garanties procédurales requises, puisqu'une telle question est fortement axée sur les faits. En fin de compte, la question de savoir si une audience particulière relative à l'ERAR aux termes de l'article 113.01 de la LIPR contrevient aux principes de justice fondamentale est une question qui pourra être tranchée ultérieurement. Les arguments soulevés par M. Seklani au sujet du processus d'ERAR ou de l'indépendance des agents d'ERAR doivent être appréciés en fonction du contexte factuel pertinent, et non en vase clos.

[54] Cela dit, je souligne que, contrairement à ce que prétend M. Seklani, l'arrêt de la C.S.C. dans *Singh* ne justifie qu'une audience concernant les conclusions quant à la crédibilité, et non pas nécessairement concernant toutes les observations sur le plan juridique. Dans l'arrêt *Singh*, la C.S.C. a déclaré que, lorsque le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne entre en jeu, comme dans un renvoi vers un lieu où un migrant serait exposé à un tel risque, et lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, rien de moins n'est suffisant que la tenue d'une audition complète avant la décision sur le fond. La C.S.C. a donc conclu que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, elle devrait être tranchée par voie d'audition (*Singh*, aux

credibility issues are at stake. With the adoption of paragraph 113(b) of the IRPA and section 167 of the IRP Regulations, the PRRA process now always allows for an oral hearing to be held when a serious issue of credibility is at stake.

[55] For Mr. Seklani and other applicants in a similar situation, the new section 113.01 of the IRPA goes even further and provides that all claimants determined to be ineligible under paragraph 101(1)(c.1) who apply for a PRRA will have a hearing unless their application has been approved. In other words, this amendment reinforces the assurance that the required procedural safeguards, as they are set forth and defined in *Singh*, are respected for refugee claimants like Mr. Seklani. Mr. Seklani has not convinced me that this enhanced PRRA process, in itself, is not consistent with the requirements described by the S.C.C. in *Singh*. Furthermore, I note that, even if PRRAs do not have an appeal process (although they can be judicially reviewed before this Court on leave), the principles of fundamental justice do not require an appeal process or a right of appeal (*Kreishan*, at paragraphs 65, 122).

[56] Of course, the Court has the authority to review the merits and the legality of a PRRA decision on an application for judicial review, and to determine whether the process followed during a specific PRRA process respects the principles of fundamental justice. In the case of Mr. Seklani, it is not my role to make such determination at this stage, and it will be up to the Court to make it in due course should it arise at a later stage of Mr. Seklani's refugee determination process.

C. Paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA and the principles of fundamental justice

[57] Having found that Mr. Seklani has not been subjected to any infringement of his rights under section 7

pages 213–214). Bien que l'absence d'audition ne soit pas, dans tous les cas, incompatible avec la justice fondamentale, elle est nécessaire lorsque des questions de crédibilité sont en jeu. En raison de l'adoption de l'alinéa 113b) de la LIPR et de l'article 167 du RIPR, le processus d'ERAR permet toujours la tenue d'une audience lorsqu'une question importante de crédibilité est en jeu.

[55] Pour M. Seklani et d'autres demandeurs dans une situation similaire, le nouvel article 113.01 de la LIPR va encore plus loin et prévoit que tous les demandeurs dont les demandes sont jugées irrecevables aux termes de l'alinéa 101(1)c.1) et qui présentent une demande d'ERAR seront entendus dans le cadre d'une audience, à moins que leur demande n'ait été accueillie. En d'autres mots, cette modification renforce l'assurance que les garanties procédurales requises, tel qu'elles sont énoncées et définies dans l'arrêt *Singh*, sont respectées à l'égard des demandeurs d'asile comme M. Seklani. Ce dernier ne m'a pas convaincu que ce processus d'ERAR amélioré est, en soi, incompatible avec les exigences décrites par la C.S.C. dans l'arrêt *Singh*. En outre, je fais remarquer que, même si les ERAR ne donnent pas lieu à un processus d'appel (bien qu'elles puissent être l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour, avec autorisation), les principes de justice fondamentale n'exigent ni un processus d'appel ni un droit d'appel (*Kreishan*, aux paragraphes 65, 122).

[56] Bien entendu, la Cour a le pouvoir de réexaminer le bien-fondé et la légalité d'une décision d'ERAR dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, et de statuer sur la question de savoir si la procédure suivie durant un processus d'ERAR particulier respecte les principes de justice fondamentale. Dans le cas de M. Seklani, il ne m'appartient pas de rendre une telle décision à ce stade-ci, et il appartiendra à la Cour de la rendre en temps opportun, si cela s'avère nécessaire à une étape ultérieure du processus de détermination du statut de réfugié de M. Seklani.

C. L'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR et les principes de justice fondamentale

[57] Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits conférés à M. Seklani par l'article 7 de la Charte,

of the Charter, it is not necessary to consider his arguments alleging that paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA violates the principles of fundamental justice (*Moretto v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 71, 48 C.R.R. (2d) 249, at paragraph 50). There is no independent right to fundamental justice, and there will be no violation of section 7 if there is no deprivation of life, liberty or security of the person (*R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 201, at paragraph 47). Nevertheless, for the sake of completeness, I will quickly address the arguments raised by Mr. Seklani in that regard.

[58] In *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), the S.C.C. clarified the role of fundamental justice in regard of the constitutionality of legislative provisions that would infringe on section 7 rights. The principles of fundamental justice “set out the minimum requirements that a law that negatively impacts on a person’s life, liberty, or security of the person must meet” (*Bedford*, at paragraphs 94, 96). They include the protections against arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality. Arbitrariness exists where there is no connection between the objective of a law and its effects on the rights of a claimant (*Bedford*, at paragraph 98). Overbreadth applies when “the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective” (*Bedford*, at paragraph 101). Gross disproportionality “only applies in extreme cases” where the seriousness of the deprivation is totally out of keeping with the objective of the measure (*Bedford*, at paragraph 120).

[59] Mr. Seklani has not persuaded me that paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA is arbitrary, overbroad or disproportionate.

[60] With respect to arbitrariness, the issue is whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law’s purpose (*Bedford*, at paragraphs 98, 111). On the record before me, I am satisfied that the general purpose of paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA

il n’est pas nécessaire que j’examine ses arguments selon lesquels l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR viole les principes de justice fondamentale (*Moretto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 71, au paragraphe 50). Il n’existe aucun droit autonome à la justice fondamentale, et il n’y a aucune violation de l’article 7 s’il n’y a pas une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (*R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, au paragraphe 47). Néanmoins, par souci d’exhaustivité, j’examinerai rapidement les arguments soulevés par M. Seklani à cet égard.

[58] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), la C.S.C. a défini le rôle de la justice fondamentale en ce qui concerne la constitutionnalité de dispositions législatives qui porteraient atteinte aux droits garantis par l’article 7. Les principes de justice fondamentale « définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » (*Bedford*, aux paragraphes 94, 96). Ces conditions comprennent des garanties contre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale. Le caractère arbitraire existe lorsqu’il n’y a aucun lien entre l’objet d’une disposition et les effets de celle-ci sur les droits d’un demandeur (*Bedford*, au paragraphe 98). Il y a une portée excessive lorsqu’une disposition « va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Bedford*, au paragraphe 101). La disproportion totale « ne s’applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l’atteinte est sans rapport aucun avec l’objectif de la mesure » (*Bedford*, au paragraphe 120).

[59] M. Seklani ne m’a pas convaincu que l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR est arbitraire, trop large ou disproportionné.

