



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 3, Part 2**

**2011, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2011] 3 F.C.R., {<sup>155-308</sup><sub>D-5-D-7</sub>

Renvoi [2011] 3 R.C.F., {<sup>155-308</sup><sub>F-7-F-10</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP  
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

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

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

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

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'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'arrêtiŕiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

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

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

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

---

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

---

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	155–308
Digests . . . . .	D-5–D-7

### **Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) (F.C.A.) . . . . . 223**

Copyright—Infringement—Judicial review of Copyright Board of Canada decision holding that copies made by applicants not fairly made in accordance with *Copyright Act*, ss. 29, 29.1, that s. 29.4 exception not applying thereto; therefore copies should be included in tariff calculation—Copyright Board approving tariff, which included as remunerable use photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12—Applicants arguing that copies at issue qualifying as fair dealing, alternatively exempt under Act, s. 29.4—Board applying two-step test established by Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (CCH)* to determine whether applicants' activity qualifying as fair dealing—Board's decision copies not qualifying as fair dealing under Act, *CCH* test reasonable—Board clearly coming to conclusion applicants' dealing unfair since not properly

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	155–308
Fiches analytiques . . . . .	F-7–F-10

### **Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) (C.A.F.) . . . . . 223**

Droit d'auteur—Violation—Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux art. 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* et que l'exception énoncée à l'art. 29.4 ne s'y appliquait pas; les copies devaient donc être comprises dans le calcul du tarif—La Commission du droit d'auteur a homologué un tarif, qui comprenait parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d'extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année—Les demandeurs affirmaient que l'utilisation des copies en cause constituait une utilisation équitable, et, à titre subsidiaire, qu'elles tombaient sous le coup de l'exception prévue à l'art. 29.4 de la Loi—La Commission a appliqué le critère en deux étapes formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

qualifying as “research and private study”—Board’s reasons also comprehensible, transparent—As for Board’s finding regarding Act, s. 29.4 exception, Board failing to address issue that was essential to disposition of matter before it—Board’s reasons thereon could be interpreted in two ways, neither of which sufficient to ground decision—Issue required that words “in a medium appropriate for the purpose” be defined, applied to facts of case but Board only addressing whether works “commercially available”—Words “format”, “medium” in Act, s. 29.4 cannot have same meaning—As such, finding works available in appropriate “format” not finding works available in appropriate “medium”—Even assuming Board meaning “medium” when writing “format”, not discussing what is, is not appropriate nor making factual findings based on evidence before it—Application allowed.

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Saji (F.C.A.)** ..... 293

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal under *Federal Courts Act*, s. 27 from Federal Court order dismissing motion to strike as out of time respondent’s notice of application to appeal Citizenship Judge’s negative decision—Citizenship Judge mailing notice of decision to respondent, but that notice misplaced—As a result, respondent filing notice of application to appeal outside prescribed time limit—Issues whether *Citizenship Act*, s. 14(6) ousting jurisdiction of Court to hear appeal from Federal Court interlocutory judgment; whether motions Judge erring in dismissing motion—S. 14(6) not ousting Court’s jurisdiction herein—Decision of Federal Court disposing of motion not related to ultimate question not precluded from being appealed to Federal Court of Appeal—S. 14(6) also not applying to questions of unconstitutionality, procedural unfairness—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

(CCH) pour déterminer si l’activité des demandeurs répondait à la définition d’utilisation équitable—La conclusion de la Commission suivant laquelle les copies ne répondaient pas à la définition d’utilisation équitable en vertu de la Loi et du critère exposé dans l’arrêt CCH était raisonnable—Il était évident que la Commission avait conclu que l’utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu’elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée »—Les motifs de la Commission étaient par ailleurs compréhensibles et transparents—En ce qui concerne l’exception prévue à l’art. 29.4 de la Loi, la Commission n’a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l’affaire dont elle était saisie—Les motifs de la Commission pouvaient être interprétés de deux manières et ni l’une ni l’autre n’était suffisante pour justifier sa décision—Il fallait répondre à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées » et cette expression devait être appliquée aux faits en l’espèce, mais la Commission a seulement abordé la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché »—Les mots « *medium* » et « *format* » utilisés à l’art. 29.4 de la Loi ne peuvent avoir le même sens—En conséquence, la conclusion portant que les œuvres étaient accessibles en un « format » approprié n’était pas une conclusion selon laquelle les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié—Même en supposant que la Commission voulait dire « *medium* » lorsqu’elle a écrit « *format* », elle n’a pas parlé de ce qui était approprié ou ne l’est pas et elle n’a tiré aucune conclusion de fait sur le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés—Demande accueillie.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Saji (C.A.F.)** ..... 293

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel interjeté en vertu de l’art. 27 de la *Loi sur les Cours fédérales* à l’encontre d’une ordonnance rejetant la requête visant à faire radier, pour cause de retard, l’avis d’appel déposé par l’intimée à l’égard de la décision d’un juge de la citoyenneté de rejeter sa demande de citoyenneté—Un juge de la citoyenneté a posté un avis de la décision à l’intimée, mais l’avis a été égaré—En conséquence, l’intimée n’a pas déposé son avis d’appel dans le délai prescrit—Il s’agissait de savoir si l’art. 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté* écarte la compétence conférée à la Cour d’entendre l’appel d’un jugement interlocutoire de la Cour fédérale et si le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la requête—L’art. 14(6) n’écarte pas la compétence de la Cour en l’espèce—Il n’est pas interdit d’interjeter appel d’une décision de la Cour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Applying only to procedurally fair determination by Federal Court of whether Citizenship Judge erring in deciding citizenship application—Motions Judge erring in dismissing motion to strike—Sixty-day period under Act, s. 14(5)(b) starting at date of mailing—Words “or otherwise given under subsection (3)” applying only where notice given other than by mail—Limitation period mandatory—Appeal allowed.

Federal Court of Appeal Jurisdiction—Federal Court dismissing motion to strike as out of time respondent’s notice of application to appeal Citizenship Judge’s negative decision—Whether *Citizenship Act*, s. 14(6) ousting jurisdiction of Court under *Federal Courts Act*, s. 27(1)(c) to hear appeal from Federal Court interlocutory judgment—S. 14(6) not ousting Court’s jurisdiction herein—Words “pursuant to an appeal under subsection (5)” not broadening scope of s. 14(6) beyond ultimate question appealed to Federal Court—S. 14(6) thus not precluding appeal from Federal Court decision disposing of motion not related to ultimate question—S. 14(6) also not applying to questions of unconstitutionality, procedural unfairness.

### **Canadian National Railway Company v. Canada (Transportation Agency) (F.C.A.) . . . . . 264**

Transportation—Appeal from Canadian Transportation Agency (CTA) decision including in appellant’s revenue cap pursuant to *Canada Transportation Act*, s. 150 earnings from carrying American-grown grain to ports for export to third countries; earnings from lifting grain-carrying containers; sum paid by shipper under penalty clause—CTA applying ordinary meaning of “imported” in Act, s. 147—Concluding that “grain” including grain brought into Canada both for sale or consumption, export—Finding appellant lifting grain containers using own labour, equipment, operating on railway

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fédérale sur une requête qui ne porte pas sur la question ultime devant la Cour d’appel fédérale—De même, l’art. 14(6) ne s’applique pas aux questions relatives au caractère anticonstitutionnel ou au fait que l’audience aurait été inéquitable sur le plan de la procédure—Il ne s’applique qu’aux décisions de la Cour fédérale rendues conformément à l’équité procédurale sur la question de savoir si le juge de la citoyenneté avait commis une erreur en tranchant la demande de citoyenneté—Le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la requête visant à faire radier l’appel—Le délai de 60 jours prévu à l’art. 14(5)(b) de la Loi commence à la date de la mise à la poste—Les mots « ou tout autre moyen » (« or otherwise given under subsection (3) ») s’appliquent seulement dans les cas où la communication est donnée autrement que par courrier—Le délai est de rigueur—Appel accueilli.

Compétence de la Cour d’appel fédérale—La Cour fédérale a rejeté la requête visant à faire radier, pour cause de retard, l’avis d’appel déposé par l’intimée à l’égard de la décision défavorable d’un juge de la citoyenneté de rejeter sa demande de citoyenneté—Il s’agissait de savoir si l’art. 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté* écarte la compétence conférée à la Cour par l’art. 27(1)(c) de la *Loi sur les Cours fédérales* d’entendre l’appel d’un jugement interlocutoire de la Cour fédérale—L’art. 14(6) n’écarte pas la compétence de la Cour en l’espèce—Les mots « rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) » n’élargissent pas la portée de l’art. 14(6) au-delà de la question ultime qui fait l’objet de l’appel à la Cour fédérale—L’art. 14(6) ne fait pas donc obstacle à un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale sur une requête visant à faire radier un appel qui ne porte pas sur la question ultime—De même, l’art. 14(6) ne s’applique pas aux questions relatives au caractère anticonstitutionnel ou au fait que l’audience aurait été inéquitable sur le plan de la procédure.

### **Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports) (C.A.F.) . . . . . 264**

Transports—Appel à l’encontre de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada (l’Office) a inclus, dans le calcul du plafond de revenu de l’appelante en vertu de l’art. 150 de la *Loi sur les transports au Canada*, les recettes tirées du transport de grain cultivé aux États-Unis vers des ports en vue de son exportation vers des pays tiers; les recettes tirées du chargement de conteneurs utilisés pour transporter le grain; et la somme payée par un expéditeur aux termes d’une clause pénale—L’Office a appliqué le sens ordinaire du mot « importé » à l’art. 147 de la Loi—Il a conclu que le mot

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

company land—Finding appellant not suffering detriment following shipper’s failure to deliver grain—Whether CTA (1) unreasonably interpreting phrase “imported into Canada”; (2) unreasonably deciding that lifting of grain containers carriage of grain over railway line; (3) erring in finding that payment under penalty clause not reasonably characterized as performance penalty—Issue 1: “imported” having to be interpreted in context of international trade law—Parliament amending definition of “grain” in response to World Trade Organization decision to include foreign-grown grain “imported into Canada” under Act, s. 147(b)—Amendments including American grain entering Canada en route to west coast port for export to third country—CTA’s interpretation thus reasonable—Issue 2: CTA not erring when framing issue in terms of integration of appellant’s lifting service to carriage of grain over railway line—Lifting of grain-carrying containers not “pre-rail activity”—Lifting equipment essential in enabling grain to be carried by rail—Issue 3: CTA erring in not characterizing shipper’s payment as performance penalty—Appellant may seek efficiencies by resorting to combination of incentives, penalties—Appeal allowed in part.

### Jaballah (Re) (F.C.) . . . . . 155

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Motion pursuant to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(2) for order excluding, in context of security certificate proceeding naming Jaballah, all evidence given by him in previous security certificate proceedings—Alternatively seeking order precluding ministers from using Jaballah’s evidence given before Immigration and Refugee Board (IRB) or in previous security certificate proceedings in accordance with Charter, s. 13—Issues whether Jaballah entitled to remedy under Charter, ss. 13, 24(2); whether present proceeding proper case for application of *Immigration and Refugee Protection*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

« grain » englobait le grain introduit au Canada en vue de sa vente ou de sa consommation ou en vue de son exportation—L’Office a conclu que le levage des conteneurs se fait par l’appelante au moyen de sa main-d’œuvre et de son équipement sur son terrain—Il a déclaré que l’appelante n’avait pas subi de préjudice à la suite du défaut de l’expéditeur de livrer du grain—Il s’agissait de savoir si l’Office avait : 1) interprété de façon déraisonnable l’expression « importé au Canada »; 2) conclu de façon déraisonnable que le levage de conteneurs de grain constituait du transport de grain sur une ligne de chemin de fer; 3) commis une erreur en concluant que la somme versée aux termes d’une clause pénale ne pouvait raisonnablement être qualifiée d’amende pour non-exécution—Première question : le mot « importé » devait être interprété dans le contexte du droit du commerce international—À la suite d’une décision de l’Organisation mondiale du commerce, le législateur a modifié la définition du « grain » en y ajoutant le grain « importé au Canada » après avoir été cultivé à l’étranger en vertu de l’art. 147b) de la Loi—Les modifications avaient pour objet d’inclure le grain américain introduit au Canada en route vers un port de la côte ouest en vue de son exportation vers un pays tiers—L’interprétation de l’Office était donc raisonnable—Deuxième question : l’Office n’a pas commis d’erreur en formulant la question en intégrant les services de levage de l’appelante au transport du grain sur une ligne de chemin de fer—Le levage de conteneurs utilisés pour transporter le grain ne constitue pas une « activité en amont »—L’équipement de levage est essentiel pour permettre le transport ferroviaire du grain—Troisième question : l’Office a commis une erreur en décidant que la somme versée par l’expéditeur ne pouvait être qualifiée d’amende pour non-exécution—L’appelante peut choisir de réclamer des avantages en recourant à une combinaison de mesures incitatives et d’amendes—Appel accueilli en partie.

### Jaballah (Re) (C.F.) . . . . . 155

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Requête sollicitant une ordonnance écartant, en vertu de l’art. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures antérieures de certificat de sécurité—Subsidiairement, la requête sollicitait une ordonnance interdisant aux ministres d’utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (CISR) ou dans les procédures antérieures de certificat de sécurité conformément à l’art. 13 de la Charte—Il s’agissait de savoir si M. Jaballah avait droit à réparation aux termes des art. 13 et 24(2) de la Charte et si

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Act*, s. 83(1)(h)—Previous security certificates issued against Jaballah on basis Jaballah inadmissible to Canada on national security grounds—Present motion filed in context of another security certificate naming Jaballah—Jaballah’s testimony in previous security proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness—As to Charter, s. 13, Jaballah failing to establish applicability thereof to present proceeding—As to *Act*, s. 83(1)(h), use of broad, permissive words, phrases conferring broad discretion upon designated judge to control information, evidence received—Where receipt of evidence would violate principles of fundamental justice, not appropriate to receive such evidence—Language of *Act* not providing any mechanism to compel named person’s testimony or to sanction any failure to testify—Allowing ministers to use Jaballah’s prior testimony as part of case in chief would violate principles of fundamental justice since would allow ministers to indirectly compel Jaballah to testify—Therefore, would not be appropriate to receive such material into evidence—However, if Jaballah choosing to testify in present proceeding, possible for ministers to cross-examine him on any prior statement made in previous security certificate proceedings—Jaballah’s evidence given before IRB qualitatively different from testimony in previous certificate proceedings—Because principles of fundamental justice would not be violated, appropriate for Federal Court to receive Jaballah’s prior evidence before IRB—Motion allowed in part.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Jaballah seeking to exclude, pursuant to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(2), all evidence given by him in previous security certificate proceedings—Jaballah’s testimony in previous proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness—Prior testimony therein voluntary—Difficult to establish causal connection between Charter, s. 7 violation as alleged by Jaballah, prior testimony in previous security proceedings—Right to know case not absolute—Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 24(2) to facts in present case.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’affaire se prêtait à l’application de l’art. 83(1)*h* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Les certificats de sécurité antérieurs avaient été délivrés contre M. Jaballah au motif qu’il était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale—La requête en l’espèce a été présentée dans le cadre d’un autre certificat de sécurité désignant M. Jaballah—Les témoignages qu’a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures de certificat de sécurité ne satisfaisaient pas aux exigences de l’art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable—S’agissant de l’art. 13 de la Charte, M. Jaballah n’est pas parvenu à établir que l’art. 13 de la Charte s’appliquait à la présente instance—Pour ce qui est de l’art. 83(1)*h* de la Loi, l’emploi de mots larges et permissifs confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler les informations et les éléments de preuve reçus—Si la réception d’un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale, il ne serait pas indiqué de les recevoir—Le libellé de la Loi ne comporte aucun mécanisme permettant d’obliger la personne désignée à témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner—Le fait d’autoriser les ministres à utiliser les témoignages antérieurs de M. Jaballah dans le cadre de leur preuve principale leur permettrait de contraindre indirectement M. Jaballah à témoigner—Il s’ensuit donc qu’il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve—Cependant, si M. Jaballah décidait de témoigner dans la présente instance, les ministres pourraient le contreinterroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures antérieures de certificat de sécurité—La preuve de M. Jaballah devant la CISR était, d’un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu’il a faits lors des procédures antérieures de certificat de sécurité—Parce qu’il n’y aurait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, il serait indiqué que la Cour fédérale reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR—Requête accueillie en partie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—M. Jaballah tentait de faire exclure, en vertu de l’art. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages qu’il a faits au cours de procédures antérieures de certificat de sécurité—Les témoignages qu’a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures ne satisfaisaient pas aux exigences de l’art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable—Ses témoignages antérieurs étaient volontaires—Il était difficile d’établir un lien de causalité entre la violation de l’art. 7 qu’affirme M. Jaballah et ses témoignages antérieurs dans le cadre des procédures

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Criminal Process—Motion for order precluding ministers from using Jaballah’s evidence given before Immigration and Refugee Board or in proceedings relating to previous security certificates issued against him in accordance with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 13—Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 13 to present proceeding—While Charter, s. 7 may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by s. 13, s. 7 not amending or altering protection provided by s. 13.

### **Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) ..... 198**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Judicial review of enforcement officer’s decision refusing applicant’s request for deferral of his removal from Canada pending application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds (H&C application)—Applicant entering Canada illegally, having three children from two marriages in Canada—Convicted of criminal offences in Canada, inadmissibility report issued against him pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1)—Enforcement officer’s conclusion regarding applicant’s outstanding H&C application reasonable—When officer’s decision read as whole, open to officer not to exercise discretion to grant deferral of removal on basis of outstanding H&C application—Officer’s conclusion regarding medical condition of applicant’s wife not unreasonable given little explanation applicant providing thereto—Officer’s reliance on dated information in Department’s file regarding applicant troubling—Where known that material changes existing since earlier information provided, such as in present case, unfair, unreasonable to rely on earlier information without first checking with applicant whether information remaining valid—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

antérieures de certificat de sécurité—Le droit de connaître la preuve produite contre soi n’est pas absolu—M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que l’art. 24(2) de la Charte s’appliquait aux faits de l’espèce.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Procédures criminelles et pénales—Requête en vue d’obtenir une ordonnance interdisant aux ministres d’utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l’immigration et du statut de réfugié ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui conformément à l’art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que l’art. 13 de la Charte s’appliquait à la présente instance—Bien que l’art. 7 de la Charte puisse contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l’art. 13 de la Charte, cela ne modifie pas la protection qu’accorde l’art. 13.

### **Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) ..... 198**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d’exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu’à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires (demande CH) présentée depuis le Canada—Le demandeur était entré illégalement au Canada et avait trois enfants issus de deux mariages au Canada—Il a été déclaré coupable d’accusations au criminel au Canada et un rapport d’interdiction de territoire a été établi contre lui en application de l’art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La conclusion de l’agent d’exécution relative à la demande CH pendante du demandeur était raisonnable—Lorsque l’on considère la décision de l’agent dans son ensemble, il était loisible à l’agent de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi sur le fondement de la demande CH pendante—La conclusion de l’agent relative à l’état de santé de la femme du demandeur n’était pas déraisonnable compte tenu du peu de détails que le demandeur a donnés à cet égard—Le fait que l’agent a invoqué des renseignements périmés du dossier du ministère concernant le demandeur posait problème—Lorsqu’on sait que d’importants changements sont survenus depuis la fourniture des renseignements antérieurs, comme en l’espèce, il est injuste et déraisonnable de s’appuyer sur les renseignements antérieurs sans vérifier d’abord avec le demandeur s’ils sont toujours valides—Demande accueillie.

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS** (Concluded)

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Enforcement officer refusing applicant's request for deferral of his removal from Canada pending application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds—Although duty of fairness in deferral request low, contrary to duty of fairness to render decision relying on extrinsic evidence on material point not provided by applicant—While evidence relied on by officer in present case not extrinsic evidence, same analysis applying where evidence relied upon not recently confirmed by applicant, significant events occurring in interim causing reasonable person to ask whether evidence remaining accurate.

## **SOMMAIRE** (Fin)

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Un agent d'exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu'à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires présentée depuis le Canada—Bien que l'obligation d'équité en matière de demande de report de renvoi ne soit pas très rigoureuse, il est contraire à l'équité de fonder des décisions relatives à des points importants sur des éléments de preuve extrinsèque n'émanant pas du demandeur —Bien que la preuve sur laquelle l'agent s'est fondé en l'espèce ne soit pas une preuve extrinsèque, le même raisonnement s'applique lorsque les éléments de preuve n'ont pas été confirmés récemment par le demandeur et que sont survenus des changements importants qui amèneraient une personne raisonnable à se demander s'ils sont toujours exacts.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Covarrubias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-418-05, 2010 FCA 352, Nadon J.A., judgment dated December 17, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused August 18, 2011.

*Lundbeck Canada Inc. v. Canada (Health)*, A-129-09, A-135-09, A-139-09, 2010 FCA 320, Noël J.A., judgment dated November 25, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused August 25, 2011.

*Syndicat des débardeurs du Port de Québec v. Société des arrimeurs de Québec Inc.*, A-253-09, A-76-10, 2011 FCA 17, Mainville J.A., judgment dated January 19, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused August 11, 2011.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Covarrubias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-418-05, 2010 CAF 352, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 17 décembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 août 2011.

*Lundbeck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, A-129-09, A-135-09, A-139-09, 2010 CAF 320, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 25 novembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2011.

*Syndicat des débardeurs du Port de Québec c. Société des arrimeurs de Québec Inc.*, A-253-09, A-76-10, 2011 CAF 17, le juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 19 janvier 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 août 2011.



**Federal Courts  
Reports**

**2011, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



DES-6-08  
2010 FC 224

DES-6-08  
2010 CF 224

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

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

**AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;**

**ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT le dépôt d'un certificat à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;**

**AND IN THE MATTER OF MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

**ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

*INDEXED AS: JABALLAH (RE)*

*RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE)*

Federal Court, Dawson J.—Toronto, October 29 and 30 2009; Ottawa, February 26, 2010.

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 29 et 30 octobre 2009; Ottawa, 26 février 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) for order excluding, in context of security certificate proceeding naming Jaballah, all evidence given by him in previous security certificate proceedings — Alternatively seeking order precluding ministers from using Jaballah's evidence given before Immigration and Refugee Board (IRB) or in previous security certificate proceedings in accordance with Charter, s. 13 — Issues whether Jaballah entitled to remedy under Charter, ss. 13, 24(2); whether present proceeding proper case for application of Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(1)(h) — Previous security certificates issued against Jaballah on basis Jaballah inadmissible to Canada on national security grounds — Present motion filed in context of another security certificate naming Jaballah — Jaballah's testimony in previous security proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness — As to Charter, s. 13, Jaballah failing to establish applicability thereof to present proceeding — As to Act, s. 83(1)(h), use of broad, permissive words, phrases conferring broad discretion upon designated judge to control information, evidence received — Where receipt of evidence would violate principles of fundamental justice, not appropriate to receive such evidence — Language of Act not providing any mechanism to compel named person's testimony or to sanction any failure to testify — Allowing ministers to use Jaballah's prior testimony as part of case in chief would violate principles of fundamental justice since would allow ministers to indirectly compel Jaballah to testify — Therefore, would not be appropriate to receive such material into evidence — However, if Jaballah*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête sollicitant une ordonnance écartant, en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures antérieures de certificat de sécurité — Subsidièrement, la requête sollicitait une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) ou dans les procédures antérieures de certificat de sécurité conformément à l'art. 13 de la Charte — Il s'agissait de savoir si M. Jaballah avait droit à réparation aux termes des art. 13 et 24(2) de la Charte et si l'affaire se prêtait à l'application de l'art. 83(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les certificats de sécurité antérieurs avaient été délivrés contre M. Jaballah au motif qu'il était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale — La requête en l'espèce a été présentée dans le cadre d'un autre certificat de sécurité désignant M. Jaballah — Les témoignages qu'a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures de certificat de sécurité ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n'est pas un témoin contraignable — S'agissant de l'art. 13 de la Charte, M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que l'art. 13 de la Charte s'appliquait à la présente instance — Pour ce qui est de l'art. 83(1)(h) de la Loi, l'emploi de mots larges et permissifs confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler les informations et les éléments de preuve reçus — Si la réception d'un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale, il ne serait pas indiqué de les recevoir — Le libellé de la Loi ne comporte aucun mécanisme permettant d'obliger la personne désignée à*

*choosing to testify in present proceeding, possible for ministers to cross-examine him on any prior statement made in previous security certificate proceedings — Jaballah's evidence given before IRB qualitatively different from testimony in previous certificate proceedings — Because principles of fundamental justice would not be violated, appropriate for Federal Court to receive Jaballah's prior evidence before IRB — Motion allowed in part.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Jaballah seeking to exclude, pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2), all evidence given by him in previous security certificate proceedings — Jaballah's testimony in previous proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness — Prior testimony therein voluntary — Difficult to establish causal connection between Charter, s. 7 violation as alleged by Jaballah, prior testimony in previous security proceedings — Right to know case not absolute — Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 24(2) to facts in present case.*

*Constitutional Law — Charter of rights — Criminal Process — Motion for order precluding ministers from using Jaballah's evidence given before Immigration and Refugee Board or in proceedings relating to previous security certificates issued against him in accordance with Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 13 to present proceeding — While Charter, s. 7 may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by s. 13, s. 7 not amending or altering protection provided by s. 13.*

This was a motion for an order, pursuant to subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, excluding all evidence given by Mr. Jaballah in the course of proceedings relating to previous security certificates issued against him. Alternatively, the motion sought an order precluding the ministers from using Mr. Jaballah's evidence given before the Immigration and Refugee Board (IRB) or in proceedings relating to previous security certificates issued

*témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner — Le fait d'autoriser les ministres à utiliser les témoignages antérieurs de M. Jaballah dans le cadre de leur preuve principale leur permettrait de contraindre indirectement M. Jaballah à témoigner — Il s'ensuit donc qu'il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve — Cependant, si M. Jaballah décidait de témoigner dans la présente instance, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures antérieures de certificat de sécurité — La preuve de M. Jaballah devant la CISR était, d'un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu'il a faits lors des procédures antérieures de certificat de sécurité — Parce qu'il n'y aurait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, il serait indiqué que la Cour fédérale reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR — Requête accueillie en partie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — M. Jaballah tentait de faire exclure, en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, tous les témoignages qu'il a faits au cours de procédures antérieures de certificat de sécurité — Les témoignages qu'a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n'est pas un témoin contraignable — Ses témoignages antérieurs étaient volontaires — Il était difficile d'établir un lien de causalité entre la violation de l'art. 7 qu'affirme M. Jaballah et ses témoignages antérieurs dans le cadre des procédures antérieures de certificat de sécurité — Le droit de connaître la preuve produite contre soi n'est pas absolu — M. Jaballah n'était pas parvenu à établir que l'art. 24(2) de la Charte s'appliquait aux faits de l'espèce.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Requête en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui conformément à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés — M. Jaballah n'était pas parvenu à établir que l'art. 13 de la Charte s'appliquait à la présente instance — Bien que l'art. 7 de la Charte puisse contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l'art. 13 de la Charte, cela ne modifie pas la protection qu'accorde l'art. 13.*

Il s'agissait d'une requête sollicitant une ordonnance écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures liées aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui. Subsidiairement, la requête sollicitait une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du

against him in accordance with section 13 of the Charter or, in the further alternative, precluding the ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings relating to previous security certificates issued against him as part of their case in chief in accordance with section 13 of the Charter.

When Mr. Jaballah, a foreigner, arrived in Canada, he claimed refugee status. Thereafter, a number of security certificates were issued against him on the basis that Mr. Jaballah was inadmissible to Canada on national security grounds. One of those certificates was determined to be reasonable. The present motion was filed in the context of a third security certificate naming Mr. Jaballah. It was referred to the Federal Court, which was in the process of determining whether the certificate was reasonable. Prior to this proceeding, Mr. Jaballah had applied for release from detention a number of times and had testified at the detention review hearings that took place.

The amended public summary released in the context of the third security certificate disclosed that, in support of their allegations, the ministers relied upon portions of Mr. Jaballah's testimony given before the IRB as well as before the Judges who heard the previous security certificate proceedings.

The issues were whether Mr. Jaballah was entitled to a remedy under subsection 24(2) or section 13 of the Charter and whether this was a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

*Held*, the motion should be allowed in part.

What had to first be considered was whether Mr. Jaballah's prior testimony "was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms" guaranteed by the Charter, as required by subsection 24(2) thereof. Mr. Jaballah submitted that his right to a fair hearing, guaranteed by section 7 of the Charter, had been violated in the previous security certificate proceedings because the prior legislative regime failed to allow him to know the case against him and to meet that case. It was difficult to establish a causal connection between the section 7 violation alleged by Mr. Jaballah and his prior testimony. Mr. Jaballah is not and was not a compellable witness in the prior security certificate proceedings. His prior testimony before the Federal Court was voluntary. Because Mr. Jaballah was not a compellable witness, his evidence could not be "obtained" by the ministers. He failed to establish how any failure to make full disclosure in previous security proceedings would have affected the reliability of

statut de réfugié (CISR) ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui conformément à l'article 13 de la Charte ou, subsidiairement encore, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui auparavant dans le cadre de leur preuve principale, conformément à l'article 13 de la Charte.

Lorsque M. Jaballah, un étranger, est arrivé au Canada, il a demandé l'asile. Par la suite, plusieurs certificats de sécurité ont été délivrés contre lui au motif qu'il était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale. Un de ces certificats a été déclaré raisonnable. La requête en l'espèce a été présentée dans le cadre d'un troisième certificat de sécurité désignant M. Jaballah. Il a été déposé à la Cour fédérale, qui était en voie de décider du caractère raisonnable du certificat. Avant la présente instance, M. Jaballah avait demandé sa mise en liberté à plusieurs reprises et avait témoigné aux auditions des motifs de détention qui avaient eu lieu.

Le résumé public modifié publié dans le cadre du troisième certificat de sécurité révélait que, à l'appui de leurs allégations, les ministres s'étaient fondés sur des éléments des témoignages que M. Jaballah avait faits devant la CISR ainsi que devant les juges saisis des procédures antérieures de certificat de sécurité.

Il s'agissait de savoir si M. Jaballah avait droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) ou de l'article 13 de la Charte et si l'affaire se prêtait à l'application de l'alinéa 83(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

*Jugement* : la requête doit être accueillie en partie.

Le premier point qui devait être examiné consistait à savoir si les témoignages antérieurs de M. Jaballah « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés » garantis par la Charte, comme l'exige le paragraphe 24(2) de la Charte. M. Jaballah soutenait que son droit à une audition équitable, droit que lui garantit l'article 7 de la Charte, avait été violé dans les procédures antérieures de certificat de sécurité car le régime législatif antérieur ne lui permettait pas de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il était difficile d'établir un lien de causalité entre la violation de l'article 7 qu'affirme M. Jaballah et ses témoignages antérieurs. M. Jaballah n'est pas, et n'était pas, un témoin contraignable dans les procédures antérieures de certificat de sécurité. Ses témoignages antérieurs devant la Cour fédérale étaient volontaires. Comme M. Jaballah n'était pas un témoin contraignable, il était impossible que cette preuve soit « obtenu[e] » par les ministres. Il n'a pas établi en

his prior voluntary testimony such that it is unfair to hold him to the content of his earlier evidence. Furthermore, the right to know the case is not absolute. National security considerations can limit the extent of disclosure of information to an affected individual. Therefore, Mr. Jaballah failed to establish the applicability of subsection 24(2) of the Charter to the facts of this case.

Mr. Jaballah also failed to establish that section 13 of the Charter applied to this proceeding. While section 7 of the Charter may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by section 13 of the Charter, this does not amend or alter the protection provided by section 13.

This was not a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the Act. The use of broad and permissive words and phrases such as “may”, “in the judge’s opinion” and “reliable and appropriate” confer broad discretion upon the designated judge to control, on a principled basis, the information and evidence received by the Federal Court. In security certificate proceedings, the overarching principle of fundamental justice is that persons named in security certificates must be accorded a fair judicial process. Absent exceptional circumstances that are difficult, if not impossible, to envision, where the receipt of evidence would violate the principles of fundamental justice it would not be appropriate to receive such evidence. The ministers correctly conceded that, by operation of section 7 of the Charter, Mr. Jaballah is not a compellable witness. This conclusion was also consistent with the language of the Act, which does not provide any mechanism to compel the named persons’s testimony or to sanction any failure to testify. Just as compelling Mr. Jaballah to testify would violate the principles of fundamental justice, allowing the ministers to use his prior testimony as part of their case in chief would also violate the principles of fundamental justice since it would allow the ministers to indirectly compel Mr. Jaballah to testify. It follows that it would not be appropriate to receive such material into evidence. If Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers would be able to cross-examine him upon any prior statement he made in previous security certificate proceedings.

Mr. Jaballah’s evidence before the Immigration and Refugee Board was qualitatively different from his testimony in previous certificate proceedings. His refugee claim was initiated as a result of his own free decision to embark on that

quoi l’omission de faire une divulgation complète dans les procédures antérieures de certificat de sécurité aurait eu une incidence sur la fiabilité de ses témoignages volontaires antérieurs, de sorte qu’il est inéquitable de le limiter au contenu de ses témoignages antérieurs. Qui plus est, le droit de connaître la preuve produite contre soi n’est pas absolu. Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à un intéressé. Par conséquent, M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que le paragraphe 24(2) de la Charte s’appliquait aux faits de l’espèce.

En outre, M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que l’article 13 de la Charte s’appliquait à la présente instance. Bien que l’article 7 de la Charte puisse contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l’article 13 de la Charte, cela ne modifie pas la protection qu’accorde l’article 13.

L’affaire ne se prêtait pas à l’application de l’alinéa 83(1)(h) de la Loi. L’emploi de mots larges et permissifs comme « peut », « qu’il estime » et « digne de foi et utile » confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler, d’une manière rationnelle, les informations et les éléments de preuve que reçoit la Cour fédérale. Dans les procédures de certificat de sécurité, le principe de justice fondamentale prépondérant est que les personnes désignées dans un certificat de sécurité doivent bénéficier d’un processus judiciaire équitable. En l’absence de circonstances exceptionnelles qui sont difficiles, voire impossibles, à envisager, si la réception d’un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale il ne serait pas indiqué de les recevoir. Les ministres ont raison lorsqu’ils admettent que, par application de l’article 7 de la Charte, M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable. Cette conclusion concordait avec le libellé de la Loi, qui ne comporte aucun mécanisme permettant d’obliger la personne désignée à témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner. Tout comme le fait de contraindre M. Jaballah à témoigner violerait les principes de justice fondamentale, celui d’autoriser les ministres à utiliser ses témoignages antérieurs dans le cadre de leur preuve principale aurait aussi le même résultat parce que cela reviendrait à leur permettre de contraindre indirectement M. Jaballah à témoigner. Il s’ensuit qu’il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve. Si M. Jaballah décidait de témoigner dans la présente instance, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures antérieures de certificat de sécurité.