[60] En ce qui concerne le caractère arbitraire, la question est de savoir s’il existe un lien direct entre l’objet de la disposition et l’effet allégué sur l’intéressé, s’il y a un certain rapport entre les deux (*Bedford*, aux paragraphes 98, 111). Compte tenu du dossier dont je dispose, je suis convaincu que l’objet général de l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR est de fournir un outil

is to provide an additional tool to manage and discourage asylum claims in Canada by those who have made claims for refugee protection in information-sharing countries, while maintaining an asylum system that is fair and compassionate to those who seek protection. In support of this statement, the Minister points to the testimony of Mr. Myre who has awareness and knowledge of the new process put in place, and to statements from the Minister and the representative in Canada of the United Nations High Commissioner for Refugees in front of committees of Parliament. In light of this evidence, I see no reasons to doubt the stated objectives of the new ineligibility provision.

[61] As such, there is clearly a rational connection between the objective of the law and its effects on the rights of Mr. Seklani: the object of the new provisions is to ensure that refugee claimants do not make claims for refugee protection in multiple countries to improve efficiency at the RPD while providing a proper risk assessment process for these claimants through an enhanced PRRA application process. As stated above, there is no issue of removal or *refoulement* at this ineligibility stage.

[62] Turning to overbreadth, it is described in *Bedford* as a situation where a law is so broad in scope that it captures conduct bearing no relation to its purpose (*Bedford*, at paragraph 112). Mr. Seklani considers paragraph 101(1)(c.1) to be overbroad because it allegedly places refugee claimants with *bona fide* claims who have never had their claims assessed by any country at risk of *refoulement*. I disagree. As previously discussed, refugee claimants facing the application of paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA are not at an increased risk of *refoulement* since the PRRA process—in fact, an enhanced PRRA process—remains available to them before any removal is contemplated. The ineligibility to make a refugee claim in Canada does not, in any way, increase the risk that these refugee claimants will be *refouled* to their country of origin. Mr. Seklani has not provided any convincing argument demonstrating an absence of rational connection between Parliament's objective of reducing multiple claims and the effect of the provision.

supplémentaire pour gérer et décourager la présentation de demandes d'asile au Canada par des personnes qui ont déjà présenté des demandes d'asile dans des pays avec qui le Canada échange des renseignements, tout en maintenant un régime d'asile équitable et sensible aux personnes qui sollicitent une protection. À l'appui de cette déclaration, le Ministre invoque le témoignage de M. Myre, qui est au courant du nouveau processus mis en place, ainsi que les déclarations faites par le Ministre et le représentant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés au Canada devant des comités du Parlement. À la lumière de cette preuve, je ne vois aucune raison de douter des objectifs déclarés relativement à la nouvelle disposition d'irrecevabilité.

[61] Ainsi, il existe clairement un lien rationnel entre l'objet de la disposition et ses effets sur les droits de M. Seklani : les nouvelles dispositions ont pour objet de veiller à ce que les demandeurs d'asile ne présentent pas des demandes d'asile dans de nombreux pays afin d'améliorer l'efficacité de la SPR, tout en fournissant un processus d'évaluation des risques approprié à ces demandeurs, au moyen d'un processus de demande d'ERAR amélioré. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, il n'y a aucune question de renvoi ou de *refoulement* à cette étape relative à l'irrecevabilité.

[62] En ce qui concerne la portée excessive, telle qu'elle est décrite dans l'arrêt *Bedford*, il s'agit d'une situation où une disposition s'applique si largement qu'elle vise certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet (*Bedford*, au paragraphe 112). M. Seklani considère que l'alinéa 101(1)c.1 a une portée excessive, parce qu'il exposerait à un risque de *refoulement* les demandeurs d'asile qui présentent des demandes de bonne foi et dont les demandes n'ont jamais été évaluées par un autre pays. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai déjà expliqué, les demandeurs d'asile visés par l'application de l'alinéa 101(1)c.1 de la LIPR ne sont pas exposés à un risque accru de *refoulement*, puisque le processus d'ERAR — en fait, un processus d'ERAR amélioré — reste à leur disposition avant qu'une mesure de renvoi soit envisagée. L'irrecevabilité d'une demande d'asile faite au Canada n'augmente aucunement le risque que ces demandeurs d'asile soient *refoulés* vers leur pays d'origine. M. Seklani n'a présenté aucun argument

[63] Finally, I am not persuaded that the effect of paragraph 101(1)(c.1) is grossly disproportionate with its objective to improve efficiency and to maintain the integrity of the Canadian immigration system. The effect of the impugned legislation must be assessed by reviewing the scheme as a whole (*Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174, at paragraph 100). As stated above, the ineligibility decision is not a decision that prompts removal; it essentially determines that the refugee protection claim will go to the PRRA stream as opposed to the I.R.B. stream. Although paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA has the effect of removing access to the RPD, Mr. Seklani retains: (1) access to a PRRA; (2) the possibility to request a judicial review of a negative PRRA before this Court (on leave); (3) the right to request an administrative deferral of his removal to allow for a full assessment of the risks he faces; (4) the possibility to request a judicial review of a negative response to his request for deferral (on leave); and (5) the possibility to request a stay of removal at this Court. As such, the effect of the RPD bar is not grossly disproportionate to the objective of the new provision, since it only removes one of multiple administrative steps in the refugee determination process, at a stage well before removal.

IV. Certified Question

[64] Mr. Seklani has proposed the following question for certification: does paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA infringe section 7 of the Charter and, if so, is this infringement justified by section 1? He claims that, while the principles of section 7 of the Charter have been addressed in several decisions involving different sections of the IRPA, the courts have opened a window where section 7 could apply in a particular set of circumstances such as those arising from paragraph 101(1)(c.1). Mr. Seklani more specifically relies on a passage of *Kreishan* where the F.C.A. stated that “section 7 is not

convaincant démontrant l’absence de lien rationnel entre l’objectif du législateur de réduire les demandes multiples et l’effet de la disposition.

[63] Enfin, je ne suis pas convaincu que l’effet de l’alinéa 101(1)c.1 soit exagérément disproportionné par rapport à son objet d’améliorer l’efficacité du système canadien d’immigration et d’en maintenir l’intégrité. L’effet de la disposition contestée doit être apprécié en tenant compte de l’ensemble du régime (*Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 774, au paragraphe 100). Comme je l’ai mentionné ci-dessus, la décision d’irrecevabilité n’est pas une décision qui accélère le renvoi; elle statue essentiellement que la demande d’asile passera au volet de l’ERAR plutôt qu’au volet de la C.I.S.R. Bien que l’alinéa 101(1)c.1 de la LIPR ait pour effet de retirer l’accès à la SPR, M. Seklani conserve : 1) l’accès à un ERAR; 2) la possibilité de demander à la Cour le contrôle judiciaire d’un ERAR défavorable (sur autorisation); 3) le droit de demander le report administratif de son renvoi afin de permettre une évaluation complète des risques auxquels il serait exposé; 4) la possibilité de demander le contrôle judiciaire d’une réponse défavorable à sa demande de report (sur autorisation); et 5) la possibilité de demander à la Cour un sursis à l’exécution de la mesure de renvoi. Ainsi, l’effet de l’interdiction de présenter une demande à la SPR n’est pas exagérément disproportionné par rapport à l’objet de la nouvelle disposition, puisqu’elle ne retire qu’une des multiples étapes administratives du processus de détermination du statut de réfugié, à une étape bien antérieure au renvoi.

IV. La question à certifier

[64] M. Seklani a proposé la question suivante à des fins de certification : l’alinéa 101(1)c.1 de la LIPR contrevient-il l’article 7 de la Charte et, dans l’affirmative, cela est-il justifié par l’article premier? Il prétend que les principes de l’article 7 de la Charte ont été examinés dans plusieurs décisions visant différents articles de la LIPR, mais que les tribunaux ont défini certaines exceptions au titre desquelles l’article 7 pourrait s’appliquer dans un ensemble particulier de circonstances, comme celles découlant de l’alinéa 101(1)c.1). M. Seklani s’appuie plus particulièrement sur un passage

frozen in time, nor is its content exhaustively defined, and that it may, some day, evolve to encompass positive obligations—possibly in the domain of social, economic, health or climate rights” (*Kreishan*, at paragraph 139).