La preuve de M. Jaballah devant la CISR est, d’un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu’il a faits lors des procédures antérieures de certificat de sécurité. Sa demande d’asile a été entreprise à la suite de la décision

process. Therefore, because the principles of fundamental justice would not be violated, it would be appropriate for the Federal Court to receive Mr. Jaballah's prior evidence before the IRB as part of the ministers' case.

One item of information in the closed record filed in support of the current security certificate could be considered to be derivative evidence. Derivative use immunity applied in this proceeding. Furthermore, the information in question was causally linked to Mr. Jaballah's testimony during the first security certificate proceedings. Use of this information by the ministers herein would violate the principles of fundamental justice.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5 (as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 9, 10, 11, 13, 24(1),(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 83.28(10) (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(g) (as am. *idem*), (h) (as am. *idem*), (1.1) (as enacted *idem*).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, Part I.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, 1F.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, (1996), 136 D.L.R. (4th) 502, 107 C.C.C. (3d) 481; *Almrei (Re)*, 2009 FC 3, 337 F.T.R. 160, 76 Imm. L.R.

personnelle, prise librement par lui, de se lancer dans ce processus. En conséquence, parce qu'il n'y aurait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, il serait indiqué que la Cour fédérale reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR dans le cadre de la preuve des ministres.

Un élément d'information dans le dossier clos déposé à l'appui du certificat de sécurité actuellement en vigueur pourrait constituer une preuve dérivée. Le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'appliquait en l'espèce. De plus, l'information en cause avait un lien de causalité avec les témoignages que M. Jaballah a faits pendant les premières procédures de certificat de sécurité. L'utilisation, par les ministres, de cette information en l'espèce enfreindrait les principes de justice fondamentale.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 9, 10, 11, 13, 24(1),(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.28(10) (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5 (mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116).  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), partie I.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(g) (mod., *idem*), (h) (mod., *idem*), (1.1) (édicte, *idem*).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1E, 1F.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *Almrei (Re)*, 2009 CF 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.

(3d) 126; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, (1985), 66 A.R. 202, 23 D.L.R. (4th) 503; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, 260 D.L.R. (4th) 411, [2006] 4 W.W.R. 605; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129, 65 B.C.A.C. 1.

## CONSIDERED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 1999 CanLII 8989 (F.C.T.D.); *Jaballah v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, 63 Imm. L.R. (3d) 60; *Jaballah (Re)*, 2003 FCT 640, [2003] 4 F.C. 345, 28 Imm. L.R. (3d) 216; *Jaballah (Re)*, 2004 FCA 257, [2005] 1 F.C.R. 560, 242 D.L.R. (4th) 490, 38 Imm. L.R. (3d) 157; *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1230, 148 C.R.R. (2d) 1, 301 F.T.R. 102, 58 Imm. L.R. (3d) 267; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, (1988), 56 D.L.R. (4th) 673, [1989] 1 W.W.R. 385; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, 240 D.L.R. (4th) 81, [2005] 2 W.W.R. 605; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589, 96 C.C.C. (3d) 1; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, 237 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (4th) 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125.

## REFERRED TO:

*British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, (1995), 123 D.L.R. (4th) 462, [1995] 5 W.W.R. 129; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, 191 D.L.R. (4th) 539, 148 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

## AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *CRDD Handbook*, March 31, 1999, online <[http://www.irb.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook\\_e.pdf](http://www.irb.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook_e.pdf)>.

Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

MOTION for an order, pursuant to subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, excluding all evidence given by Mr. Jaballah in the course of proceedings relating to previous security certificates issued against him, or alternatively, for an order precluding the ministers from using Mr. Jaballah's

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 1999 CanLII 8989 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jaballah c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 379; *Jaballah (Re)*, 2003 CFPI 640, [2003] 4 C.F. 345; *Jaballah (Re)*, 2004 CAF 257, [2005] 1 R.C.F. 560; *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1230; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

## DÉCISIONS CITÉES :

*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Guide de la SSR*, 31 mars 1999, en ligne : <[http://www.irb.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook\\_f.pdf](http://www.irb.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook_f.pdf)>.

Paciocco, D. M. et L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2008.

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures liées aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui ou, subsidiairement, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux

evidence given before the Immigration and Refugee Board or in the previous security certificate proceedings in accordance with section 13 of the Charter. Motion allowed in part.

## APPEARANCES

*Marlys A. Edwardh* and *Adriel Weaver* for Mr. Jaballah.

*Donald MacIntosh* and *John Provart* for Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

*John Norris* as special advocate.

## SOLICITORS OF RECORD

*Edwardh, Marlys, Barristers Professional Corporation*, Toronto, for Mr. Jaballah.

*Deputy Attorney General of Canada* for Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

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

[1] DAWSON J.: Mahmoud Jaballah is named in a security certificate signed by the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (ministers). The certificate has been referred to the Court pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) and the Court is in the process of determining whether the certificate is reasonable.

[2] In the course of this proceeding, Mr. Jaballah has moved for an order:

Excluding pursuant to s. 24(2) of the *Charter* all evidence given by Mr. Jaballah in the course of the proceedings pursuant to the security certificates issued against him prior to the issuance of present security certificate of February 22, 2008 as those proceedings were conducted in breach of the principles of fundamental justice.

ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ou dans les procédures antérieures de certificat de sécurité conformément à l'article 13 de la Charte. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU

*Marlys A. Edwardh* et *Adriel Weaver* pour M. Jaballah.

*Donald MacIntosh* et *John Provart* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

*John Norris* à titre d'avocat spécial.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Edwardh, Marlys, Barristers Professional Corporation*, Toronto, pour M. Jaballah.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

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

[1] LA JUGE DAWSON : Mahmoud Jaballah est désigné dans un certificat de sécurité qu'ont signé le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (les ministres). Ce certificat a été déposé à la Cour en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi, ou la LIPR) et la Cour est en voie de décider du caractère raisonnable de ce document.

[2] Au cours de la présente instance, M. Jaballah a demandé une ordonnance :

[TRADUCTION] Écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures engagées dans le cadre des certificats de sécurité délivrés contre lui, et ce, avant la délivrance du présent certificat de sécurité, daté du 22 février 2008, car ces procédures ont été menées d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale.

Further, or in the alternative, precluding the Ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings in relation to the security certificates issued against him in 1999 and 2001, in accordance with s. 13 of the *Charter*:

In the further alternative, precluding the Ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings in relation to the security certificates issued against him as part of their case in chief, in accordance with s. 13 of the *Charter*:

[3] An initial request that the security certificate be quashed pursuant to subsection 24(1) 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*) has been withdrawn by Mr. Jaballah.

[4] The relevant facts underpinning the motion are as follows.

#### 1. Factual background

[5] Mr. Jaballah is not a citizen of Canada. He and his family arrived in Canada on May 11, 1996, and claimed refugee protection. A hearing ensued before the Immigration and Refugee Board (IRB). Mr. Jaballah testified in support of that claim for a number of days, commencing in May of 1998.

[6] Mr. Jaballah's refugee claim was pending when, on March 31, 1999, the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada signed a security certificate in which they expressed their opinion that Mr. Jaballah was inadmissible to Canada on national security grounds.

[7] Mr. Jaballah was provided with a summary of the case against him and certain non-secret supporting documents. A hearing into the reasonableness of the certificate proceeded before Justice Cullen of this Court. Mr. Jaballah testified before Justice Cullen in June and August of 1999. Justice Cullen issued reasons and an order on November 2, 1999 [*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 1999 CanLII

De plus, ou subsidiairement, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui en 1999 et en 2001, conformément à l'article 13 de la Charte.

Subsidiairement encore, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui dans le cadre de leur preuve principale, conformément à l'article 13 de la Charte.

[3] M. Jaballah a retiré une demande initiale visant à faire annuler le certificat de sécurité en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[4] Les faits pertinents qui sous-tendent la requête sont les suivants.

#### 1. Le contexte factuel

[5] M. Jaballah n'a pas la citoyenneté canadienne. Sa famille et lui sont arrivés au Canada le 11 mai 1996 et ont demandé l'asile. Une audience a eu lieu devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). M. Jaballah a témoigné à l'appui de cette demande pendant un certain nombre de jours, à partir du mois de mai 1998.

[6] La demande d'asile de M. Jaballah était en instance quand, le 31 mars 1999, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada ont signé un certificat de sécurité dans lequel ils ont exprimé leur avis que M. Jaballah était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale.

[7] M. Jaballah a obtenu un résumé de la preuve présentée contre lui, ainsi que certains documents justificatifs non secrets. Une audience sur le caractère raisonnable du certificat a eu lieu devant le juge Cullen, de la présente Cour. M. Jaballah a témoigné devant ce dernier en juin et en août 1999. Le 2 novembre 1999, le juge Cullen a rendu une ordonnance [*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 1999

8989 (F.C.T.D.)), in which he found the security certificate was not reasonable so that it was quashed.

[8] A second security certificate was issued against Mr. Jaballah on August 13, 2001. Mr. Jaballah was again provided with a summary of the case against him and non-secret supporting documents. This material was subsequently supplemented and amended. In reasons reported at [*Jaballah v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*] 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1 concerning Mr. Jaballah, Justice Layden-Stevenson wrote (at paragraph 44):

Second is the fact that the public record in this matter is voluminous. The summary of the Ministers' evidence with respect to Mr. Jaballah is extensive and has been amended and expanded over time. There is little to distinguish the evidence (documents and testimony submitted by the parties on the public record) from the information (which for convenience I will call the classified information although it is more appropriately characterized as defined in section 76 of the IRPA). [Emphasis added.]

[9] A hearing to determine the reasonableness of the second certificate proceeded before Justice MacKay of this Court. On the advice of his lawyer, Mr. Jaballah did not testify at the second proceeding and, in the course of the hearing, Mr. Jaballah's counsel withdrew. On May 23, 2003 [*Jaballah (Re)*, 2003 FCT 640, [2003] 4 F.C. 345], Justice MacKay issued reasons and an order in which he found the certificate to be reasonable.

[10] That finding of reasonableness was set aside by the Federal Court of Appeal on procedural grounds in July of 2004 [2004 FCA 257, [2005] 1 F.C.R. 560]. The matter was remitted to the Federal Court and Justice MacKay was again designated by the Chief Justice to determine whether the certificate was reasonable.

[11] On August 24, 2005, Mr. Jaballah applied for release from detention. During the detention review hearing in September of 2005, Mr. Jaballah testified for four days. His testimony and cross-examination touched upon matters relevant to the reasonableness of the certificate. The motion for release from detention was dismissed.

CanLII 8989 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] motivée dans laquelle il a conclu que le certificat de sécurité n'était pas raisonnable, de sorte que ce dernier a été annulé.

[8] Un deuxième certificat de sécurité a été délivré contre M. Jaballah le 13 août 2001. Ce dernier a une fois de plus reçu un résumé de la preuve présentée contre lui, ainsi que des documents justificatifs non secrets. Ces informations ont par la suite été étoffées et modifiées. Dans des motifs publiés à [*Jaballah c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*] 2007 CF 379 au sujet de M. Jaballah, la juge Layden-Stevenson a écrit ce qui suit (au paragraphe 44) :

La deuxième raison est le fait que le dossier public est volumineux en l'espèce. Le résumé de la preuve des ministres concernant M. Jaballah est long et a été modifié et étoffé au fil du temps. La différence entre la preuve (les documents et les témoignages produits par les parties et contenus dans le dossier public) et les renseignements (que, pour des raisons pratiques, j'appellerai les renseignements classifiés, même s'il serait plus exact de parler de renseignements définis à l'article 76 de la LIPR) est mince. [Non souligné dans l'original.]

[9] Une audience visant à déterminer le caractère raisonnable du deuxième certificat a eu lieu devant le juge MacKay, de la présente Cour. Sur les conseils de son avocat, M. Jaballah n'a pas témoigné à la deuxième instance et, au cours de l'audience, l'avocat de M. Jaballah s'est retiré. Le 23 mai 2003 [*Jaballah (Re)*, 2003 CFPI 640, [2003] 4 C.F. 345], le juge MacKay a rendu une ordonnance motivée dans laquelle il a conclu que le certificat était raisonnable.

[10] Cette conclusion de raisonnabilité a été infirmée par la Cour d'appel fédérale pour des motifs d'ordre procédural en juillet 2004 [2004 CAF 257, [2005] 1 R.C.F. 560]. L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale et le juge en chef a de nouveau désigné le juge MacKay pour déterminer si le certificat était raisonnable ou non.

[11] Le 24 août 2005, M. Jaballah a demandé sa mise en liberté. Lors de l'audition des motifs de détention, en septembre 2005, M. Jaballah a témoigné pendant quatre jours. Son témoignage et son contre-interrogatoire ont porté sur des questions liées au caractère raisonnable du certificat. La demande de mise en liberté a été rejetée.

[12] The hearing into the reasonableness of the certificate then followed. On May 23, 2006, Justice MacKay ordered that:

... any testimony of Mr. Jaballah, given at this stage with respect to the August 2001 security certificate issued against him, shall be used solely for the purposes of this proceeding (Court file DES-04-01) pending further order of this Court, to be made after receiving submissions of counsel for the parties concerning appropriate limitations, if any, of the future use of testimony now offered by Mr. Jaballah.

[13] After hearing submissions from counsel concerning any limitations to be placed upon the future use of testimony provided by Mr. Jaballah, on August 18, 2006 Justice MacKay ordered that:

The respondent, Mr. Jaballah, shall have use and derivative use immunity for testimony given by him in open Court in May and July 2006 in regard to the reasonableness of the Ministers' security certificate issued in August 2001 in any possible criminal proceedings against him, except any prosecution in respect of perjury or the giving of contradictory evidence, and also, unless he agrees to its use, in any subsequent proceedings concerning reasonableness of the Ministers' security certificate of August 2001 if the current proceeding should be aborted or quashed as a result of the Supreme Court of Canada's anticipated decision with respect to appeals in the cases known under the names *Almrei*, *Charkaoui*, and *Harkat*.

[14] During May and July 2006, Mr. Jaballah testified at the hearing to determine the reasonableness of the certificate.

[15] On October 16, 2006 [2006 FC 1230, 148 C.R.R. (2d) 1], Justice MacKay issued reasons and an order again finding the security certificate to be reasonable.

[16] A further application for release from detention was made by Mr. Jaballah. This application was heard by Justice Layden-Stevenson, then a judge of this Court. Mr. Jaballah testified before her in October of 2006. On October 2, 2006, Justice Layden-Stevenson issued an order on the following terms:

[12] C'est à la suite de cela que l'audience sur le caractère raisonnable du certificat a eu lieu. Le 23 mai 2006, le juge MacKay a ordonné ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] tout témoignage que fera M. Jaballah à ce stade-ci au sujet du certificat de sécurité délivré contre lui en août 2001 servira uniquement aux fins de la présente instance (dossier de la Cour n° DES-04-01), et ce, jusqu'à ce que la Cour rende une autre ordonnance, après avoir reçu les observations des avocats des parties sur les limites appropriées, s'il y en a, quant à l'usage futur des témoignages maintenant faits par M. Jaballah.

[13] Après avoir entendu les observations des avocats au sujet des limites à imposer à l'utilisation future des témoignages de M. Jaballah, le 18 août 2006 le juge MacKay a ordonné ceci :

[TRADUCTION] Le défendeur, M. Jaballah, bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à l'égard des témoignages qu'il a faits en audience publique en mai et en juillet 2006, relativement au caractère raisonnable du certificat de sécurité que les ministres ont délivré en août 2001, dans toute procédure criminelle susceptible d'être engagée contre lui, exception faite de toute poursuite pour parjure ou pour témoignage contradictoire, et aussi, à moins qu'il convienne de leur utilisation, dans toute procédure ultérieure concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité des ministres daté d'août 2001, advenant que la procédure en cours soit avortée ou annulée par suite de la décision anticipée de la Cour suprême du Canada en rapport avec les appels interjetés dans les affaires appelées *Almrei*, *Charkaoui* et *Harkat*.

[14] Au cours des mois de mai et de juillet 2006, M. Jaballah a témoigné à l'audience visant à décider du caractère raisonnable du certificat.

[15] Le 16 octobre 2006 [2006 CF 1230], le juge MacKay a rendu une ordonnance motivée, concluant de nouveau que le certificat de sécurité était raisonnable.

[16] M. Jaballah a présenté une autre demande de mise en liberté. Cette dernière a été entendue par la juge Layden-Stevenson, alors juge de la présente Cour. M. Jaballah a témoigné devant elle en octobre 2006. Le 2 octobre 2006, la juge Layden-Stevenson a rendu l'ordonnance suivante :

IT IS HEREBY ORDERED that the Applicant, Mr. Jaballah, shall have use and derivative use immunity for testimony given by him in open Court in October, 2006 in regard to a review of detention arising as a result of the Ministers' security certificate issued in August, 2001 in any possible criminal proceedings against him, except any prosecution in respect of perjury or the giving of contradictory evidence, and also, unless he agrees to its use, in any subsequent proceedings concerning reasonableness of the Ministers' security certificate of August, 2001 if the certificate proceedings should be aborted or quashed as a result of the Supreme Court of Canada's anticipated decision with respect to appeals in the cases known under the names *Almrei*, *Charkaoui* and *Harkat*. [Emphasis in original.]

[17] On February 23, 2007, the Supreme Court of Canada released its judgment in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*). The Court determined that section 7 of the Charter was engaged in security certificate proceedings and that the then existing procedure under the Act in respect of security certificates infringed section 7 of the Charter. This was because the secrecy then required under the Act denied a person named in a security certificate the opportunity to know the case against him or her, and therefore denied the person the opportunity to meaningfully challenge the government's case.

[18] A third security certificate in respect of Mr. Jaballah was issued by the ministers on February 22, 2008. The case now advanced against Mr. Jaballah is set out in a secret security intelligence report. A public summary and an amended public summary of the security intelligence report have been provided to Mr. Jaballah. The amended public summary discloses that, in support of their allegations, the ministers rely upon portions of Mr. Jaballah's testimony given before the IRB, Justice Cullen and Justice MacKay. The ministers do not rely upon Mr. Jaballah's evidence before Justice Layden-Stevenson.

## 2. The issues

[19] These reasons address the following issues:

[TRADUCTION] PAR LES PRÉSENTES, LA COUR STATUE que le demandeur, M. Jaballah, bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée qui lui a été accordée en audience publique en octobre 2006 à l'égard d'un contrôle des motifs de sa détention par suite du certificat de sécurité délivré par les ministres en août 2001, et ce, dans toute procédure criminelle susceptible d'être contre lui, à l'exception de toute poursuite pour parjure ou pour témoignage contradictoire, et aussi, à moins qu'il convienne de son utilisation, dans toute procédure ultérieure concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité des ministres daté d'août 2001, advenant que la procédure en cours soit avortée ou annulée par suite de la décision anticipée de la Cour suprême du Canada en rapport avec les appels interjetés dans les affaires appelées *Almrei*, *Charkaoui* et *Harkat*. [Souligné dans l'original.]

[17] Le 23 février 2007, la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*). La Cour a déclaré que l'article 7 de la Charte trouvait application dans les procédures relatives à un certificat de sécurité et que la procédure que la Loi prévoyait à l'époque au sujet des certificats de sécurité violait l'article 7 de la Charte. Cela était dû au fait que le caractère secret qui était alors exigé en vertu de la Loi privait une personne désignée dans un certificat de sécurité de la possibilité de connaître la preuve présentée contre elle, et donc de la possibilité de contester de façon raisonnable la preuve de l'État.

[18] Les ministres ont délivré un troisième certificat de sécurité concernant M. Jaballah le 22 février 2008. La preuve maintenant avancée contre M. Jaballah est énoncée dans un rapport de renseignements de sécurité secret. Un résumé public ainsi qu'un résumé public modifié de ce rapport de renseignements de sécurité lui ont été remis. Le résumé public modifié révèle que, à l'appui de leurs allégations, les ministres se fondent sur des éléments des témoignages que M. Jaballah a faits devant la CISR, devant le juge Cullen et devant le juge MacKay. Les ministres ne se fondent pas sur le témoignage que M. Jaballah a fait devant la juge Layden-Stevenson.

## 2. Les questions en litige

[19] Les présents motifs portent sur les questions suivantes :

a. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under subsection 24(2) of the Charter?

a. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte?

b. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under section 13 of the Charter?

b. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes de l'article 13 de la Charte?

c. Is this a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act?

c. L'affaire se prête-t-elle à l'application de l'alinéa 83(1)h [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi?

3. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under subsection 24(2) of the Charter?

3. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte?

[20] Subsection 24(2) of the Charter states:

[20] Le paragraphe 24(2) de la Charte indique ce qui suit :

24. ...

24. [...]

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice

[21] The first matter, therefore, for the Court to consider is whether Mr. Jaballah's prior testimony "was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms" guaranteed by the Charter.

[21] Le premier point que la Cour doit donc examiner consiste à savoir si les témoignages antérieurs de M. Jaballah « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés » garantis par la Charte.

[22] It is Mr. Jaballah's submission that "it is beyond controversy" that his right to a fair hearing, guaranteed by section 7 of the Charter, was violated in the previous security certificate proceedings because the prior legislative regime failed to allow him to know the case against him and to meet that case. It follows, he further submits, that his testimony before this Court in the prior proceedings was obtained in a manner that infringed his right to know the case against him and to meet that case. It should, therefore, be excluded in this proceeding. Mr. Jaballah does not seek to exclude his testimony before the IRB on this basis.

[22] M. Jaballah soutient qu'il est [TRADUCTION] « incontestable » que son droit à une audition équitable, droit que lui garantit l'article 7 de la Charte, a été violé dans les procédures antérieures de certificat de sécurité car le régime législatif antérieur ne lui permettait pas de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il s'ensuit, ajoute-t-il, que les témoignages qu'il a faits devant la Cour lors des procédures antérieures ont été obtenus d'une manière qui violait son droit de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il faudrait donc que ces allégations soient exclues de la présente instance. M. Jaballah ne cherche pas à faire exclure pour ce motif les témoignages qu'il a faits devant la CISR.

[23] The ministers respond that Mr. Jaballah has not established that, in these circumstances, subsection 24(2) of the Charter is engaged. This is said to be because there was no connection between the Charter violation found by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and Mr. Jaballah's evidence which was given voluntarily and under oath. Absent a relevant Charter violation in the gathering of evidence, subsection 24(2) has no application.

[24] The phrase "obtained in a manner" was considered by the Supreme Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. The Court observed that ordinarily only a few Charter rights, those protected by sections 8, 9 and 10 of the Charter, will be relevant to the gathering of evidence and therefore be relevant to the remedy of exclusion under subsection 24(2) of the Charter. The Court rejected the requirement of a strict causal nexus because that would require courts to speculate upon whether evidence would have been discovered in the absence of the prior Charter violation. At pages 1005 and 1006, the majority of the Court wrote:

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a Charter violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the Charter and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the Charter violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a Charter right becomes too remote. [Emphasis added.]

[25] Subsection 24(2) was again considered by the Supreme Court of Canada in *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463. The issue before the Court was whether the

[23] Les ministres répliquent que M. Jaballah n'a pas établi que, dans ces circonstances, le paragraphe 24(2) de la Charte trouve application car il n'y a aucun lien entre la violation de la Charte à laquelle a conclu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I* et les témoignages que M. Jaballah a faits volontairement et sous serment. À défaut d'une violation pertinente de la Charte lors de la collecte d'éléments de preuve, le paragraphe 24(2) ne s'applique pas.

[24] Les mots « obtenus dans des conditions » ont été analysés par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. La Cour a fait remarquer qu'en général seuls quelques droits garantis par la Charte, ceux que protègent les articles 8, 9 et 10 de cette dernière, seront pertinents pour la collecte d'éléments de preuve et, de ce fait, pour l'exclusion que prévoit le paragraphe 24(2) de la Charte. La Cour a rejeté l'exigence d'un lien de causalité strict car cela obligerait les tribunaux à faire des conjectures sur le fait de savoir si l'on aurait découvert des éléments de preuve en l'absence de la violation antérieure de la Charte. Aux pages 1005 et 1006 du recueil, la Cour a statué à la majorité ce qui suit :

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la Charte a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la Charte et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la Charte et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la Charte deviennent trop éloignés. [Non souligné dans l'original.]

[25] La Cour suprême du Canada a analysé de nouveau le paragraphe 24(2) dans l'arrêt *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463. La question soumise consistait à savoir si le

*viva voce* evidence of a witness who was arrested following an illegal search was subject to a subsection 24(2) analysis. The majority of the Court found that subsection 24(2) had no application to the facts before the Court because there was no temporal connection between the *viva voce* evidence and the Charter breach. Further, any causal connection was too remote.

[26] At page 482 of the report, the Court reviewed its prior jurisprudence, writing:

Although *Therens* and *Strachan* warned against over-reliance on causation and advocated an examination of the entire relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence, causation was not entirely discarded. Accordingly, while a temporal link will often suffice, it is not always determinative. It will not be determinative if the connection between the securing of the evidence and the breach is remote. I take remote to mean that the connection is tenuous. The concept of remoteness relates not only to the temporal connection but to the causal connection as well. It follows that the mere presence of a temporal link is not necessarily sufficient. In obedience to the instruction that the whole of the relationship between the breach and the evidence be examined, it is appropriate for the court to consider the strength of the causal relationship. If both the temporal connection and the causal connection are tenuous, the court may very well conclude that the evidence was not obtained in a manner that infringes a right or freedom under the *Charter*. On the other hand, the temporal connection may be so strong that the *Charter* breach is an integral part of a single transaction. In that case, a causal connection that is weak or even absent will be of no importance. Once the principles of law are defined, the strength of the connection between the evidence obtained and the *Charter* breach is a question of fact. Accordingly, the applicability of s. 24(2) will be decided on a case-by-case basis as suggested by Dickson C.J. in *Strachan*. [Emphasis added.]

[27] Turning to the application of the law to the facts before the Court, the Court wrote as follows at pages 483–485:

In order to assess properly the relationship between the breach and the impugned evidence, it is important to bear in mind that it is the *viva voce* evidence of Mayer that is said to have been obtained in a manner that breaches the *Charter*. A distinction must be made between discovery of a person who is arrested and charged with an offence and the evidence subsequently volunteered by that person. The discovery of the person cannot simply be equated with securing evidence from that person which is favourable to the Crown. The person

témoignage de vive voix d'un témoin, arrêté à la suite d'une fouille illégale, pouvait faire l'objet d'une analyse fondée sur le paragraphe 24(2). La Cour a conclu à la majorité que ce paragraphe ne s'appliquait pas aux faits soumis à la Cour car il n'y avait aucun lien temporel entre le témoignage de vive voix et la violation de la Charte. De plus, tout lien de causalité était trop éloigné.

[26] À la page 482 du recueil, la Cour a passé en revue sa jurisprudence et écrit ce qui suit :

Bien qu'on ait recommandé, dans les arrêts *Therens* et *Strachan*, de ne pas trop s'en remettre au lien de causalité et qu'on y ait préconisé un examen de l'ensemble du rapport entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, le lien de causalité n'a pas été complètement écarté. Par conséquent, bien qu'un lien temporel suffisse souvent, il n'est pas toujours déterminant. Il ne sera pas déterminant si le lien entre l'obtention de la preuve et la violation est éloigné. Par éloigné, je considère que l'on veut dire ténue. Le concept du caractère éloigné s'applique non seulement au lien temporel, mais aussi au lien causal. Il s'ensuit que la seule existence d'un lien temporel n'est pas nécessairement suffisante. Conformément à la directive voulant qu'on examine l'ensemble du rapport entre la violation et la preuve obtenue, il convient que la cour examine la force du rapport causal. Si le lien temporel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n'a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par contre, le lien temporel peut être fort à ce point que la violation de la *Charte* fait partie intégrante d'une seule et même opération. Dans un tel cas, la faiblesse ou même l'absence d'un lien causal sera sans importance. Une fois les principes de droit définis, la force du lien entre la preuve obtenue et la violation de la *Charte* est une question de fait. Par conséquent, la possibilité d'appliquer le par. 24(2) sera déterminée cas par cas, comme l'a proposé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan*. [Non souligné dans l'original.]

[27] Examinant ensuite l'application du droit aux faits soumis à la Cour, cette dernière a écrit ce qui suit, aux pages 483 à 485 du recueil :

Pour apprécier correctement le rapport entre la violation et la preuve contestée, il est important de garder à l'esprit que c'est le témoignage de vive voix de Mayer qui, dit-on, a été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*. Il faut faire une distinction entre la découverte d'une personne qui est ensuite arrêtée et accusée d'une infraction et le témoignage que cette personne fait de son plein gré ultérieurement. On ne saurait simplement assimiler la découverte de cette personne à l'obtention, auprès d'elle, d'éléments de preuve favorables

charged has the right to remain silent and in practice will usually exercise it on the advice of counsel. The prosecution has no assurance, therefore, that the person will provide any information let alone sworn testimony that is favourable to the Crown. In this regard it has been rightly observed that testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object. As Brooke J.A. observed in his dissenting opinion, at p. 85:

Testimony is the product of a person's mind and known only if and when that person discloses it. It cannot be obtained or discovered in any other way. Testimony which is heard for the first time some months after a search cannot be equated with or analogized to evidence of an inanimate thing found or seized when an illegal search is carried out.

Similarly, Rehnquist J., as he then was, in *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explained the difference as follows, at pp. 276-77:

Witnesses are not like guns or documents which remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet. Witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition. And evaluated properly, the degree of free will necessary to dissipate the taint will very likely be found more often in the case of live-witness testimony than other kinds of evidence.

When the evidence is appropriately characterized as indicated above, the application of the relevant factors yields a different result from that reached by the trial judge and the majority of the Court of Appeal. In order to find a temporal link the pertinent event is the decision of Mayer to cooperate with the Crown and testify, and not his arrest. Indeed the existence of a temporal link between the illegal search and the arrest of Mayer is of virtually no consequence. Moreover, any temporal link between the illegal search and the testimony is greatly weakened by intervening events of Mayer's voluntary decision to cooperate with the police, to plead guilty and to testify. The application of the causal connection factor is to the same effect. The connection between the illegal search and the decision by Mayer to give evidence is extremely tenuous. Having regard, therefore, to the entire chain of events, I am of the opinion that the nexus between the impugned evidence and the *Charter* breach is remote. In this regard I agree with Brooke J.A. when he states, at pp. 85-86:

au ministère public. L'accusé a le droit de garder le silence et, en pratique, il exercera ce droit sur le conseil de son avocat. La poursuite n'a donc aucune garantie que la personne fournira des renseignements, et encore moins qu'elle présentera un témoignage sous serment favorable au ministère public. À cet égard, c'est à juste titre qu'on a fait remarquer que le témoignage ne saurait être traité de la même manière qu'un objet inanimé. Le juge Brooke fait observer, dans ses motifs de dissidence, à la p. 85 :

[TRADUCTION] Le témoignage est le fruit de la pensée d'une personne et il n'est connu que si et lorsque la personne le présente. Il ne peut pas être obtenu ou découvert par quelque autre moyen. Le témoignage qui est entendu pour la première fois quelques mois après une fouille ou perquisition ne saurait être assimilé à un élément de preuve constitué par un objet inanimé trouvé ou saisi lors d'une fouille ou perquisition illégale.

De même, le juge Rehnquist, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explique ainsi la différence, aux pp. 276 et 277 :

[TRADUCTION] Les témoins ne sont pas comme des armes à feu ou des documents qui restent cachés jusqu'à ce que quelqu'un renverse un sofa ou ouvre un classeur. Les gens peuvent venir témoigner tout à fait de leur propre gré, et c'est souvent ce qu'ils font. Et si on l'évalue correctement, on trouvera fort probablement la mesure de libre arbitre nécessaire pour dissiper le vice plus souvent dans le cas d'un témoignage en direct que dans celui d'autres types de témoignage.

Lorsque les éléments de preuve sont correctement qualifiés de la façon indiquée ci-dessus, l'application des facteurs pertinents entraîne un résultat différent de celui obtenu par le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité. Pour conclure à l'existence d'un lien temporel, ce qui est pertinent c'est la décision de Mayer de coopérer avec le ministère public et de témoigner, et non pas son arrestation. En fait, l'existence d'un lien temporel entre la perquisition illégale et l'arrestation de Mayer est quasiment sans importance. En outre, tout lien temporel entre la perquisition illégale et le témoignage est grandement affaibli par les événements intermédiaires constitués par la décision spontanée de Mayer de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner. L'application du facteur du lien causal va dans le même sens. Le lien entre la perquisition illégale et la décision de Mayer de témoigner est extrêmement ténu. Compte tenu, par conséquent, de toute la suite des événements, je suis d'avis que le lien entre le témoignage contesté et la violation de la *Charte* est éloigné. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Brooke lorsqu'il affirme, aux pp. 85 et 86 :

Clearly, the testimony of Mayer cannot be said to be derivative of the breach as was the case of the testimony of Hall in *R. v. Burlingham*. . . . There may be some link to the evidence of the finding of the marijuana, but this is surely not a basis on which to say the testimony was discovered or obtained by the breach of the appellant's rights. There must be a point at which a chain connecting the breach and the testimony is sufficiently weakened as to render the testimony untainted or too remote from the original breach. If this is not so, the ramifications may be far-reaching with respect to the exclusion of testimony of a co-accused where the Crown seeks to take advantage of it. In my opinion, the link between the breach and Mayer's testimony does not survive an analysis of remoteness or attenuation.

For the foregoing reasons, the relationship between the infringement of s. 8 of the *Charter* and the *viva voce* evidence of Mayer does not lead me to conclude that the latter was obtained in a manner that infringes or denies a *Charter* right or freedom. Section 24(2) of the *Charter* is, therefore, not engaged and is not available to exclude the evidence. The evidence is relevant and was properly admitted at trial. The majority of the Court of Appeal was in error in setting aside the conviction.

[28] Important points in that analysis are that:

- Testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object (such as drug paraphernalia found during an illegal search) because there is no assurance that a person will testify or give evidence that is contrary to their interest; and
- On the facts before the Court, any temporal link was greatly weakened by the intervening events of the witness' decisions to cooperate with the police, plead guilty and testify.