[65] For the reasons that follow, I find that the proposed question does not meet the requirements for certification developed by the F.C.A.

[66] According to paragraph 74(d) of the IRPA, a question can be certified by the Court if “a serious question of general importance is involved”. To be certified, a question must be a serious one that (i) is dispositive of the appeal, (ii) transcends the interests of the immediate parties to the litigation, and (iii) contemplates issues of broad significance or general importance (*Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199 (*Mudrak*), at paragraphs 15–16; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290 (*Zhang*), at paragraph 9). As a corollary, the question must have been dealt with by the court and it must arise from the case (*Mudrak*, at paragraph 16; *Zhang*, at paragraph 9; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 29).

[67] I do not dispute that the question formulated by Mr. Seklani may appear to raise an issue of broad significance or general application. However, the law on this issue is well settled, and the proposed question has been asked and answered by the F.C.A. The F.C.A. and this Court have indicated that questions already determined and settled by the F.C.A. are not of general importance and should not be certified (*Rrotaj v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 292, at paragraph 6; *Mudrak*, at paragraph 36; *Krishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1203, at paragraph 98; *Halilaj v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1062, at paragraph 37).

de l’arrêt *Kreishan*, où la C.A.F. a déclaré que « l’article 7 n’est pas immuable, que son contenu n’a pas été défini de façon exhaustive et, qu’un jour, des obligations positives pourraient y être ajoutées — peut-être en lien avec des droits sociaux ou économiques ou encore des droits liés à la santé ou au climat » (*Kreishan*, au paragraphe 139).

[65] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la question proposée ne satisfait pas aux exigences de certification élaborées par la C.A.F.

[66] Aux termes de l’alinéa 74d) de la LIPR, une question peut être certifiée par la Cour si « l’affaire soulève une question grave de portée générale ». Pour être certifiée, une question doit en être une grave qui (i) est déterminante quant à l’issue de l’appel, (ii) transcende les intérêts des parties au litige et (iii) porte sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale (*Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, au paragraphe 46; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178 (*Mudrak*), aux paragraphes 15–16; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290 (*Zhang*), au paragraphe 9). En conséquence, la question doit avoir été examinée par la Cour et elle doit découler de l’affaire (*Mudrak*, au paragraphe 16; *Zhang*, au paragraphe 9; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 29).

[67] Je ne conteste pas que la question formulée par M. Seklani puisse sembler soulever un élément ayant des conséquences importantes ou qui est de portée générale. Cependant, le droit à cet égard est bien établi, et la C.A.F. a déjà posé et répondu à la question proposée. La C.A.F. et la Cour ont indiqué que les questions déjà examinées et tranchées par la C.A.F. n’étaient pas des questions de portée générale et ne devraient pas être certifiées (*Rrotaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 292, au paragraphe 6; *Mudrak*, au paragraphe 36; *Krishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1203, au paragraphe 98; *Halilaj c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1062, au paragraphe 37).

[68] As discussed in detail in these reasons, the proposed question has already been unanimously answered in the negative by the S.C.C., the F.C.A. and this Court in the various decisions referred to above and their progeny. In essence, section 7 is engaged at the removal stage, and it is not engaged at prior stages of the refugee protection process, such as when refugee claimants are challenging an inadmissibility, exclusion or ineligibility determination, where the appropriate safeguards are available to such claimants (*B010*, at paragraph 75; *Febles*, at paragraphs 67–68; *Revell*, at paragraphs 56–57; *Moretto*, at paragraphs 42–44; *Kreishan*, at paragraph 121; *Jekula*, at paragraphs 31–32). Mr. Seklani has not convinced me that the situation created by the new ineligibility provision at paragraph 101(1)(c.1) of the IRPA is any different. The reference made by Mr. Seklani to paragraph 139 of *Kreishan* is not of much assistance as it speaks to special circumstances left open by the S.C.C. with respect to section 7. Here, the principle that section 7 is not triggered prior to the removal stage has been clearly established by the courts, including the S.C.C., and Mr. Seklani has not persuaded me that the new ineligibility provision set out by paragraph 101(1)(c.1) creates special circumstances that could be distinguished from the previous unanimous case law.

V. Conclusion

[69] For the above stated reasons, Mr. Seklani’s application for judicial review is dismissed. There is no question of general importance for me to certify.

JUDGMENT in IMM-5192-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed, without costs.
2. No serious question of general importance is certified.

[68] Comme je l’ai expliqué en détail dans les présents motifs, la C.S.C., la C.A.F. et cette Cour ont déjà répondu à l’unanimité à la question proposée dans les divers jugements susmentionnés et dans la jurisprudence qui en a découlé. Essentiellement, l’article 7 entre en jeu à l’étape du renvoi, mais pas aux étapes antérieures du processus d’asile, notamment lorsque les demandeurs d’asile contestent une décision d’interdiction de territoire, d’exclusion ou d’irrecevabilité, si ces demandeurs peuvent bénéficier des garanties appropriées (*B010*, au paragraphe 75; *Febles*, aux paragraphes 67–68; *Revell*, aux paragraphes 56–57; *Moretto*, aux paragraphes 42–44; *Kreishan*, au paragraphe 121; *Jekula*, aux paragraphes 31–32). M. Seklani ne m’a pas convaincu que la situation créée par la nouvelle disposition d’irrecevabilité prévue à l’alinéa 101(1)c.1) de la LIPR est différente. La mention du paragraphe 139 de l’arrêt *Kreishan* par M. Seklani n’est pas d’une grande utilité, puisqu’il y est question de circonstances particulières que la C.S.C. n’a pas définies en ce qui concerne l’article 7. En l’espèce, le principe selon lequel l’article 7 n’entre pas en jeu avant l’étape du renvoi est clairement établi par les tribunaux, y compris la C.S.C., et M. Seklani ne m’a pas convaincu que la nouvelle disposition d’irrecevabilité prévue à l’alinéa 101(1)c.1) crée des circonstances particulières qui pourraient être distinguées de la jurisprudence unanime antérieure.

V. Conclusion

[69] Pour les motifs énoncés ci-dessus, la demande de contrôle judiciaire de M. Seklani est rejetée. Je n’ai aucune question de portée générale à certifier.

JUGEMENT dans le dossier IMM-5192-19

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée, sans dépens;
2. Aucune question grave de portée générale n’est certifiée.