[29] As the Supreme Court noted in *Strachan*, ordinarily few *Charter* rights will be relevant to the gathering of evidence and hence be relevant to subsection 24(2) of the *Charter*. However, in the present case no argument was made that section 7 of the *Charter* is, as a matter of law, incapable of supporting a *Charter* violation within the contemplation of subsection 24(2) of the *Charter*. I accept that section 7 can support a remedy under

[TRADUCTION] Il est clair qu'on ne peut pas affirmer que le témoignage de Mayer découle de la violation comme c'était le cas du témoignage de Hall dans l'arrêt *R. c. Burlingham* [ . . . ] Il peut y avoir un certain lien avec la preuve de la découverte de marijuana, mais cela ne permet sûrement pas de dire que le témoignage a été découvert ou obtenu grâce à la violation des droits de l'appelant. Il doit y avoir un point où le lien entre la violation et le témoignage est suffisamment affaibli pour que le témoignage ne soit pas vicié et qu'il soit trop éloigné de la violation initiale. Sinon, les ramifications peuvent aller loin en ce qui concerne l'exclusion du témoignage d'un coaccusé lorsque le ministère public tente d'en tirer profit. À mon avis, le lien entre la violation et le témoignage de Mayer ne résiste pas à une analyse du caractère éloigné ou de l'atténuation.

Pour les motifs qui précèdent, le rapport entre la violation de l'art. 8 de la *Charte* et le témoignage de vive voix de Mayer ne m'amène pas à conclure que ce témoignage a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par conséquent, le par. 24(2) de la *Charte* ne s'applique pas et ne peut être invoqué pour faire écarter cet élément de preuve, qui est pertinent et a été régulièrement utilisé au procès. La Cour d'appel à la majorité a erré en annulant les déclarations de culpabilité.

[28] Dans cette analyse, les points importants sont les suivants :

- Un témoignage ne peut pas être traité de la même façon qu'un objet inanimé (comme des accessoires servant à la consommation de drogue, que l'on découvre lors d'une fouille illégale) parce que rien ne garantit qu'une personne témoignera ou fournira des éléments de preuve qui sont contraires à son intérêt;
- Au vu des faits soumis à la Cour, n'importe quel lien temporel était considérablement affaibli par les événements intermédiaires constitués par les décisions du témoin de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner.

[29] Comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Strachan*, en général rares sont les droits garantis par la *Charte* qui seront pertinents pour la collecte d'éléments de preuve et, de ce fait, pour le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Cependant, en l'espèce, il n'a pas été soutenu que l'article 7 de la *Charte* est, en droit, incapable d'étayer une violation de la *Charte* qui tombe sous le coup du paragraphe 24(2) de cette dernière. Je conviens que l'article

subsection 24(2) of the Charter. Notwithstanding, it is fair to state that the facts now before the Court provide an unusual context in which to consider subsection 24(2) of the Charter.

[30] For that reason, during the oral argument of this motion, I canvassed with counsel what would constitute relevant causal or temporal links in this context. Counsel agreed that a causal link would require a connection between Mr. Jaballah's previous testimony and the section 7 violations articulated by the Supreme Court of Canada. They further agreed that a temporal link would require some connection between when Mr. Jaballah's evidence was obtained and the time at which the Charter breach occurred. See: transcript October 30, 2009, pages 260–261 and pages 364–365.

[31] Turning to whether a causal link exists between a Charter breach and Mr. Jaballah's prior testimony, the starting point of my analysis is the articulation by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* of the nature of the Charter infringing conduct. The Court made the following points:

- A fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case (paragraph 53);
- Under the then existing provisions of the Act, the named person might be deprived of access to some or all of the information put against him or her. This denied the person named in the certificate the ability to know the case to be met (paragraph 54);
- Ultimately, a designated judge might have to consider information that was not included in the summary provided to the person concerned. In the result, the judge might be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never saw. The named person may, therefore, have known nothing of the case to be met.

7 peut étayer une réparation en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte. Toutefois, il est juste de dire que les faits maintenant soumis à la Cour présentent un contexte inusité dans lequel examiner le paragraphe 24(2) de la Charte.

[30] Pour cette raison, lors des plaidoiries concernant la présente requête, j'ai examiné avec les avocats ce qui constituerait, dans le présent contexte, des liens temporels ou de causalité pertinents. Les avocats ont convenu qu'un lien de causalité exigerait qu'il y ait un rapport entre les témoignages antérieurs de M. Jaballah et les violations de l'article 7 exposées par la Cour suprême du Canada. Ils ont convenu de plus qu'un lien temporel exigerait l'existence d'un rapport quelconque entre le moment où les éléments de preuve de M. Jaballah ont été obtenus et celui où la violation de la Charte a eu lieu. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, pages 260, 261 et 364 à 365.

[31] Pour ce qui est de savoir s'il existe un lien de causalité entre une violation de la Charte et les témoignages antérieurs de M. Jaballah, le point de départ de mon analyse est la formulation, par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I*, de la nature de la conduite qui constitue une violation de la Charte. La Cour a fait les remarques suivantes :

- Une audition équitable exige que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et qu'il ait la possibilité d'y répondre (paragraphe 53);
- Sous le régime des dispositions de la Loi qui étaient en vigueur à ce moment-là, il était possible que la personne désignée n'ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui empêchait la personne désignée dans le certificat de savoir ce qu'elle devait prouver (paragraphe 54);
- En définitive, un juge désigné peut devoir tenir compte de renseignements qui n'ont pas été inclus dans le résumé fourni à l'intéressé. Au bout du compte, ce juge peut être tenu de rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat n'ont jamais vus. Il est donc possible que la personne désignée ignore totalement ce

Although technically afforded an opportunity to be heard, the person concerned might be left in the position of having no idea about what needed to be said (paragraph 55);

- Without knowledge of the information before the Court, the named person might not have been able to raise relevant legal objections or to develop relevant legal arguments. This undermined the judge's ability to come to a decision based upon all relevant facts and law (paragraphs 52 and 65);

- The right to know the case to be met is not absolute. The Supreme Court had previously recognized, and continued to recognize, that national security concerns can limit the extent of disclosure of information to an affected individual (paragraphs 57 and 58);

- In some contexts, substitutes for full disclosure might permit compliance with section 7 of the Charter. For section 7 to be satisfied, either the named person must be given the necessary disclosure, or a substantial substitute for the disclosure of that information must be found. Neither circumstance occurred under the former legislative scheme (paragraphs 59 and 61); and,

- The procedures then in force for determining whether a certificate was reasonable could not be justified as minimal impairments of the individual's rights to judicial determination on the facts and the law, and to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad, such as the Security Intelligence Review Committee counsel and the special advocate system employed in the United Kingdom, illustrated that the government could do more to protect the rights of a person named in a security certificate while keeping critical information confidential (paragraphs 71 and 81).

[32] To summarize, in *Charkaoui I* the Supreme Court found that section 7 of the Charter requires that either a person named in a security certificate be given the opportunity to know and meet the case, or that a

qu'on lui reproche. Même si elle a techniquement la possibilité d'être entendue, la personne désignée n'a peut-être aucune idée de la preuve qu'elle doit présenter (paragraphe 55);

- Sans savoir les renseignements soumis à la Cour, la personne désignée n'est peut-être pas en mesure de soulever des objections juridiques ou de faire valoir des arguments de droit pertinents. Cela mine la capacité du juge d'arriver à une décision fondée sur tous les faits et éléments de droit pertinents (paragraphes 52 et 65);

- Le droit de connaître la preuve qui pèse contre la personne n'est pas absolu. La Cour suprême a reconnu plutôt, et continue de reconnaître, que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé (paragraphes 57 et 58);

- Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent permettre de satisfaire à l'article 7 de la Charte. Pour ce faire, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne désignée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'une ni l'autre de ces options n'a eu lieu en vertu de l'ancien régime législatif (paragraphes 59 et 61);

- Les procédures qui étaient alors en vigueur pour déterminer si un certificat était raisonnable ne pouvaient pas être justifiées comme une atteinte minimale aux droits de la personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pesait contre elle et d'y répondre. Des mécanismes créés au Canada et à l'étranger, comme le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et le système de représentant spécial utilisé au Royaume-Uni, ont illustré que l'État pouvait faire mieux pour protéger les droits d'une personne désignée dans un certificat de sécurité tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles (paragraphes 71 et 81).

[32] En résumé, dans l'arrêt *Charkaoui I* la Cour suprême a conclu que l'article 7 de la Charte exige soit qu'une personne désignée dans un certificat de sécurité ait la possibilité de connaître la preuve produite contre

substantial substitute for the provision of sufficient information must be found.

[33] I now turn to consider whether there is a connection between the section 7 violation identified by the Supreme Court in *Charkaoui I* and Mr. Jaballah's prior testimony.

[34] In oral argument, counsel for Mr. Jaballah agreed that in order to assess whether there was any linkage between the alleged Charter breach and the content of Mr. Jaballah's prior evidence, one must know the extent to which the nature of the case to be met had been disclosed to Mr. Jaballah at the time his evidence was given. See: transcript October 30, 2009, at pages 358–359. That said, there is limited information before the Court on this motion as to the content of the summaries and the supporting evidence provided to Mr. Jaballah in the prior proceedings.

[35] Counsel for Mr. Jaballah did provide a comparison document, issued in the course of the 2001 reasonableness proceeding, that compared the content of the summaries originally provided in 1999 with the summary provided in the 2001 security certificate proceedings. Counsel for Mr. Jaballah then contrasted the lack of information said to be in the summaries with the content of Mr. Jaballah's cross-examination on September 13, 2005. However, as set out above, Justice Layden-Stevenson explained that the summary provided to Mr. Jaballah in 2001 was amended and expanded over time so that at least by the 2006 detention review hearing there was little, in her view, to distinguish the evidence in the public record from the confidential information.

[36] On this motion all of the transcripts of Mr. Jaballah's prior testimony are contained in a compendium filed with the Court. However, the summaries and supplementary disclosures provided from time to time are not

elle et d'y répondre, soit que l'on trouve une autre façon importante de fournir des renseignements suffisants.

[33] Voyons maintenant s'il y a un rapport entre la violation de l'article 7 qu'a identifiée la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui I* et les témoignages antérieurs de M. Jaballah.

[34] Dans leur plaidoirie, les avocates de M. Jaballah ont convenu que pour pouvoir évaluer s'il y avait un lien quelconque entre la présumée violation de la Charte et le contenu des témoignages antérieurs de leur client, il était nécessaire de connaître la mesure dans laquelle la nature de la preuve à réfuter avait été divulguée à ce dernier au moment où il avait témoigné. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, aux pages 358 et 359. Cela dit, la Cour dispose, dans le cadre de la présente requête, de renseignements limités au sujet du contenu des résumés et des éléments de preuve justificatifs qui ont été fournis à M. Jaballah dans les procédures antérieures.

[35] Les avocates de M. Jaballah ont fourni un document de comparaison, produit au cours de la procédure de 2001 sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité et comparant le contenu des résumés initialement fournis en 1999 avec le résumé fourni dans les procédures concernant le certificat de sécurité de 2001. Les avocates de M. Jaballah ont mis ensuite en contraste le manque de renseignements figurant censément dans les résumés et le contenu du contre-interrogatoire du 13 septembre 2005 de M. Jaballah. Cependant, comme il a été indiqué plus tôt, la juge Layden-Stevenson a expliqué que le résumé fourni à M. Jaballah en 2001 avait été modifié et étoffé à la longue, de sorte qu'à l'époque de l'audition relative aux motifs de détention de 2006, au moins, il y avait selon elle peu de choses pour faire une distinction entre les éléments de preuve figurant dans le dossier public et les renseignements confidentiels.

[36] Dans le cadre de la présente requête, toutes les transcriptions des témoignages antérieurs de M. Jaballah figurent dans un répertoire produit auprès de la Cour. Cependant, les résumés et les divulgations supplémentaires qui ont été fournis de temps à autre ne le sont pas.

[37] The consequence of the failure to provide the disclosure is that it is difficult to assess the extent to which Mr. Jaballah did not know the case to be met when he testified from time to time, and to then assess how that may or may not have affected the content and fairness of his testimony.

[38] A second difficulty faced by Mr. Jaballah in establishing any causal connection is that, for reasons discussed below, I find that Mr. Jaballah is not, and was not, a compellable witness in the prior security certificate proceedings. Mr. Jaballah's prior testimony before this Court was voluntary. Indeed, on the advice of his then counsel, Mr. Jaballah chose not to testify during the 2001 reasonableness hearing. As noted by the Court in *Goldhart*, it follows that the ministers had no assurance that after the certificate was issued Mr. Jaballah would provide evidence, let alone evidence that the ministers would later seek to rely upon. Because Mr. Jaballah was not a compellable witness, his evidence could not be "obtained" by the ministers. Mr. Jaballah's testimony could only result from his voluntary decision to testify, a decision he made in consultation with his counsel.

[39] Further, the fact that Mr. Jaballah may have been deprived of proper disclosure of the case to be met would preclude the drawing of any adverse inference that he failed to adduce evidence at an earlier time on a point that neither he nor his counsel could know was relevant.

[40] Different considerations apply where, with the assistance of counsel, Mr. Jaballah chose to give evidence. Mr. Jaballah has not explained how the fact that he may not have known the entire case to be met would impact upon the reliability of the testimony he chose to give. Put another way, Mr. Jaballah has failed to establish how any failure to make full disclosure would have affected the reliability of his prior voluntary testimony such that it is unfair to hold him to the content of his earlier evidence.

[37] À cause du défaut de fournir la divulgation, il est difficile d'évaluer la mesure dans laquelle M. Jaballah ignorait la preuve qu'il devait réfuter lorsqu'il témoignait de temps à autre, et d'évaluer ensuite de quelle façon cela a pu avoir une incidence, ou non, sur la teneur et l'équité de ses témoignages.

[38] Une seconde difficulté auquel fait face M. Jaballah dans le cadre de l'établissement d'un lien de causalité est que, pour des raisons analysées plus loin, je conclus que ce dernier n'est pas, et n'était pas, un témoin contraignable dans les procédures antérieures de certificat de sécurité. Les témoignages que M. Jaballah a faits antérieurement devant la présente Cour étaient volontaires. En fait, sur les instructions de son avocat de l'époque, M. Jaballah a décidé de ne pas témoigner lors de l'audience de 2001 sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Goldhart*, il s'ensuit que les ministres n'avaient aucune garantie qu'après la délivrance du certificat M. Jaballah fournirait une preuve, et encore moins une preuve sur laquelle les ministres chercheraient plus tard à se fonder. Comme M. Jaballah n'était pas un témoin contraignable, il était impossible que cette preuve soit « obtenu[e] » par les ministres. Le témoignage de M. Jaballah ne pouvait découler que de sa décision volontaire de témoigner, décision qu'il a prise en consultation avec son avocat.

[39] En outre, le fait que M. Jaballah a pu avoir été privé de la divulgation appropriée de la preuve à réfuter empêcherait de tirer une inférence négative, à savoir qu'il avait omis de produire antérieurement des éléments de preuve sur un point que ni lui ni son avocat ne pouvaient savoir qu'il était pertinent.

[40] Des considérations différentes s'appliquent dans les cas où, avec l'aide de son avocat, M. Jaballah a décidé de fournir des éléments de preuve. Ce dernier n'a pas expliqué en quoi le fait qu'il ne connaissait peut-être pas toute la preuve à réfuter aurait une incidence sur la fiabilité du témoignage qu'il avait décidé de faire. Autrement dit, M. Jaballah n'a pas établi en quoi l'omission de faire une divulgation complète aurait eu une incidence sur la fiabilité de ses témoignages volontaires antérieurs, de sorte qu'il est inéquitable de le limiter au contenu de ses témoignages antérieurs.

[41] The final difficulty I see with the establishment of a causal connection between the section 7 violation and Mr. Jaballah's testimony is that the Supreme Court in *Charkaoui I* was careful to recognize that the right to know the case is not absolute. National security considerations can limit the extent of disclosure of information to an affected individual. It appears that the Supreme Court contemplated that a person named in a security certificate may in future have to proceed in the absence of full disclosure of the case to be met, so long as a substantial substitute is provided for that missing disclosure (for example, a special advocate). However, Mr. Jaballah submits that where a person named in a security certificate does not know the case to be met, his or her testimony will *per se* be obtained in a manner that infringes their rights under section 7 of the Charter. This submission appears to be contrary to the Supreme Court's premise that the right to know the case is not absolute.

[42] Turning to the existence of a temporal connection between the failure to disclose the case to be met and Mr. Jaballah's testimony, any failure to disclose sufficient information would commence with the filing of a deficient summary and supporting information. The failure would continue until a proper level of disclosure was provided. The lack of evidence with respect to the state of disclosure prevents me from properly considering the existence of a temporal link, particularly in respect of Mr. Jaballah's later testimony in 2005 and 2006.

[43] The strength of the connection between the evidence obtained and the Charter breach is a question of fact. The applicability of subsection 24(2) is to be decided on a case-by-case basis. See: *Goldhart*, at paragraph 40. For the above reasons, Mr. Jaballah has failed to establish the necessary causal or temporal connection between the evidence given through his testimony and the asserted Charter breach. I, therefore, find that Mr. Jaballah has failed to establish the applicability of subsection 24(2) of the Charter to the facts of this case.

[41] La dernière difficulté que je vois dans l'établissement d'un lien de causalité entre la violation de l'article 7 et le témoignage de M. Jaballah est que, dans l'arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême a pris soin de reconnaître que le droit de connaître la preuve produite contre soi n'est pas absolu. Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à un intéressé. Il semble que la Cour suprême ait envisagé qu'une personne désignée dans un certificat de sécurité puisse dans l'avenir devoir procéder en l'absence d'une divulgation complète de la preuve à réfuter, tant qu'on offre une solution de rechange importante à cette divulgation manquante (par exemple, les services d'un avocat spécial). Cependant, M. Jaballah soutient que lorsqu'une personne désignée dans un certificat de sécurité ignore la preuve à réfuter, son témoignage sera, en soi, obtenu d'une manière contraire aux droits que lui garantit l'article 7 de la Charte. Cet argument semble contraire à la prémisse de la Cour suprême selon laquelle le droit de connaître la preuve produite n'est pas absolu.

[42] Quant à l'existence d'un lien temporel entre le défaut de divulguer la preuve à réfuter et le témoignage de M. Jaballah, toute omission de divulguer des renseignements suffisants commencerait par la production d'un résumé et de renseignements justificatifs lacunaires. L'omission se poursuivrait jusqu'à ce que l'on fournisse un niveau de divulgation approprié. Le manque de preuves quant à l'état de la divulgation m'empêche d'examiner convenablement l'existence d'un lien temporel, surtout en ce qui a trait aux témoignages ultérieurs de M. Jaballah en 2005 et 2006.

[43] La force du rapport entre les éléments de preuve obtenus et la violation de la Charte est une question de fait. L'applicabilité du paragraphe 24(2) doit être tranchée au cas par cas. Voir : *Goldhart*, au paragraphe 40. Pour les motifs qui précèdent, M. Jaballah n'a pas établi le lien temporel ou de causalité nécessaire entre les éléments de preuve fournis au moyen de ses témoignages et la présumée violation de la Charte. Je conclus donc que M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que le paragraphe 24(2) de la Charte s'appliquait aux faits de l'espèce.

[44] I now move to consider Mr. Jaballah's submissions concerning section 13 of the Charter.

4. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under section 13 of the Charter?

[45] Section 13 of the Charter states:

Self-incrimination **13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[46] Mr. Jaballah submits that section 13 precludes the ministers from using in this proceeding for any purpose any evidence he has previously given in security certificate proceedings, as well as any testimony he gave before the IRB.

[47] The ministers respond that section 13 does not apply to this proceeding.

[48] With respect to the applicability of section 13, Mr. Jaballah argues that the immunity afforded by section 13 is not limited to criminal proceedings. He acknowledges that early cases, relying upon the inter-relationship between sections 13 and 11 of the Charter, held that section 13 applied to administrative proceedings only where they exposed the individual to penalty or forfeiture or "true penal consequences". "True penal consequences" have been defined by the Supreme Court to consist of imprisonment, or a fine which by its magnitude would appear to be imposed to redress a wrong done to society at large, rather than to maintain discipline, professional integrity and standards, or regulate conduct within a limited private sphere of activity. However, Mr. Jaballah submits that "this narrow and restrictive interpretation of the application of s. 13 fails to give adequate effect to the interrelationship between s. 13 and s. 7", and cannot be sustained in light of recent Supreme Court jurisprudence. The cases relied upon are: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Re Bagri*);

[44] Voyons maintenant les arguments de M. Jaballah sur l'article 13 de la Charte.

4. M. Jaballah a-t-il droit à réparation en vertu de l'article 13 de la Charte?

[45] Le texte de l'article 13 de la Charte est le suivant :

**13.** Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Témoignage incriminant

[46] Aux dires de M. Jaballah, l'article 13 empêche les ministres d'utiliser dans le cadre de la présente instance, et ce, à une fin quelconque, tout témoignage qu'il a donné antérieurement dans les procédures relatives à un certificat de sécurité, ainsi que dans tout témoignage qu'il a fait devant la CISR.

[47] Les ministres répondent que l'article 13 ne s'applique pas à la présente instance.

[48] Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 13, M. Jaballah soutient que l'immunité qu'accorde cette disposition ne se limite pas aux procédures de nature criminelle. Il reconnaît qu'il a été conclu dans des affaires antérieures, en se fondant sur la corrélation entre les articles 13 et 11 de la Charte, que l'article 13 s'appliquait aux instances administratives uniquement lorsqu'elles exposaient l'intéressé à une pénalité ou à une confiscation, ou à de « véritables conséquences pénales ». Selon la définition qu'en donne la Cour suprême, les « véritables conséquences pénales » consistent en une peine d'emprisonnement ou en une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer un tort causé à la société en général, plutôt que pour maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle et des normes, ou réglementer la conduite dans une sphère d'activités limitée. Cependant, M. Jaballah soutient que [TRADUCTION] « cette interprétation stricte et restrictive de l'application de l'article 13 ne donne pas un effet adéquat à la corrélation entre l'article 13 et l'article 7 », et que cette interprétation ne peut être

*Charkaoui I*, and *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*).

[49] The relevance of the two *Charkaoui* decisions is said to be in the Supreme Court's recognition of the grave consequences that may flow from security certificate proceedings, and the consequent requirement of a fair process that has regard to the nature of the proceedings and the interests at stake.

[50] Mr. Jaballah argues that the need for procedural protections is exceedingly high and those procedural protections must include immunity against the use by the ministers of his prior testimony. It is here that reliance is placed by Mr. Jaballah upon *Re Bagri*.

[51] In *Re Bagri*, the Court considered the constitutionality of provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] that empower a judge, on the application of a peace officer, to initiate an investigative hearing where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe either that a terrorism offence has been committed and that information concerning the offence or the whereabouts of the suspect is likely to be obtained, or that there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed and that the witness has direct and material information relating to the offence or the whereabouts of a suspect. Additionally, reasonable prior attempts must have been made to obtain that information from the witness. The witness may be ordered to attend, to be examined under oath, and to produce anything in his possession or control.

[52] Subsection 83.28(10) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4] of the *Criminal Code* goes on to provide that no person shall be excused from answering a question or producing a thing on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to a proceeding or penalty. It also confers both use and

maintenue au vu de la jurisprudence récente de la Cour suprême. Les arrêts sur lesquels il se fonde sont les suivants : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Re Bagri*); *Charkaoui I* et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*).

[49] La pertinence des deux arrêts *Charkaoui* résiderait dans le fait que la Cour suprême a reconnu les graves conséquences qui peuvent découler de procédures relatives à un certificat de sécurité, et la nécessité subséquente d'un processus équitable qui tient compte de la nature des procédures et des intérêts en jeu.

[50] M. Jaballah soutient qu'il est des plus nécessaires de disposer de protections procédurales et que ces dernières peuvent inclure une immunité contre l'utilisation que les ministres peuvent faire de ses témoignages antérieurs. C'est à cet égard que M. Jaballah se fonde sur l'arrêt *Re Bagri*.

[51] Dans l'arrêt *Re Bagri*, la Cour a examiné la constitutionnalité de dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] qui habilite un juge, à la suite de la demande d'un agent de la paix, à lancer une investigation judiciaire s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été commise et qu'il y a des chances d'obtenir les renseignements qui se rapportent à cette infraction ou au lieu où se trouve le suspect, ou de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise et que le témoin a des renseignements directs et pertinents qui se rapportent à l'infraction ou au lieu où se trouve un suspect. En outre, il faut que des efforts raisonnables aient été faits au préalable pour obtenir ces renseignements du témoin. Il peut être ordonné à ce dernier de comparaître, de subir un interrogatoire sous serment et d'apporter toute chose qu'il a en sa possession ou à sa disposition.

[52] Le paragraphe 83.28(10) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4] du *Code criminel* dispose ensuite que nul n'est dispensé de répondre à une question ou de produire une chose pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une procédure ou à une pénalité. Cette disposition confère

derivative use immunity in respect of any answer given or thing produced in any criminal proceeding against the person.

[53] Thus, subsection 83.28(10) provides protection to persons compelled to testify in judicial investigative hearings that are “equal to and, in the case of derivative use immunity, greater than the protections afforded to witnesses compelled to testify in other proceedings” including criminal trials. See: *Re Bagri*, at paragraph 73.

[54] In *Re Bagri*, the Supreme Court observed that testimony given in such a proceeding might also be used against non-citizens in deportation hearings held under section 34 of the Act. The Court concluded as follows in this context (at paragraphs 77–79):

This appeal is our first opportunity to discuss the parameters of a right against self-incrimination in the context of possible deportation or extradition hearings against, on the facts of this case, persons named under the s. 83.28 proceeding. Prior cases have focussed exclusively on the engagement of s. 7 in relation to government participation where the possibility of torture or death exists. The right against self-incrimination in the guise of testimonial compulsion has been recognized as non-absolute. Indeed, in the reasons above, we have affirmed the need for various procedural safeguards where testimonial compulsion is at issue. This Court has also expressly recognized the dire consequences which may flow from deportation and extradition, as such proceedings frequently have grave consequences for the liberty and security interests of individuals.

As in many other areas of law, a balance must be struck between the principle against self-incrimination and the state’s interest in investigating offences. We believe such a balance is struck by extending the procedural safeguards of s. 83.28 to extradition and deportation hearings. . . .

In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to extradition and deportation proceedings. In *Branch, supra*, at

aussi l’immunité contre l’utilisation de la preuve ainsi que l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée à l’égard de n’importe quelle réponse donnée ou chose produite dans le cadre de toute instance criminelle engagée contre la personne en question.

[53] Le paragraphe 83.28(10) confère donc aux personnes contraintes à témoigner dans une investigation judiciaire des protections qui sont « équivalentes et, dans le cas de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, supérieures à celles dont jouissent les témoins contraints à témoigner dans d’autres procédures », y compris les procès criminels. Voir : *Re Bagri*, au paragraphe 73.

[54] Dans l’arrêt *Re Bagri*, la Cour suprême a fait remarquer qu’un témoignage fait dans une telle procédure pouvait aussi être utilisée contre un non-citoyen lors d’audiences en matière d’expulsion tenues en vertu de l’article 34 de la LIPR. Dans ce contexte, la Cour a tiré la conclusion suivante (aux paragraphes 77 à 79) :

Le présent pourvoi nous donne l’occasion d’analyser, pour la première fois, les paramètres du droit de ne pas s’incriminer dans le contexte d’audiences en matière d’expulsion ou d’extradition auxquelles sont exposées, selon les faits de la présente affaire, des personnes visées par l’acte de procédure délivré en vertu de l’art. 83.28. Les affaires antérieures portaient exclusivement sur l’application de l’art. 7 dans le cas où le gouvernement participe à des procédures où le risque de torture ou de peine de mort est un enjeu. La Cour a reconnu que le droit de ne pas s’incriminer en livrant un témoignage forcé n’est pas absolu. En fait, dans les motifs qui précèdent, nous avons confirmé que diverses garanties procédurales sont requises lorsqu’il est question de contrainte à témoigner. La Cour a aussi expressément reconnu que les procédures d’expulsion et d’extradition peuvent avoir des effets désastreux, étant donné les graves conséquences qu’elles ont souvent sur les droits à la liberté et à la sécurité de certaines personnes.

Comme dans bien d’autres domaines du droit, il est nécessaire d’établir un équilibre entre le principe interdisant l’auto-incrimination et l’intérêt qu’a l’État à enquêter sur des infractions. Nous croyons que l’application des garanties procédurales de l’art. 83.28 aux audiences en matière d’extradition et d’expulsion permet d’établir cet équilibre [ . . . ]

Pour satisfaire aux exigences de l’art. 7, il faut nécessairement appliquer les garanties procédurales de l’art. 83.28 aux procédures d’extradition et d’expulsion. Dans

para. 5, derivative use immunity was stated to apply both in subsequent proceedings where the witness is an accused subject to penal sanctions, and more generally to any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*, such as extradition and deportation hearings. The protective effect of s. 83.28(10) would be significantly undercut if information gathered under s. 83.28 was used at the state's discretion in subsequent extradition or deportation proceedings. Therefore, where there is the potential for such use by the state, the hearing judge must make and, if necessary, vary the terms of an order to properly provide use and derivative use immunity in extradition or deportation proceedings. [Emphasis added.]

[55] Mr. Jaballah relies upon that conclusion to argue that:

Although s. 13 was not considered in this case, it of course not being engaged at the point of the initial compulsion to testify, Mr. Jaballah submits these reasons are nevertheless instructive with respect to its scope and application. In effect, the Supreme Court required that *prospective* use immunity under s. 7 had to embrace not only criminal and quasi-criminal proceedings but also proceedings in respect of deportation and extradition where those proceedings entailed grave consequences for the individual. Mr. Jaballah submits that by parity of reasoning, *retrospective* use immunity under s. 13 ought to be equally encompassing. Mr. Jaballah further submits that this conclusion is bolstered by consideration of the Supreme Court's decisions in the subsequent cases of *Charkaoui (No. 1)*, *supra*, and *Charkaoui (No. 2)*. [Footnote omitted.]

[56] With respect, I do not believe that a protection crafted under section 7 of the Charter, in the specific factual context before the Court in *Re Bagri*, can alter the ambit or applicability of section 13 of the Charter. Put another way, section 7 may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by section 13 of the Charter. See: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paragraph 91. This, however, does not amend or alter the protection provided by section 13 of the Charter.

[57] In oral argument, counsel for Mr. Jaballah acknowledged that security certificate proceedings are

l'arrêt *Branch*, précité, par. 5, la Cour a affirmé que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être revendiquée, à la fois, dans des procédures subséquentes où le témoin est un accusé passible de sanctions pénales et, de façon plus générale, dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*, telles les audiences en matière d'extradition et d'expulsion. L'effet protecteur du par. 83.28(10) serait sérieusement compromis si l'État pouvait, à sa discrétion, utiliser dans des procédures d'extradition ou d'expulsion subséquentes les renseignements recueillis en vertu de l'art. 83.28. Par conséquent, lorsqu'un tel risque existe, le juge qui préside l'investigation peut établir ou modifier, si nécessaire, les modalités de l'ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d'extradition ou d'expulsion. [Non souligné dans l'original.]

[55] M. Jaballah se fonde sur cette conclusion pour faire valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Même si l'article 13 n'a pas été examiné dans cette affaire, cette disposition n'entrant pas en application au stade de la contrainte initiale à témoigner, M. Jaballah soutient que ces motifs sont néanmoins instructifs quant à la portée et à l'application de cette disposition. En fait, la Cour suprême a prescrit que l'immunité contre l'utilisation *prospective* de la preuve que prévoit l'article 7 devait englober non seulement les procédures criminelles et quasi criminelles, mais aussi celles qui concernent les cas d'expulsion et d'extradition lorsqu'elles comportent de graves conséquences pour la personne visée. M. Jaballah soutient que, par souci de cohérence, l'immunité contre l'utilisation *retrospective* de la preuve que prévoit l'article 13 devrait englober les mêmes choses. Il soutient en outre que cette conclusion est étayée par l'examen des décisions que la Cour suprême a rendues dans deux affaires ultérieures : *Charkaoui (n° 1)*, précitée, et *Charkaoui (n° 2)*. [Renvoi omis.]

[56] Ceci étant dit avec respect, je ne crois pas qu'une protection conçue en vertu de l'article 7 de la Charte, dans le contexte factuel précis qui était soumis à la Cour dans l'arrêt *Re Bagri*, peut changer la portée ou l'applicabilité de l'article 13 de la Charte. En d'autres termes, l'article 7 peut contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l'article 13. Voir : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, au paragraphe 91. Toutefois, cela ne modifie pas la protection qu'accorde l'article 13 de la Charte.

[57] Dans leur plaidoirie, les avocates de M. Jaballah ont reconnu que les procédures de certificat de sécurité

not criminal in nature, and do not attract true penal consequences. See: transcript October 29, 2009, at page 112.

[58] Given that acknowledgment, and my conclusion that the decision in *Re Bagri* cannot by itself extend the application of section 13 of the Charter, I find that Mr. Jaballah has failed to establish that section 13 of the Charter applies to this proceeding.

[59] There remains to consider paragraph 83(1)(h) of the Act.

5. Is this a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the Act?

[60] Paragraph 83(1)(h) of the Act provides that in proceedings relating to security certificates:

Protection of information **83.** (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

[61] During oral argument, I enquired of counsel for the parties whether paragraph 83(1)(h) of the Act would permit the Court to refuse to receive evidence on the ground that the evidence was not reliable or was not appropriate. Both parties agreed that it would. See: transcript October 30, 2009, at pages 328–330 and pages 379–381. For the following reasons, I believe that to be correct.

[62] On its face, paragraph 83(1)(h) appears intended to facilitate the admission of evidence that would otherwise be inadmissible. The provision recognizes the type of information and intelligence that is collected in the context of national security investigations. An example would be information obtained from a reliable

ne sont pas de nature criminelle et n'entraînent pas de véritables conséquences pénales. Voir : notes sténographiques du 29 octobre 2009, à la page 112.

[58] Compte tenu de cette reconnaissance, ainsi que de ma conclusion selon laquelle la décision rendue dans *Re Bagri* ne peut en soi étendre l'application de l'article 13 de la Charte, je conclus que M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que cette disposition s'applique à la présente instance.

[59] Il reste à examiner l'alinéa 83(1)h de la Loi.

5. L'affaire se prête-t-elle à l'application de l'alinéa 83(1)h de la Loi?

[60] L'alinéa 83(1)h de la Loi indique que dans les procédures relatives à un certificat de sécurité :

**83.** (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

Protection des renseignements

[...]

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

[61] Lors des plaidoiries, j'ai demandé aux avocats des parties si l'alinéa 83(1)h permettait à la Cour de refuser de recevoir des éléments de preuve qui ne seraient pas dignes de foi ou utiles. Les deux parties ont reconnu que oui. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, aux pages 328 à 330 et 379 à 381. Pour les motifs qui suivent, je crois que cela est exact.