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. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeal from Federal Court order (2020 FC 532) dismissing appellant's motion for interim mandatory injunction — Motion sought to compel payment of portion of total GST/HST refunds that respondent Minister withheld pending completion of audit of appellant underway pursuant to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 — Cross-appeal by Minister relating to dismissal of motion by respondent to strike appellant's motion for interim relief, underlying judicial review application on basis of mootness — Appellant providing long distance telecommunications services — Canada Revenue Agency auditing appellant's GST/HST returns — CRA of opinion that, although audit still in progress, appellant's business operations suggesting participation in carousel scheme whereby business collecting net tax refunds but GST/HST never remitted at other end of chain — Appellant seeking *mandamus* to compel assessment, release of GST/HST refunds — Later filing motion seeking interim relief — Minister stating appellant's motion, underlying application purely academic as amounts owing under Act exceeding amounts of refunds claimed by appellant — Motions Judge rejecting Minister's mootness argument — Turning to merits of motion, motions Judge not satisfied appellant having made out strong *prima facie* case in light of language of Act, s. 229(1), holding appellant's motion premature — Whether Federal Court erring in dismissing Minister's mootness motion, appellant's motion for interim relief — Based on evidence, including fresh evidence, live controversy remaining between parties regarding amounts owed to appellant — Interests of parties, judicial economy served in hearing this appeal on merits — Motions Judge nor erring in dismissing appellant's motion — S. 229(1) clear, unambiguous — Issue whether scope of Minister's duty in s. 229(1) including requirement that Minister pay refund before any assessment completed — S. 229(3) (providing that interest payable on net refund) part of contextual interpretation, indicating Parliament contemplated not all refunds paid immediately — Obligation to pay refund with all due dispatch not displacing Minister's obligation to verify that refund in fact payable under Act — This conclusion dispositive of question whether appellant having clear right to an order compelling payment of refunds — However, while Act, s. 296(1) confirming that Minister can assess a claim for a net tax refund, this not displacing requirement that any refund found to be owing be paid without delay — Still, appellant overlooking word "payable" in s. 229(1) — Only refunds that are "payable" under Act required to be paid — This in turn meaning that obligation to pay refunds necessarily conditioned by Minister's obligation under Act, s. 275 to confirm that they are in fact owing — Words "all due dispatch" constituting fact, context dependent determination taking into account complexity of audit, amounts involved, diligence of CRA in its execution, degree of cooperation of taxpayer — Having to be considered in light of fact that GST/HST scheme operating on net tax refund basis — Here, appellant going from being net tax remitter to being large tax refund recipient — Mandatory "pay now and ask questions later" interpretation urged by appellant not consistent with sound administration of public revenues or with purpose, object of Act — Appellant having no right, at this time, to compel performance of Minister's duty under s. 229(1) — Issuance of notices of assessment not depriving Federal Court of jurisdiction to consider the Minister's exercise of discretion under Act — Appeal, cross-appeal dismissed.

IRIS TECHNOLOGIES INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (A-106-20, 2020 FCA 117, Rennie J.A., reasons for judgment dated July 8, 2020, 21 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial review of respondent's decision refusing to accept applicant's abbreviated new drug submission (ANDS) for drug containing two medicinal ingredients, tenofovir alafenamide hemifumarate (TAF), emtricitabine — Respondent concluding that applicant's ANDS prohibited by data protection provisions of Food and Drug Regulations, CRC, c. 870 — Under those provisions, manufacturer may not file ANDS for new drug “on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug” for defined period — TAF, emtricitabine antiretroviral agents used in treatment of HIV/AIDS — Both agents found in two products marketed by respondent Gilead Sciences Canada Inc: DESCOVY, GENVOYA — Respondent considering GENVOYA “innovative drug” under data protection provisions because TAF had not been previously approved in drug when GENVOYA approved — DESCOVY, approved subsequently, not innovative drug — Applicant's ANDS comparing its drug to DESCOVY; therefore, arguing not making comparison to innovative drug, that data protection provisions not preventing it from filing its ANDS — Respondent's reasons for refusing applicant's ANDS under data protection provisions considering intent of ANDS, which was to implement certain trade agreements — Respondent finding agreements requiring protection of TAF during data protection term, such that DESCOVY “protected” under GENVOYA period of data protection because also containing TAF — Also noting that Gilead's submission for DESCOVY relying on comparative bioavailability studies for DESCOVY compared to GENVOYA — Respondent finding such reliance further supporting position that DESCOVY protected under same data protection term as GENVOYA — Whether respondent's conclusion that applicant's submission could not be accepted for filing until expiry of data protection term for GENVOYA reasonable — At issue was application of *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1 [10] — Applicant filing ANDS seeking notice of compliance for its NAT-EMTRICITABINE-TENOFOVIR tablets, which product to be generic version of DESCOVY — Applicant's ANDS identifying DESCOVY as Canadian reference product (CRP), as defined in Regulations, s. C.08.001.1, seeking approval in accordance with s. C.08.002.1 — Respondent stating that consistent with intent of Regulations, s. C.08.004.1 to protect new chemical entities, drugs containing TAF, such as DESCOVY, benefitting from same period of data protection — Conclusion that data protection provisions barring applicant's ANDS based on (i) its assessment of intent of Regulations, obligations set out in NAFTA, TRIPS (ii) its assessment that fact DESCOVY approval relied on data for GENVOYA further supporting position — Respondent finding that data protection provisions triggered by applicant's comparison to DESCOVY — Applicant arguing that respondent broadening definition of “innovative drug” to include other drugs with same medicinal ingredient — While mechanism used in data protection provisions that of “market exclusivity”, based on existence of “innovative drug,” generic version of innovative drug not only product that can trigger market exclusivity protection as applicant arguing — Test under Regulations is not reliance on innovator's data but rather whether comparison made, direct or indirect, between generic manufacturer's new drug, innovative drug — Respondent not addressing triggering question in analysis before reaching conclusion — Only trigger for “no-file” prohibition is direct or indirect comparison to innovative drug — To conclude that product line extension or other drug containing same new medicinal ingredient “necessarily” invokes data protection, regardless of whether it entails such comparison, divorcing analysis from regulatory scheme as promulgated — Respondent addressing reliance on data for GENVOYA in approval of DESCOVY — Despite respondent's mischaracterization of obligations in trade agreements or intent of Regulations, s. C.08.004.1 as being to “protect new chemical entity”, while trade agreements providing for obligation to protect *data* filed to obtain approval of drug containing new chemical entity rather than for protection of new chemical entity itself, language used not rendering respondent's decision unreasonable — Respondent elsewhere in decision appropriately referring to obligations under treaties as being to protect undisclosed test or other data of pharmaceutical product that utilizes new chemical entity — On overall review of decision, respondent not misunderstanding nature of treaty obligations or intent of regulations — While respondent's statement that comparison to DESCOVY constituting indirect comparison to GENVOYA not clear, passage at issue can be read as respondent making determination that applicant's ANDS indirectly comparing its drug to GENVOYA — Respondent finding on facts of case that new drug submission for DESCOVY made comparison to new drug submission for GENVOYA; that applicant's submission comparing its drug to DESCOVY thereby making “direct or indirect comparison” to GENVOYA, innovative drug — Such conclusion reasonable in light of record, history, context of proceeding, relevant factual, legal constraints on decision — While respondent's reasoning not containing all arguments, statutory provisions, or other details reviewing judge would have preferred, not standard on which Court having to assess decision nor basis for setting decision aside — With respect to term “direct or indirect comparison” to innovative drug, presumption of consistent expression rebutted in this case — Phrase “direct or indirect comparison” in Regulations, s. C.08.004.1 must be read differently than phrase “directly or indirectly compares” in *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations) — However, while data protection provisions, PM(NOC) Regulations arising in similar contexts, each having different purposes, different regulatory language, different regulatory, case law contexts — Structure of PM(NOC) Regulations supporting interpretation that direct or indirect comparison in question referring only to “other drug” while context of Regulations, s. C.08.004.1 suggesting very use of “direct or indirect comparison” designed to deal with any comparison to “innovative drug” — Even though similar language appearing in data protection provisions, PM(NOC) Regulations, different meaning must be given to each to reflect their respective regulatory contexts — Respondent's interpretation of Regulations, s. C.08.004.01(3) reasonable — Considering both contextual issues raised

FOOD AND DRUGS—Concluded

by respondent, additional arguments raised by applicant, clear that interplay of text, context and purpose leaving room for single reasonable interpretation: “direct or indirect comparison” to innovative drug that forms trigger for data protection provisions may include manufacturer’s comparison to drug product that in turn was compared to innovator product for approval — Given respondent’s finding that applicant compared its product to DESCOVY, that approval of DESCOVY based on comparison to GENVOYA, very data supporting its innovative drug status, outcome that applicant’s ANDS could not be accepted for filing inevitable — Application dismissed

NATCO PHARMA (CANADA) INC. v. CANADA (HEALTH) (T-1353-19, 2020 FC 788, McHaffie J., reasons for judgment dated July 24, 2020, 50 pp.)

PATENTS

Appeal from Commissioner of Patents’ decision refusing appellant’s patent application no. 2635393 ('393 application) — Appellant founder of investment management firm — Claiming invention of computer implementation of new method for selecting, weighing investment portfolio assets that minimizes risk without impacting returns — Patent examiner rejecting '393 application on ground that subject matter of claims laying outside definition of “invention” provided in *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (Act), s. 2 — Panel of Board members agreeing with examiner’s findings — Commissioner concurring with Panel’s recommendation that claims on file not complying with Act, s. 2 as they did not disclose “invention” — Panel construing patent claims to determine essential elements using problem-solution approach set out in Canadian Intellectual Property Office’s (CIPO) *Manual of Patent Office Practice* (June 2015) (MOPOP) — In this approach, set out in 2015 MOPOP, s. 13.05.02c (now s. 12.02.02e), essential elements of claim are those necessary to achieve disclosed solution to identified problem — Panel finding that essential elements of appellant’s claims “directed to a scheme or rules involving mere calculations” for weighing securities — Finding no discernible physical effect to satisfy definition of “invention” — Appellant submitting, *inter alia*, that Commissioner erred in applying problem-solution approach when determining essential elements of claimed invention — Appellant also submitting that established test for determining essential elements set out by Supreme Court in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 SCR 1024 (*Free World Trust*) — Whether Commissioner applying wrong test when construing claims — Commissioner erring in determining essential elements of claimed invention by using problem-solution approach — Evident on reading of MOPOP that Commissioner, notwithstanding stating that patent claims are to be construed in purposive manner, not intending or directing patent examiners to follow teachings of *Free World Trust*, *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 SCR 1067 (*Whirlpool*) — MOPOP distinguishing purposive construction in *Whirlpool*, *Free World Trust* from that to be used by patent examiners — Commissioner relying on *Genencor International Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2008 FC 608, [2009] 1 F.C.R. 361 (*Genencor*) for its holding that *Whirlpool* test not applicable to patent examiners — *Genencor* not binding on Court, no longer good law — Decided prior to *Canada (Attorney General) v Amazon.com, Inc.*, 2011 FCA 328, [2012] 2 F.C.R. 459 (*Amazon*) — Federal Court of Appeal therein finding that Commissioner required to employ purposive construction test set out in *Whirlpool*, *Free World Trust* — This, in part, because job of Commissioner, like judge at trial, is to determine validity — Using problem-solution approach to claims construction akin to using “substance of the invention” approach discredited by Supreme Court in *Free World Trust* — Problem-solution approach to claims construction failing to respond to issue of inventor’s intention — Decision set aside — Appeal allowed.

CHOUEIFATY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1404-19, 2020 FC 837, Zinn J., reasons for judgment dated August 21, 2020, 17 pp.)

PRACTICE**REFERENCES**

Attorney General of Canada contacting Court in September 2020 stating its position concerning meaning, application of Time Limits and Other Periods Act (COVID-19), S.C. 2020, c. 11 (Act), s. 6 — Attorney General’s position requiring immediate response since that position contradicting premise on which Court has been managing ongoing matters since beginning of pandemic; creating uncertainty — Act, s. 6 providing, *inter alia*, that specified time limits, if established by or under Act of Parliament, suspended for period starting March 13, 2020, ending September 13, 2020 or any earlier day set — Attorney General’s position is that Act, s. 6 suspending retroactively all “time limits...established by or under an Act of Parliament” during March 13-September 13 period; that “orders and directives issued” by courts, including Court herein, concerning time limits or setting deadlines for procedural steps ousted by s. 6 — Logic behind Attorney General’s position would make it applicable

PRACTICE—Concluded

to Court's Practice Direction¹ that allowed certain proceedings to progress towards hearing on merits — According to Attorney General's position, Practice Direction, later Practice Direction dated September 1, 2020, concerning time limits, decisions made thereunder them in specific cases no longer valid, with retroactive effect — Necessary for Court to provide clarity under Federal Courts Rules, SOR 98/106 (Rules), r. 54 to applicable time limits in pending proceedings before it — Court having power to provide directions under rule 54 in response to party's unilaterally asserted position; also having jurisdiction to do so under its plenary power to regulate, address any threat to its practices, proceedings — Issuance of direction under rule 54, pursuant to Court's plenary power required in present case — Uncertainty, confusion created by Attorney General's position affecting core administration of matters coming before Court, many of its decisions — No doubt Act, s. 6 effectively amending statutory time periods in federal legislation for starting proceedings in Court — Act, s. 6 also covering other provisions in any Act of Parliament that speak to time limits respecting steps to be taken or things to be done within proceedings — Such statutory provisions rare — Purpose, context of s. 6 examined to determine its authentic meaning — Parliament's purpose not to interfere with Rules passed under explicit, special, separate procedure in *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 46; purpose not to invalidate, alter time limits set in all judgments, orders, directions, Practice Directions, Registry actions — Otherwise, confusion, potential harm (surely not desired by Parliament) would result — Were it otherwise, s. 6 would have to contain clearest of legislative language but not containing such language — Rules not made "under an Act of Parliament" in usual way in which term understood — Rules made by statutory committee (*Federal Courts Act*, s. 45.1(1)) made up of majority of judges in consultation with major stakeholders, including Attorney General of Canada — Proper course for changing Rules is through Rules Committee — Construing s. 6 as allowing Parliament to unilaterally interfere with management, governance of ongoing proceedings would invade core judicial function — Where possible, possible here, s. 6 should be given meaning that is respectful of judicial independence, obeys constitutional imperatives — Moreover, Court orders or directions, when made, are law until set aside — Such rule absolute: orders, directions have full legal effect unless specifically amended, ousted or invalidated by later specific court order or direction or by specific legislation (assuming such legislation is constitutional) — Section 6 not providing for specific ouster, amendment or invalidation of court orders or orders in council that have already been made — Thus, time limits under all Court orders, directions still standing; have not been ousted by s. 6 — As well, Rules that set time limits still standing, have not been ousted by s. 6 — Section 6 not affecting Practice Directions made by Court or actions taken by Registry under those Practice Directions — Court thus issuing Direction that Attorney General's position concerning interpretation, effect of s. 6, in so far as extending to time limits under Rules, orders made thereunder, is incorrect in law, should not be followed — Rules, Court's Practice Directions, judgments, orders, directions remaining in full force, effect.

REFERENCE RE SECTION 6 OF THE TIME LIMITS AND OTHER PERIODS ACT (COVID 19) (A-212-20, 2020 FCA 137, Noël C.J., reasons for direction dated September 3, 2020, 8 pp.)