[62] À première vue, l'alinéa 83(1)h semble destiné à faciliter l'admission d'éléments de preuve qui seraient par ailleurs inadmissibles. Cette disposition reconnaît le type d'informations et de renseignements que l'on recueille dans le contexte d'une enquête en matière de sécurité nationale. Un exemple de cela serait les

foreign agency. The Court may be satisfied that the information is reliable and appropriate, but under traditional rules of evidence it would be inadmissible as hearsay.

[63] Notwithstanding that purpose, the use of broad and permissive words and phrases such as “may”, “in the judge’s opinion” and “reliable and appropriate” confer broad discretion upon the designated judge to control, on a principled basis, the information and evidence received by the Court.

[64] Support for that view is found in subsection 83(1.1) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act which states:

**83. ...**

Clarification

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(h), reliable and appropriate evidence does not include information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture within the meaning of section 269.1 of the *Criminal Code*, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of the Convention Against Torture.

[65] The clause-by-clause analysis of Bill C-3 [S.C. 2008, c. 3] states that subsection 83(1.1) was added to clarify that reliable and appropriate evidence does not include information believed on reasonable grounds to have been obtained by torture. That subsection 83(1.1) is simply a “clarification” reflects, in my view, Parliament’s intent that information or evidence tainted by unreliability or inappropriateness should not be received by the Court.

[66] Having so characterized paragraph 83(1)(h) of the Act, I will first consider what, if any, use can be made in this proceeding of Mr. Jaballah’s prior testimony given in the reasonableness and detention review hearings associated with the first two certificates. I will then move to consider what, if any, use can be made of his testimony before the IRB.

informations obtenues d’un organisme étranger digne de confiance. Il est fort possible que la Cour soit convaincue que l’information est digne de foi et utile mais, selon les règles de preuve classiques, elle serait inadmissible car il s’agirait de ouï-dire.

[63] Indépendamment de cette fin, l’emploi de mots larges et permissifs comme « peut », « qu’il estime » et « digne de foi et utile » confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler, d’une manière rationnelle, les informations et les éléments de preuve que reçoit la Cour.

[64] Cette opinion s’appuie sur le paragraphe 83(1.1) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi, dont le texte est le suivant :

**83. [...]**

(1.1) Pour l’application de l’alinéa (1)h), sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu’ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l’article 269.1 du *Code criminel*, ou à d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

Précision

[65] L’analyse article par article du projet de loi C-3 [L.C. 2008, ch. 3] indique que le paragraphe 83(1.1) a été ajouté pour préciser que les éléments de preuve dignes de foi et utiles n’incluent pas les informations qui, a-t-on des motifs raisonnables de croire, ont été obtenues sous la torture. Le fait que le paragraphe 83(1.1) soit simplement une « clarification » reflète à mon sens l’intention du législateur selon laquelle la Cour ne devrait pas recevoir d’informations ou d’éléments de preuve entachés par le fait qu’ils ne sont pas dignes de foi ou utiles.

[66] Après avoir caractérisé ainsi l’alinéa 83(1)h) de la Loi, j’examinerai d’abord l’usage qui peut être fait en l’espèce des témoignages antérieurs que M. Jaballah a faits lors de l’audience relative au caractère raisonnable du certificat de sécurité et de l’audience relative aux motifs de détention qui sont associées aux deux premiers certificats. J’examinerai ensuite l’usage qui peut être fait du témoignage qu’il a fait devant la CISR.

a. Mr. Jaballah's evidence given before this Court in the proceedings related to the two prior security certificates.

[67] For Mr. Jaballah's prior testimony to be received into evidence it must be reliable and appropriate. My concern is with respect to the appropriateness of receiving this evidence.

[68] In *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498 the word "appropriate" was found to generally confer a very broad latitude and discretion. At the same time, the word must take its meaning from the relevant context (see paragraphs 48 and 51).

[69] In the context of security certificate proceedings, the process so impacts upon the named person's liberty interests that section 7 of the Charter is engaged. See: *Charkaoui I*, at paragraph 18.

[70] The application of section 7 does not dictate any particular process, but requires a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake. It is the context that determines what procedures are required in order to conform to the principles of fundamental justice. The Supreme Court has stated that factual situations that are closer to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts. In security certificate proceedings, the overarching principle of fundamental justice is that persons named in security certificates must be accorded a fair judicial process. See: *Charkaoui I*, at paragraphs 20, 25 and 28.

[71] Absent exceptional circumstances that are difficult, if not impossible, to envision, where the receipt of evidence would violate the principles of fundamental justice it would not be appropriate to receive such evidence. The question therefore becomes whether receipt of Mr. Jaballah's prior evidence before this Court would accord with the principles of fundamental justice.

a. La preuve qu'a fournie M. Jaballah devant la présente Cour en l'espèce ayant trait aux deux certificats de sécurité antérieurs.

[67] Pour que les témoignages antérieurs de M. Jaballah soient reçus en preuve, il faut qu'ils soient dignes de foi et utiles (ou indiqués). La question qui me préoccupe a trait au caractère indiqué de la réception de ces éléments de preuve.

[68] Dans l'arrêt *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, il a été conclu que le mot « indiqué » évoque généralement l'existence d'une très grande latitude et d'un très large pouvoir discrétionnaire. En même temps, ce mot doit tirer son sens du contexte pertinent (voir les paragraphes 48 et 51).

[69] Dans le contexte des procédures de certificat de sécurité, le processus a un tel effet sur le droit à la liberté de la personne désignée qu'il fait entrer en application l'article 7 de la Charte. Voir : *Charkaoui I*, au paragraphe 18.

[70] L'application de l'article 7 ne dicte aucun processus particulier, mais exige la tenue d'un processus équitable qui tient compte de la nature des procédures et des intérêts en jeu. C'est le contexte qui détermine quelles sont les procédures qui sont requises pour se conformer aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême a déclaré que les situations de fait qui se rapprochent davantage d'une procédure criminelle méritent une plus grande vigilance de la part des tribunaux. Dans les procédures de certificat de sécurité, le principe de justice fondamentale prépondérant est que les personnes désignées dans un certificat de sécurité doivent bénéficier d'un processus judiciaire équitable. Voir : *Charkaoui I*, aux paragraphes 20, 25 et 28.

[71] En l'absence de circonstances exceptionnelles qui sont difficiles, voire impossibles, à envisager, si la réception d'un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale il ne serait pas indiqué de le recevoir. Il faut donc déterminer si la réception des témoignages antérieurs que M. Jaballah a faits devant la Cour serait conforme aux principes de justice fondamentale.

[72] In order to determine whether it is appropriate to receive Mr. Jaballah's prior testimonial evidence, it is necessary to identify the nature of that evidence and the extent of the protections required by section 7. The question raised by the parties whether Mr. Jaballah is a compellable witness in these proceedings impacts upon both of these considerations. Additionally, while I have found that section 13 of the Charter does not apply to this case, I believe that the content of the protection provided by that section has some relevance to the extent of the procedural protections required by the principles of fundamental justice.

[73] The ministers contend on this motion that Mr. Jaballah, as a person named in a security certificate, is not a compellable witness in proceedings related to the certificate. The ministers say that this consequence flows from the operation of section 7 of the Charter and the wording of paragraph 83(1)(g) [as am. *idem*] of the Act. See: transcript October 30, 2009, at page 266 and pages 300–302. Paragraph 83(1)(g) provides:

Protection of information **83.** (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

[74] Mr. Jaballah disagrees, and states that he is a compellable witness such that his prior testimony should be treated as having been compelled. Mr. Jaballah supports this submission by reference to the strong presumption of compellability both at common law and in the structure of the Charter. He also relies upon the *obiter* comment of my colleague Justice Mosley in *Almrei (Re)*, 2009 FC 3, 337 F.T.R. 160 to the effect that Mr. Almrei “could, conceivably” be compelled to testify at a detention review hearing.

[75] Because of the consequences that I believe flow from a finding that a person named in a security

[72] Pour savoir s'il est indiqué de recevoir les témoignages antérieurs de M. Jaballah, il est nécessaire de déterminer la nature de cette preuve et l'étendue des protections qu'exige l'article 7. Les parties se sont demandées si M. Jaballah est un témoin contraignable en l'espèce, et cette question a une incidence sur ces deux aspects. En outre, même si j'ai conclu que l'article 13 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce, je crois que la teneur de la protection qu'accorde cette disposition a une certaine pertinence pour l'étendue des protections procédurales que requièrent les principes de justice fondamentale.

[73] Les ministres soutiennent dans le cadre de la présente requête que M. Jaballah, en tant que personne désignée dans un certificat de sécurité, n'est pas un témoin contraignable dans les procédures qui se rapportent au certificat. Ils disent que cette conséquence découle de l'application de l'article 7 de la Charte, ainsi que du libellé de l'alinéa 83(1)(g) [mod., *idem*] de la Loi. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, à la page 266 et aux pages 300 à 302. Le texte de l'alinéa 83(1)(g) est le suivant :

Protection des renseignements **83.** (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

[...]

(g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

[74] M. Jaballah n'est pas d'accord et indique qu'il est un témoin contraignable, de sorte qu'il faudrait traiter ses témoignages antérieurs comme s'ils avaient été forcés. M. Jaballah étaye cet argument en faisant référence à la forte présomption de contraignabilité, tant en common law que dans la structure de la Charte. Il se fonde également sur le commentaire qu'a fait en passant mon collègue, le juge Mosley, dans la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 3, à savoir que M. Almrei pourrait [TRADUCTION] « fort bien » être contraint à témoigner à une audience de contrôle des motifs de détention.

[75] À cause des conséquences qui, je crois, découlent d'une conclusion selon laquelle une personne

certificate is not a compellable witness, it is important to resolve this issue.

[76] I acknowledge the presumption of compellability at common law and the structure of the Charter whereby paragraph 11(c) only protects a person from compulsion when they are charged with an offence. I also acknowledge that the jurisprudence establishes that paragraph 11(c) of the Charter does not apply in inadmissibility proceedings. See, for example, *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 735 where the Court wrote that deportation provisions are “not concerned with the penal consequences of the acts of individuals.”

[77] However, I do not believe paragraph 11(c) of the Charter to exhaust Charter protection against compellability. Just as section 7 of the Charter may provide a residual protection against self-incrimination, section 7 may provide a residual protection against compellability. Security certificates entail the detention of a non-citizen incidental to the ministers’ attempt to remove the person from the country. The seriousness of the liberty and security interests implicated in this process require commensurate procedural protections that meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice.

[78] The ministers would only attempt to compel a person named in the security certificate to testify for the purpose of furnishing evidence that the ministers could rely upon. In my view, to coerce such a person to furnish evidence against his or her interest, in circumstances where their liberty and security interests are so engaged, would not afford the person a fair judicial process and would be contrary to the principles of fundamental justice. This is so because the factors that favour the importance of the search for truth do not outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state.

désignée dans un certificat de sécurité n’est pas un témoin contraignable, il est important de régler cette question.

[76] Je reconnais la présomption de contraignabilité en common law et la structure de la Charte selon laquelle l’alinéa 11c) ne protège une personne contre la contrainte que lorsqu’elle est accusée d’une infraction. Je reconnais également que la jurisprudence établit que l’alinéa 11c) de la Charte ne s’applique pas aux procédures d’interdiction de territoire. Voir, par exemple, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 735, où la Cour a écrit que les dispositions en matière d’expulsion « ne portent pas sur les conséquences pénales des actes de particuliers ».

[77] Cependant, je ne crois pas que l’alinéa 11c) de la Charte épuise les protections qu’offre cette dernière contre la contraignabilité. L’article 7 de la Charte peut offrir une protection résiduelle contre l’auto-incrimination, mais il peut aussi offrir une protection résiduelle contre la contraignabilité. Les certificats de sécurité impliquent la mise en détention d’un non-citoyen accessoirement à l’effort que font les ministres pour expulser cet individu du pays. La gravité des droits à la liberté et à la sécurité qu’implique ce processus exige des protections procédurales équivalentes qui satisfont à l’obligation d’équité en common law et aux impératifs de la justice fondamentale.

[78] Les ministres ne tenteraient de contraindre une personne désignée dans le certificat de sécurité à témoigner que dans le but de fournir des preuves sur lesquelles ils pourraient se fonder. À mon avis, contraindre une telle personne à fournir des preuves contraires à son intérêt, dans des circonstances où les droits de cette personne à la liberté et à la sécurité sont à ce point mis en cause, n’accorderait pas à cette personne un processus judiciaire équitable et serait contraire aux principes de justice fondamentale. Il en est ainsi parce que les facteurs qui favorisent l’importance de la recherche de la vérité n’ont pas plus de poids que ceux qui favorisent la protection de la personne contre une contrainte induite de la part de l’État.

[79] I conclude, therefore, that the ministers are correct when they concede that, by operation of section 7 of the Charter, Mr. Jaballah is not a compellable witness. I also agree that this conclusion is consistent with the language of the Act. Paragraph 83(1)(g) requires the judge to “provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard.” This language is not consistent with the ability to coerce testimony from any party. Further, the Act does not provide any mechanism to compel the named person’s testimony or to sanction any failure to testify.

[80] Further, as the ministers submit, a person named in a certificate can present their case through evidence other than his or her own testimony.

[81] Finally, with respect to the *obiter* remark of Justice Mosley in *Almrei*, again as the ministers point out, at paragraph 70 of those reasons, Justice Mosley ruled that Mr. Almrei could choose not to testify at the detention review.

[82] Having found Mr. Jaballah not to be compellable, I believe that consequences flow from this conclusion.

[83] In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at page 353, the majority of the Supreme Court considered the value promoted by the non-compellability rule. While I agree with the ministers that there should be no wholesale importation of criminal justice principles into what is otherwise an immigration matter, I believe it to be instructive to consider the value promoted by the non-compellability rule, particularly where the applicability of that rule is conceded by the ministers.

[84] In *Dubois*, at page 357, the Court accepted that the non-compellability rule seeks to promote the principle of the case to meet. The Court quoted with approval the following: “The important protection [of the non-compellability rule] is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond”. The Supreme Court went on to note that the corollary of the

[79] Je conclus donc que les ministres ont raison lorsqu’ils admettent que, par application de l’article 7 de la Charte, M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable. Je conviens également que cette conclusion concorde avec le libellé de la Loi. L’alinéa 83(1)g exige du juge qu’« il donne à l’intéressé et au ministre la possibilité d’être entendu ». Ce libellé ne cadre pas avec la capacité de contraindre une partie quelconque à témoigner. De plus, la Loi ne comporte aucun mécanisme permettant d’obliger la personne désignée à témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner.

[80] De plus, comme le font valoir les ministres, une personne désignée dans un certificat peut présenter ses arguments autrement que par son propre témoignage.

[81] Finalement, en ce qui concerne la remarque faite en passant par le juge Mosley dans la décision *Almrei*, là encore les ministres font remarquer qu’au paragraphe 70 de ses motifs, le juge Mosley a conclu que M. Almrei pouvait décider de ne pas témoigner au contrôle des motifs de sa détention.

[82] Ayant conclu que M. Jaballah n’est pas contraignable, je crois qu’il y a des conséquences qui en découlent.

[83] Dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la page 353, les juges majoritaires de la Cour suprême ont examiné la valeur que vise à atteindre la règle de la non-contraignabilité. Je suis d’accord avec les ministres qu’il ne faudrait pas importer en bloc des principes de justice criminelle dans ce qui constitue par ailleurs une affaire d’immigration, mais je crois qu’il est instructif d’examiner la valeur que vise à atteindre la règle de la non-contraignabilité, surtout quand les ministres admettent que cette règle s’applique.

[84] Dans l’arrêt *Dubois*, à la page 357, la Cour a admis que la règle de la non-contraignabilité vise à promouvoir le principe de la preuve à réfuter. La Cour a cité en y souscrivant le passage suivant : « Ce n’est pas le fait que l’accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l’accusation avant qu’on s’attende à une réaction de sa part ». La Cour suprême a ensuite souligné

initial right to silence was protection against self-incrimination. At pages 365 and 366, Justice Lamer (as he then was) wrote:

Having established that s. 13 is a form of protection against self-incrimination, it is still necessary to consider whether this implies that an accused who has chosen to testify should be protected in a retrial of the same offence or one included therein.

I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown's case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(d), and to a lesser extent of s. 11(c)....

To allow the prosecution to use, as part of its case, the accused's previous testimony would, in effect, allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(c), i.e. to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the prosecution, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, *supra*). To hold that a new trial is not "any other proceedings" within the meaning of s. 13 would in fact authorize an interpretation of a *Charter* right which would imply a violation of another *Charter* right. Such a result should be avoided. [Emphasis added.]

[85] The correctness of this view was recently reaffirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paragraphs 25–27 and 39–40.

[86] By parity of reasoning, allowing the ministers to use Mr. Jaballah's prior testimony as part of their case in chief would allow the ministers to indirectly compel Mr. Jaballah to testify.

que le droit initial au silence avait pour corollaire la protection contre l'auto-incrimination. Aux pages 365 et 366, le juge Lamer (tel était alors son titre) écrit ce qui suit :

Après avoir établi que l'art. 13 confère une forme de protection contre l'auto-incrimination, il est aussi nécessaire de déterminer si cela signifie qu'un accusé qui a choisi de témoigner doit être protégé à l'occasion du nouveau procès relativement à la même infraction ou à une infraction comprise.

Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11d), et à un degré moindre à l'al. 11c) [...]