¹ Notice to the Parties and the Profession: *Gradual Phase-out of Suspension Period: COVID-19* (June 11, 2020)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.*

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire de la décision de la défenderesse de refuser d'accepter la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) de la demanderesse à l'égard d'une drogue qui contient deux ingrédients médicinaux : l'hémifumarate de ténofovir alafénamide (l'HTA) et l'emtricitabine — La défenderesse a conclu que le dépôt de la PADN de la demanderesse était interdit par les dispositions relatives à la protection des données prévues dans le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 — Aux termes de ces dispositions, un fabricant ne peut pas déposer une PADN pour une drogue nouvelle « sur la base d'une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante » pour une période définie — L'HTA et l'emtricitabine sont des agents antirétroviraux utilisés dans le traitement du VIH/sida — Ils se trouvent tous les deux dans deux produits commercialisés par Gilead Sciences Canada Inc. : DESCOVY et GENVOYA — La défenderesse a considéré que GENVOYA est une « drogue innovante » aux termes des dispositions relatives à la protection des données, parce que l'utilisation de l'HTA dans une drogue n'avait pas déjà été approuvée lors de l'approbation de GENVOYA — DESCOVY, qui a par la suite été approuvée, n'est pas une drogue innovante — La PADN de la demanderesse comparait sa drogue à DESCOVY; elle a donc fait valoir qu'elle n'a fait aucune comparaison avec une drogue innovante et que les dispositions relatives à la protection des données ne l'empêchaient pas de déposer sa PADN — Les motifs invoqués par la défenderesse pour refuser la PADN de la demanderesse aux termes des dispositions relatives à la protection des données tenaient compte de l'objet de ces dispositions, qui était de mettre en œuvre certains accords commerciaux — La défenderesse a conclu que ces accords exigeaient la protection de l'HTA pendant la période de protection des données, de sorte que DESCOVY était [TRADUCTION] « protégée » pendant la période de protection des données de GENVOYA, car elle contenait également de l'HTA — Elle a également fait remarquer que la présentation de Gilead pour DESCOVY s'appuyait sur des études comparatives sur la biodisponibilité de DESCOVY, en comparaison de GENVOYA — La défenderesse a conclu que cet appui était davantage la position selon laquelle DESCOVY était protégée pendant la même période de protection des données que GENVOYA — Il s'agissait de savoir si la conclusion de la défenderesse, selon laquelle le dépôt de la présentation de la demanderesse ne pouvait pas être accepté avant l'expiration de la période de protection des données pour GENVOYA, était raisonnable — La demande mettait en jeu l'art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* — La demanderesse a déposé une PADN en vue d'obtenir un avis de conformité pour ses comprimés NAT-EMTRICITABINE-TENOFOVIR, un produit qui serait une version générique de DESCOVY — La PADN de la demanderesse identifiait DESCOVY comme le produit de référence canadien (le PRC), tel que défini à l'art. C.08.001.1 du *Règlement*, et demandait une approbation conformément à l'art. C.08.002.1 — La défenderesse a déclaré que conformément à l'objet de l'art. C.08.004.1 du *Règlement* de protéger les nouvelles entités chimiques, les drogues contenant de l'HTA, comme DESCOVY, font l'objet de la même période de protection des données — La conclusion selon laquelle les dispositions relatives à la protection des données interdisaient la PADN de la demanderesse était fondée sur (i) son appréciation de l'objet du *Règlement* et des obligations découlant de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC, et (ii) son appréciation du fait que l'approbation de DESCOVY fondée sur les données de GENVOYA appuyait davantage la position — La défenderesse a conclu que les dispositions relatives à la protection des données étaient déclenchées du fait de la comparaison faite par la demanderesse avec DESCOVY — La demanderesse a fait valoir que la défenderesse a élargi la définition de « drogue innovante » pour inclure d'autres drogues contenant le même ingrédient médicamenteux — Bien que le mécanisme prévu par les dispositions relatives à la protection des données soit celui de l'« exclusivité de marché » et qu'il soit fondé sur l'existence d'une « drogue innovante », l'on ne peut dire comme l'a fait la demanderesse que le seul produit qui peut déclencher la protection de l'exclusivité de marché est une version générique de la drogue innovante — Le critère prévu par le *Règlement* est le point de

ALIMENTS ET DROGUES—Fin

savoir, non pas si le ministre ou le génériqueur s'appuie sur les données de l'innovateur, mais s'il y a eu comparaison, directe ou indirecte, entre la drogue nouvelle du génériqueur et une drogue innovante — La défenderesse n'a pas examiné la question sur le déclencheur dans son analyse avant d'en arriver à une conclusion — Le seul déclencheur de l'« interdiction de dépôt » est une comparaison directe ou indirecte avec la drogue innovante — Pour conclure qu'une extension de la gamme de produits ou une autre drogue contenant le même ingrédient médicinal nouveau fait « nécessairement » appel à la protection des données, peu importe si cela implique une telle comparaison, l'analyse diffère du régime réglementaire tel qu'il a été promulgué — La défenderesse a examiné le fait que DESCOVY a été approuvé sur la base de données qui sous-tendaient l'approbation de GENVOYA — Bien qu'il ait été erroné de la part de la défenderesse de décrire les obligations découlant des accords commerciaux ou l'objet de l'art. C.08.004.1 du Règlement comme consistant à « protéger l'élément chimique nouveau », tandis que les accords commerciaux prévoient l'obligation de protéger les *données* produites en vue d'obtenir l'approbation d'une drogue qui contient un élément chimique nouveau, plutôt que l'obligation de protéger l'élément chimique nouveau lui-même, l'emploi de cette terminologie n'a pas rendu la décision de la défenderesse déraisonnable — Ailleurs dans sa décision, la défenderesse a mentionné de manière appropriée les obligations découlant des traités comme consistant à protéger les données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées concernant un produit pharmaceutique qui utilise un élément chimique nouveau — Après un examen global de la décision, la défenderesse n'a pas mal compris la nature des obligations découlant des traités ou l'objet du Règlement — Si la déclaration de la défenderesse selon laquelle une comparaison avec DESCOVY constitue une comparaison indirecte avec GENVOYA n'est pas claire, l'extrait en cause peut être interprété comme signifiant que la défenderesse a conclu que la PADN de la demanderesse comparait indirectement sa drogue à GENVOYA — La défenderesse a conclu, au regard des faits de l'affaire, que la présentation de drogue nouvelle pour DESCOVY faisait une comparaison avec la présentation de drogue nouvelle pour GENVOYA, et que la présentation de la demanderesse qui faisait la comparaison entre sa drogue et DESCOVY comprenait donc une « comparaison directe ou indirecte » avec GENVOYA, une drogue innovante — Cette conclusion était raisonnable, compte tenu du dossier, de l'historique et du contexte de l'instance, ainsi que des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui avaient une incidence sur la décision — Bien que le raisonnement de la défenderesse n'ait pas fait référence à tous les arguments, dispositions législatives ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, ce n'était pas la norme selon laquelle la Cour devait apprécier la décision, et cela ne constituait pas non plus un motif suffisant pour annuler la décision — En ce qui concerne l'expression « comparaison directe ou indirecte » avec une drogue innovante, la présomption d'uniformité des expressions a été réfutée en l'espèce — L'expression « comparaison directe ou indirecte » figurant à l'art. C.08.004.1 du Règlement doit être interprétée différemment de l'expression « directement ou indirectement, compare » figurant dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (RMB(AC)) — Toutefois, bien que les dispositions relatives à la protection des données et le RMB(AC) aient des contextes similaires, ils ont des objets différents, des libellés différents ainsi que des contextes réglementaires et jurisprudentiels différents — La structure du RMB(AC) appuie l'interprétation selon laquelle la comparaison directe ou indirecte en question ne fait référence qu'à l'« autre drogue », alors que le contexte de l'art. C.08.004.1 du Règlement donne à penser que l'emploi en soi de l'expression « comparaison directe ou indirecte » vise à inclure toute comparaison avec la « drogue innovante » — Bien que les dispositions relatives à la protection des données et le RMB(AC) aient un libellé similaire, un sens différent doit leur être donné pour refléter leurs contextes réglementaires respectifs — L'interprétation de l'art. C.08.004.01(3) du Règlement par la défenderesse était raisonnable — Après avoir examiné les questions contextuelles soulevées par la défenderesse et les arguments supplémentaires soulevés par la demanderesse, il est apparu évident que l'interaction du texte, du contexte et de l'objet ouvraient la porte à une seule interprétation raisonnable du Règlement : la « comparaison directe ou indirecte » avec une drogue innovante qui constitue le déclencheur de l'application des dispositions relatives à la protection des données peut comprendre une comparaison entre le produit d'un fabricant et un produit pharmaceutique qui, à son tour, a été comparé au produit innovant aux fins d'approbation — Étant donné que la défenderesse a conclu que la demanderesse comparait son produit à DESCOVY, et que l'approbation de DESCOVY était fondée sur une comparaison avec GENVOYA et les données mêmes présentées à l'appui de son statut de drogue innovante, le résultat voulant que le dépôt de la PADN de la demanderesse ne puisse pas être autorisé était inévitable — Demande rejetée.

NATCO PHARMA (CANADA) INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-1353-19, 2020 CF 788, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 24 juillet 2020, 50 p.)

BREVETS

Appel à l'encontre de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a rejeté la demande de brevet de l'appelant portant le n° 2635393 (la demande '393) — L'appelant est fondateur d'une société de gestion de placements — Il a revendiqué une invention consistant à mettre en œuvre par ordinateur une nouvelle méthode de sélection et d'évaluation d'éléments d'actif d'un portefeuille de placement qui réduit le plus possible les risques sans avoir d'incidence sur les rendements — Une examinatrice

BREVETS—Fin

des brevets a rejeté la demande '393 au motif que l'objet des revendications ne correspondait pas à la définition du mot « invention » prévue à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (Loi) — Un comité formé de membres de la Commission a souscrit aux conclusions de l'examinatrice — Le commissaire a souscrit à la recommandation du Comité selon laquelle les revendications au dossier n'étaient pas conformes à l'art. 2 de la Loi, parce qu'elles ne divulguaient pas une « invention » — Le Comité a interprété les revendications du brevet en vue d'y déterminer les éléments essentiels en recourant à la méthode « problème-solution » décrite dans le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (juin 2015) (le RPBB) de l'Office de la protection intellectuelle du Canada (OPIC) — Selon cette méthode, décrite à la section 13.05.02c du RPBB de 2015 (aujourd'hui la section 12.02.02e), les éléments essentiels d'une revendication sont ceux qui sont nécessaires pour réaliser la solution divulguée à un problème relevé — Le Comité a conclu que les éléments essentiels des revendications de l'appelant « vis[ai]ent un schéma ou un ensemble de règles qui impliqu[ai]ent simplement des calculs » en vue de pondérer des titres — Il n'a relevé aucun effet matériel discernable pouvant correspondre à la définition d'une « invention » — L'appelant a fait valoir que le commissaire a commis une erreur en recourant à la méthode « problème-solution » pour déterminer les éléments essentiels de l'invention revendiquée — L'appelant a soutenu en outre que le critère établi pour déterminer les éléments essentiels a été énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (*Free World Trust*) — Il s'agissait de savoir si le commissaire a appliqué le mauvais critère lorsqu'il a interprété les revendications — Le commissaire a commis une erreur en déterminant les éléments essentiels de l'invention revendiquée au moyen de la méthode « problème-solution » — Il ressort clairement d'une lecture du RPBB que, même s'il a déclaré que les revendications de brevet doivent être interprétées de manière téléologique, le commissaire n'entendait pas ou ne prescrivait pas que les examinateurs de brevet suivent les enseignements des arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*) — Le RPBB fait une distinction entre l'interprétation téléologique dont il est question dans les arrêts *Whirlpool* et *Free World Trust* et celle à laquelle doivent recourir les examinateurs de brevets — Le commissaire s'est fondé sur la décision *Genencor International Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2008 CF 608, [2009] 1 R.C.F. 361 (*Genencor*) à l'appui de sa conclusion selon laquelle le critère énoncé dans l'arrêt *Whirlpool* ne s'applique pas aux examinateurs de brevets — La décision *Genencor* ne lie pas la Cour et elle ne fait plus jurisprudence — Elle a été rendue avant l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Amazon.com, Inc.*, 2011 CAF 328, [2012] 2 R.C.F. 459 (*Amazon*) — Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a conclu que le commissaire était tenu d'appliquer le critère de l'interprétation téléologique énoncé dans les arrêts *Whirlpool* et *Free World Trust* — Cela s'explique, en partie, par le fait que la tâche du commissaire, comme celle d'un juge dans le cadre d'un procès, consiste à en déterminer la validité — Le fait de recourir à l'approche « problème-solution » pour l'interprétation de revendications revient à recourir à la démarche de l'« essentiel de l'invention », laquelle a été discréditée par la Cour suprême dans l'arrêt *Free World Trust* — La méthode « problème-solution » à appliquer pour interpréter les revendications ne répond pas à la question de l'intention de l'inventeur — Décision infirmée — Appel accueilli.

CHOUEIFATY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1404-19, 2020 CF 837, juge Zinn, motifs du jugement en date du 21 août 2020, 17 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale (2020 CF 532) rejetant la demande d'injonction mandatoire provisoire de l'appelante — La requête visait à exiger le paiement d'une partie des remboursements totaux de TPS/TVH que le ministre intimé a retenus en attendant l'achèvement d'une vérification de l'appelante alors en cours aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 — L'appel incident interjeté par le ministre portait sur le rejet de la requête de l'intimé visant à radier la demande de réparation provisoire de l'appelante ainsi que la demande de contrôle judiciaire sous-jacente au motif qu'elles étaient théoriques — L'appelante fournit des services de télécommunications interurbains — L'Agence du revenu du Canada a vérifié les déclarations de TPS/TVH de l'appelante — Selon l'Agence, bien que la vérification fût toujours en cours, les activités commerciales de l'appelante suggéraient sa participation à une « fraude carrousel », un système dans le cadre duquel une entreprise perçoit des remboursements de taxe nette, mais la TPS/TVH n'est jamais versée à l'autre bout de la chaîne — L'appelante a demandé une ordonnance de *mandamus* pour obliger l'Agence à établir une cotisation et à verser des remboursements de TPS/TVH — Elle a ensuite déposé une requête visant à obtenir une réparation provisoire — Le ministre a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire et la demande de réparation provisoire sous-jacente de l'appelante présentaient un caractère théorique étant donné que les montants dus aux termes de la Loi dépassaient les montants des remboursements demandés par l'appelante — La juge des requêtes a rejeté l'argument du ministre portant sur le caractère théorique — Quant au fond de la requête, la juge des requêtes n'a pu conclure que l'appelante avait établi une forte apparence de droit compte tenu du texte de l'art. 229(1)

DOUANES ET ACCISE—Fin

de la Loi, estimant que la requête de l'appelante était prématurée — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête relative au caractère théorique du ministre et la requête de l'appelante visant à obtenir une mesure de réparation provisoire — Vu l'ensemble de la preuve, y compris les nouveaux éléments de preuve, il y avait toujours un litige actuel entre les parties concernant les sommes dues à l'appelante — Il était dans l'intérêt des parties et de l'économie judiciaire d'entendre le présent appel sur le fond — La décision de la juge des requêtes de rejeter la requête de l'appelante ne constituait pas une erreur — Le texte de l'art. 229(1) est clair et sans ambiguïté — La question portait à savoir si le champ d'application de l'obligation du ministre aux termes de l'art. 229(1) s'étend pour inclure l'obligation pour le ministre de payer un remboursement avant qu'une cotisation ne soit établie — L'art. 229(3) (qui dispose que des intérêts doivent être payés sur un remboursement net) fait partie de l'interprétation contextuelle, ce qui indique que le législateur a envisagé la possibilité que certains remboursements ne soient pas payés immédiatement — L'obligation de verser un remboursement avec diligence n'avait pas préséance sur l'obligation du ministre de vérifier que le remboursement est effectivement payable en application de la LTA — Cette conclusion était déterminante pour la question de savoir si l'appelante a un droit clair à une ordonnance de versement des remboursements — Toutefois, si l'art. 296(1) de la Loi confirme que le ministre peut établir une cotisation à l'égard d'une demande de remboursement de taxe nette, il ne remplace pas cependant l'exigence selon laquelle tout remboursement dû doit être payé sans délai — Il reste que l'argument de l'appelante ne tenait pas compte du mot « payable » à l'art. 229(1) — Seuls les remboursements « payables » aux termes de la Loi doivent être versés — Cela signifie que l'obligation de verser des remboursements est nécessairement conditionnelle à l'obligation du ministre, aux termes de l'art. 275 de la Loi, de confirmer qu'ils sont effectivement dus — La « diligence » est un concept axé sur les faits et le contexte qui s'apprécie en fonction de la complexité de la vérification, des sommes en jeu, de la diligence de l'Agence dans son exécution et du degré de coopération du contribuable — Elle doit être interprétée à la lumière du fait que le régime de la TPS/TVH fonctionne selon un régime de remboursement de la taxe nette — En l'espèce, l'appelante est passée du statut d'auteur de versement net à celui de bénéficiaire d'un remboursement de taxe important — L'interprétation préconisée par l'appelante, « payer maintenant et poser des questions plus tard », n'était pas compatible avec une bonne gestion des recettes publiques ou avec le but et l'objet de la LTA — L'appelante n'avait pas le droit, à ce stade, de contraindre le ministre à exercer ses fonctions aux termes de l'art. 229(1) — La délivrance des avis de cotisation ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence pour examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre en application de la LTA — Appel et appel incident rejetés.

IRIS TECHNOLOGIES INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (A-106-20, 2020 CAF 117, juge Rennie, J.C.A., motifs du jugement en date du 8 juillet 2020, 21 p.)

PRATIQUE**RENOIS**

En septembre 2020, le procureur général du Canada a fait part à la Cour de sa position sur la façon d'appliquer l'art. 6 de la *Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19)*, L.C. 2020, ch. 11 (Loi) — Il était nécessaire de donner une réponse immédiate à la position du procureur général, car celle-ci contredisait le fondement sur lequel la Cour s'est appuyée pour gérer ses affaires depuis le début de la pandémie, ce qui causait une incertitude — L'art. 6 de la Loi prescrit notamment que les délais prévus sous le régime d'une loi fédérale sont suspendus pour la période commençant le 13 mars 2020 et se terminant soit le 13 septembre 2020, soit à une date antérieure fixée — La position du procureur général est que l'art. 6 de la Loi a pour effet de suspendre rétroactivement tous « les délais [...] prévus sous le régime d'une loi fédérale » durant la période du 13 mars au 13 septembre et que l'art. 6 se substitue aux « ordonnances et directives émises » par les cours, y compris notre Cour, suspendant ou fixant des délais procéduraux — La logique soutenant la position du procureur général rendrait inapplicable la directive à la pratique de la Cour¹, laquelle permettait à certaines instances de passer à l'étape de l'audience sur le fond — Si l'on se fie à la position adoptée par le procureur général, cette directive à la pratique, une directive à la pratique ultérieure datée du 1^{er} septembre 2020 concernant les délais, ainsi que les décisions prises conformément à ces directives dans des affaires précises ne seraient plus valides, et ce, rétroactivement — Il était nécessaire que la Cour apporte des éclaircissements, en vertu de l'art. 54 des *Règles des Cours fédérales*, DORS 98/106 (Règles), sur les délais applicables dans les instances en cours — La Cour a le pouvoir de donner des directives en vertu de l'art. 54 des Règles pour répondre à des parties qui font valoir unilatéralement leur position; elle peut également agir en vertu du plein pouvoir qu'elle possède de régir ses pratiques et procédures ainsi que de réagir à toute menace à celles-ci — Il était nécessaire en l'espèce d'émettre une directive en vertu de l'art. 54 des Règles

¹ Avis aux parties et à la communauté juridique intitulé *Levée graduelle de la période de suspension – COVID-19* (11 juin 2020)

PRATIQUE—Fin

et du plein pouvoir de la Cour — L'incertitude et la confusion créées par la position adoptée par le procureur général ont un effet direct sur la gestion des affaires dont la Cour est saisie ainsi que sur beaucoup de ses décisions — Il ne fait aucun doute que l'art. 6 modifie effectivement les délais prévus sous le régime de lois fédérales pour l'introduction d'instances devant la Cour — L'art. 6 vise aussi toute autre disposition prévoyant, sous le régime d'une loi fédérale, des délais applicables à la prise de mesures ou à l'accomplissement d'actes dans le cadre d'instances — Ce type de disposition est rare — Il a fallu examiner l'objet et le contexte de l'art. 6 afin d'en déterminer le sens authentique — Le législateur n'avait pas l'intention d'interférer dans les *Règles*, prises conformément à la procédure explicite, spéciale et distincte prévue à l'art. 46 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7; il n'avait pas l'intention d'invalider ou de modifier tous les délais prévus par tous les jugements, ordonnances, directives, directives à la pratique et mesures du greffe — Si ce n'était pas le cas, il en résulterait de la confusion et potentiellement du tort – ce qui n'est sûrement pas l'intention du législateur — Pour mener à de tels résultats, il faudrait que l'art. 6 soit libellé dans le langage législatif le plus clair possible, mais l'art. 6 n'est pas libellé dans un tel langage — Les Règles n'ont pas été prises « sous le régime d'une loi fédérale » au sens dont on l'entend généralement — Les Règles sont établies par un comité constitué par la loi (*Loi sur les Cours fédérales*, art. 45.1(1)) composé en majorité de juges, en consultation avec des intervenants importants, dont le procureur général du Canada — La bonne façon de modifier les Règles est de passer par le comité des Règles — Si on interprétait l'art. 6 comme autorisant le législateur à intervenir unilatéralement dans la gestion et l'administration d'instances en cours, le législateur s'immiscerait dans une des fonctions essentielles du pouvoir judiciaire — Lorsque c'est possible – et c'est possible en l'espèce – l'art. 6 doit se voir attribuer un sens qui est compatible avec l'indépendance judiciaire et qui respecte les impératifs constitutionnels — De plus, les ordonnances et directives de la Cour constituent le droit applicable jusqu'à ce qu'elles soient annulées — Cette règle est absolue : les ordonnances et directives ont plein effet juridique à moins qu'elles ne soient explicitement modifiées, exclues ou invalidées par des ordonnances ou directives explicites subséquentes ou par une loi précise (à supposer qu'une telle loi soit constitutionnelle) — L'art. 6 ne prévoit pas expressément la modification, l'exclusion ou l'invalidation des ordonnances judiciaires déjà prononcées ni des décrets déjà pris — Il s'ensuit que les délais prévus par les ordonnances et les directives de la Cour demeurent valides et que l'art. 6 ne s'y est pas substitué — De même, les dispositions des Règles qui fixent des délais demeurent valides et l'art. 6 ne s'y est pas substitué — L'art. 6 est sans effet sur les directives à la pratique données par la Cour et sur les mesures prises par le greffe conformément à ces directives à la pratique — La Cour a donc donné une directive selon laquelle la position du procureur général au sujet de l'interprétation et de l'effet de l'art. 6, en ce qui concerne les délais fixés par règlement pris ou par ordonnance rendue en vertu de celui-ci, est mal fondée en droit et il ne doit pas en être tenu compte — Les Règles ainsi que les directives à la pratique, jugements, ordonnances et directives de la Cour demeurent tenantes et applicables.

AFFAIRE INTÉRESSANT L'ARTICLE 6 DE LA LOI SUR LES DÉLAIS ET AUTRES PÉRIODES (COVID-19) (A-212-20, 2020 CAF 137, juge en chef Noël, motifs de la directive en date du 3 septembre 2020, 8 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3