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11c), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*. Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où « chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments » (comme l'écrit P.A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, précité). Conclure qu'un nouveau procès n'est pas une « autre procédure » au sens de l'art. 13 équivaudrait en fait à permettre une interprétation d'un droit conféré par la *Charte* qui comporte la violation d'un autre droit conféré par la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat. [Non souligné dans l'original.]

[85] La Cour suprême du Canada a récemment confirmé cette opinion dans l'arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, aux paragraphes 25 à 27 et 39 à 40.

[86] Par souci de cohérence, le fait de permettre aux ministres d'utiliser les témoignages antérieurs de M. Jaballah dans le cadre de leur preuve principale reviendrait à leur permettre de contraindre indirectement ce dernier à témoigner.

[87] I therefore conclude that, just as compelling Mr. Jaballah to testify would violate the principles of fundamental justice, allowing the ministers to use his prior testimony as part of their case in chief would also violate principles of fundamental justice. It follows that it would not be appropriate to receive such material into evidence.

[88] The next matter that must be considered is this. If in this proceeding Mr. Jaballah chooses to testify, can the ministers use his prior testimony for purposes of cross-examination. More specifically, would such use be in accordance with the principles of fundamental justice?

[89] As noted by the majority of the Supreme Court in *R v. R.J.S.*, at paragraph 108, any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with the opposing principle of fundamental justice which suggests that, in the search for the truth, all relevant evidence should be available to the Court.

[90] This tension is, I believe, reflected in the following passage from *Henry* (at paragraphs 2–3):

It seems a long stretch from the important purpose served by a right designed to protect against compelled self-incrimination to the proposition advanced by the appellants in the present case, namely that an accused can volunteer one story at his or her first trial, have it rejected by the jury, then after obtaining a retrial on an unrelated ground of appeal volunteer a different and contradictory story to a jury differently constituted in the hope of a better result because the second jury is kept in the dark about the inconsistencies.

The protective policy of s. 13 must be considered in light of the countervailing concern that an accused, by tailoring his or her testimony at successive trials on the same indictment, may obtain through unexposed lies and contradictions an unjustified acquittal, thereby bringing into question the credibility of the trial process itself. Effective cross-examination lies at the core of a fair trial: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 76; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. Catching a witness in self-contradictions is one of the staples of effective cross-examination.

[87] Je conclus donc que, si le fait de contraindre M. Jaballah violerait les principes de justice fondamentale, celui d'autoriser les ministres à utiliser ses témoignages antérieurs dans le cadre de leur preuve principale aurait aussi le même résultat. Il s'ensuit qu'il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve.

[88] L'autre point à examiner est le suivant. Si, dans la présente instance, M. Jaballah décide de témoigner, les ministres peuvent-ils utiliser ses témoignages antérieurs pour le contre-interroger? Plus précisément, cela serait-il conforme aux principes de justice fondamentale?

[89] Comme l'ont signalé les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. R.J.S.*, au paragraphe 108, toute règle qu'exige le principe interdisant l'auto-incrimination et qui impose une limite à la contraignabilité exerce une tension dynamique avec le principe contraire de la justice fondamentale qui indique que, dans la recherche de la vérité, tous les éléments de preuve pertinents doivent être mis à la disposition de la Cour.

[90] Cette tension est, je crois, illustrée dans le passage suivant, extrait de l'arrêt *Henry* (aux paragraphes 2 et 3) :

Il y a un monde entre l'objet important visé par un droit destiné à protéger contre l'auto-incrimination forcée et la prétention des appelants, selon laquelle un accusé peut, après avoir donné volontairement une version des faits à son premier procès, l'avoir vue rejetée par le jury et avoir obtenu un nouveau procès pour un motif distinct, soumettre volontairement une version différente et contradictoire à un jury différemment constitué, dans l'espoir que celui-ci rendra un verdict plus favorable parce que les contradictions avec la première version ne lui seront pas révélées.

La finalité protectrice de l'art. 13 a un contrepois dont il faut tenir compte, soit la crainte qu'un accusé puisse ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort, grâce à des mensonges et des contradictions non révélés, ce qui ébranlerait la crédibilité du processus judiciaire lui-même. Un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 76; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Mettre au jour les contradictions dans les déclarations d'un témoin est l'un des éléments principaux d'un contre-interrogatoire efficace.

[91] In *Henry*, the Supreme Court reviewed prior jurisprudence that had interpreted the scope of the protection against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter. The circumstances before the Court in *Henry* were that the accused persons had voluntarily testified both at their first trial and at their subsequent retrial. At the second trial they told a different version of events and they were cross-examined on their prior inconsistent testimony. They argued before the Supreme Court that this use of their prior testimony violated their right against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter. The Court concluded that section 13 does not apply to protect an accused who chooses to testify at his or her retrial on the same indictment.

[92] I believe the values that informed the Court's analysis in *Henry* should inform considerations of the scope of the protection afforded to Mr. Jaballah under section 7 of the Charter. The liberty and security interests that are engaged in this proceeding are significant; however, I do not see that they justify greater protection than would be afforded to an accused in a criminal proceeding.

[93] For this reason, if Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers may cross-examine him upon any prior statement made in previous security certificate proceedings.

b. IRB testimony

[94] Mr. Jaballah confined his submissions concerning his testimony before the IRB to section 13 of the Charter. Given, however, that I have concluded that section 7 of the Charter is relevant, it is necessary for me to consider whether it would be contrary to principles of fundamental justice to receive such testimony from the ministers in support of their case.

[95] In their section 13 analysis, counsel for Mr. Jaballah argued that the IRB hearing was "another proceeding" and that he was a compellable witness before the IRB. They relied upon the fact that, at the

[91] Dans l'arrêt *Henry*, la Cour suprême a passé en revue des éléments jurisprudentiels dans lesquels avait été interprétée la portée de la protection contre l'auto-incrimination que garantit l'article 13 de la Charte. Les circonstances soumises à la Cour dans cette affaire étaient que les accusés avaient témoigné volontairement, tant à leur premier procès qu'à leur nouveau procès ultérieur. Au second procès, ils avaient relaté une version différente des faits et ils avaient été contre-interrogés sur leurs témoignages incompatibles antérieurs. Ils ont fait valoir devant la Cour suprême que cette utilisation de leurs témoignages antérieurs violait le droit à ne pas s'incriminer que garantissait l'article 13 de la Charte. La Cour a conclu que l'article 13 ne s'appliquait pas pour protéger un accusé qui décidait de témoigner à son nouveau procès sur le même acte d'accusation.

[92] Je crois que les valeurs qui ont éclairé l'analyse faite par la Cour dans l'arrêt *Henry* devraient éclairer l'examen relatif à la portée de la protection que l'article 7 de la Charte accorde à M. Jaballah. Les droits à la liberté et à la sécurité qui sont en cause dans la présente instance sont importants, mais je ne pense pas qu'ils justifient une protection supérieure à celle que l'on accorderait à un accusé dans une instance criminelle.

[93] Pour cette raison, si M. Jaballah décide de témoigner dans la présente instance, les ministres peuvent le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures de certificat de sécurité antérieures.

b. Le témoignage fait devant la CISR

[94] M. Jaballah a limité ses observations concernant le témoignage qu'il a fait devant la CISR à l'article 13 de la Charte. Cependant, comme j'ai conclu que l'article 7 de la Charte est pertinent, il est nécessaire que j'examine s'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de recevoir des ministres cette preuve à l'appui de leurs arguments.

[95] Dans son analyse concernant l'article 13, les avocates de M. Jaballah ont fait valoir que l'audience de la CISR faisait partie « d'autres procédures » et qu'il était un témoin contraignable devant la CISR.

relevant time, the governing legislation conferred on members of the IRB all of the powers and authorities of a commissioner appointed under Part I [sections 1 to 5] of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 including the power to require a person to appear and testify. The ministers responded that while IRB members did possess the powers of commissioners of inquiry, the nature of the IRB proceedings and of Mr. Jaballah's testimony must be considered.

[96] I agree, and view Mr. Jaballah's evidence before the IRB to be qualitatively different from his testimony in previous certificate proceedings.

[97] Mr. Jaballah's refugee claim was one initiated as a result of his own free decision to embark on that process. Before or during the process he would have learned that in order to advance a refugee claim, he was required to file a personal information form, completed under oath, and to appear and testify under oath. Mr. Jaballah chose to do both. Throughout the refugee claim, Mr. Jaballah was not coerced into providing evidence. Any failure to file a personal information form or to attend a hearing would not have led to any penalty or proceeding for contempt. Rather, a hearing would have been held into the abandonment of the refugee claim. In the refugee hearing, Mr. Jaballah was not in an adversarial position to the state. Unless the Minister of Citizenship and Immigration was of the view that cessation or exclusion clauses applied (under subsection 2(2) of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] or section E or F of Article 1 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]) refugee hearings held before the IRB were viewed to be non-adversarial in nature in that there was no case to be met by the claimant. This was because there was no party adverse in interest to the claimant. See: *CRDD Handbook*, March 31, 1999, pages 1-8 to 1-12.

Elles se sont fondées sur le fait qu'à l'époque en cause, le texte de loi qui régissait la question conférait aux membres de la CISR tous les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I [articles 1 à 5] de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, y compris celui d'exiger qu'une personne compareisse et témoigne. Les ministres ont répondu que même si les commissaires de la CISR détenaient effectivement les pouvoirs d'un commissaire d'enquête, il était nécessaire de prendre en considération la nature des procédures de la CISR ainsi que celle du témoignage de M. Jaballah.

[96] Je suis d'accord, et je considère que la preuve de M. Jaballah devant la CISR est, d'un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu'il a faits lors des procédures de certificat antérieures.

[97] La demande d'asile de M. Jaballah a été entreprise à la suite de la décision personnelle, prise librement par lui, de se lancer dans ce processus. Avant ou pendant le processus, il aurait appris que pour présenter une demande d'asile il lui fallait produire un formulaire de renseignements personnels, établi sous serment, ainsi que comparaître et témoigner sous serment. M. Jaballah a choisi de faire les deux. Pendant toute la durée de la demande d'asile, M. Jaballah n'a pas été contraint à fournir des preuves. Toute omission de produire un formulaire de renseignements personnels ou de comparaître à une audience n'aurait pas mené à l'imposition d'une pénalité ou à une poursuite pour outrage. Au lieu de cela, on aurait tenu une audience sur l'abandon de la demande d'asile. Dans l'audition de la demande d'asile, M. Jaballah ne se trouvait pas dans une position antagoniste par rapport à l'État. Sauf si le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration était d'avis que les clauses de cessation ou d'exclusion s'appliquaient (en vertu du paragraphe 2(2) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] ou de la section E ou F de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]), les audiences relatives à une demande d'asile qui avaient lieu de la CISR étaient considérées comme non antagonistes, en ce sens que le demandeur n'avait aucune preuve à réfuter. Cela s'expliquait par le fait qu'il n'y avait aucune partie ayant un intérêt opposé à celui du demandeur. Voir : *Guide de la SSR*, 31 mars 1999, pages 1-8 à 1-12.

[98] In *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, the Supreme Court affirmed that any limit on the principle against self-incrimination should be determined by reference to the two rationales which underlie that principle. They are: first, to protect against unreliable confessions, and second, to protect against the abuse of power by the state. In *Fitzpatrick*, the Court found that neither rationale would be threatened by allowing the Crown to use, on a prosecution for over-fishing, documents the accused fisherman was compelled by regulation to provide. The Supreme Court found the protection against self-incrimination afforded by section 7 of the Charter did not elevate all records produced under statutory compulsion to the status of compelled testimony at a criminal or investigation hearing.

[99] I similarly find neither rationale to be threatened if Mr. Jaballah's IRB testimony is received in evidence. With respect to the fear of unreliable confessions, Mr. Jaballah's testimony before the IRB was not a confession. Further, I do not see how allowing that evidence to be adduced in a security certificate proceeding would increase the likelihood of false testimony before the IRB. Strong sanctions already exist for the giving of false testimony under oath. As in *Fitzpatrick*, the fear of an increased incentive to falsify evidence is not a reasonable basis on which to conclude that the principle of self-incrimination applies in the circumstances before me.

[100] With respect to the second rationale, protection against state abuse, in my view there is little danger of abusive state conduct arising out of the voluntary participation in a refugee claim and the subsequent use of that testimony.

[101] For these reasons, I find the principles of fundamental justice would not be violated, and so it would be appropriate for the Court to receive Mr. Jaballah's prior evidence before the IRB as part of the ministers' case. Also, if Mr. Jaballah chooses to testify in this

[98] Dans l'arrêt *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, la Cour suprême a confirmé que toute limite imposée au principe interdisant l'auto-incrimination doit être déterminée en se reportant aux deux objets fondamentaux qui sous-tendent ce principe : premièrement, la protection contre les confessions indignes de foi et, deuxièmement, la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Dans l'arrêt *Fitzpatrick*, la Cour a conclu que l'on ne menacerait ni l'un ni l'autre de ces objets en permettant à la Couronne d'utiliser, dans le cadre d'une poursuite pour surpêche, des documents que la réglementation forçait l'accusé — un pêcheur — à fournir. La Cour suprême a conclu que la protection contre l'auto-incrimination qu'accorde l'article 7 de la Charte ne conférerait pas à tous les dossiers produits sous contrainte légale le statut de témoignage forcé lors d'une audience tenue en matière criminelle ou aux fins d'une enquête.

[99] Je conclus moi aussi que ni l'un ni l'autre des objets fondamentaux n'est menacé si l'on reçoit en preuve le témoignage que M. Jaballah a fait devant la CISR. En ce qui concerne la crainte des confessions indignes de foi, le témoignage que M. Jaballah a fait devant la CISR n'était pas une confession. De plus, je ne vois pas en quoi le fait de permettre que cette preuve soit produite dans le cadre d'une procédure de certificat de sécurité aggraverait le risque d'un faux témoignage devant la CISR. Il existe déjà de sévères sanctions pour ceux qui font un faux témoignage sous serment. Comme dans l'arrêt *Fitzpatrick*, la crainte d'une incitation accrue à falsifier une preuve n'est pas un motif raisonnable de conclure que le principe interdisant l'auto-incrimination s'applique en l'espèce.

[100] Quant au second objet fondamental, la protection contre les abus de pouvoir de l'État, il y a selon moi peu de risques que la participation volontaire à une demande d'asile et l'utilisation ultérieure de ce témoignage mènent à une conduite abusive de la part de l'État.

[101] Pour ces motifs, je conclus que l'on ne violerait pas les principes de justice fondamentale et qu'il serait donc indiqué que la Cour reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR dans le cadre de la preuve des ministres. En outre, si M. Jaballah

proceeding, his IRB testimony can be used in cross-examination by the ministers.

[102] This latter conclusion is consistent with the decision of Justice Mosley in *Almrei* where, at paragraphs 71–75, he found that if Mr. Almrei chose to testify at a detention review hearing he could be cross-examined at that hearing on the basis of his prior statements and testimony.

c. Derivative use immunity

[103] Mr. Jaballah submits that derivative use immunity applies in this proceeding. The ministers do not disagree.

[104] The special advocates have identified one item of information in the closed record filed in support of the current security certificate which they say is derivative evidence. The ministers agree that should the Court find that the ministers' reliance on Mr. Jaballah's prior testimony violates one or more of Mr. Jaballah's Charter rights, the one item of information can be considered to be derivative evidence.

[105] I agree that derivative use immunity applies in this proceeding. See: *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at paragraph 5 and *Re Bagri*, at paragraph 79. I am also satisfied that the information in question is causally linked to Mr. Jaballah's 1999 testimony. As such, the principles of fundamental justice would be violated if the ministers are allowed to use this evidence in support of the certificate. It would not be appropriate to receive this information and evidence as part of the ministers' case.

d. The protection provided by Justice MacKay's order

décide de témoigner en l'espèce, les ministres pourront utiliser le témoignage qu'il a fait devant la CISR en contre-interrogatoire.

[102] Cette dernière conclusion concorde avec la décision qu'a rendue le juge Mosley dans la décision *Almrei*, où, aux paragraphes 71 à 75, il a conclu que si M. Almrei décidait de témoigner à une audience relative au contrôle des motifs de sa détention, il pourrait être contre-interrogé à cette occasion sur la foi de ses déclarations et de ses témoignages antérieurs.

c. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée

[103] M. Jaballah soutient que le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique en l'espèce. Les ministres ne sont pas en désaccord avec ce point de vue.

[104] Les avocats spéciaux ont relevé, dans le dossier clos déposé à l'appui du certificat de sécurité actuellement en vigueur, un élément d'information particulier qui, disent-ils, constitue une preuve dérivée. Les ministres conviennent que si la Cour conclut que le fait qu'ils se fondent sur les témoignages antérieurs de M. Jaballah viole un ou plusieurs des droits que la Charte garantit à celui-ci, cet élément d'information peut être considéré comme une preuve dérivée.

[105] Je conviens que le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique en l'espèce. Voir : *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 5, et *Re Bagri*, au paragraphe 79. Je suis également convaincue que les renseignements en question ont un lien de causalité avec les témoignages que M. Jaballah a faits en 1999. Cela étant, on enfreindrait les principes de justice fondamentale si l'on permettait aux ministres d'utiliser cette preuve à l'appui du certificat. Il ne serait pas indiqué de recevoir cette information et ces éléments dans le cadre de la preuve des ministres.

d. La protection qu'accorde l'ordonnance du juge MacKay

[106] Justice MacKay's order of August 18, 2006 conferred use and derivative use immunity upon Mr. Jaballah in respect of his testimony given before Justice MacKay in May and July, 2006. My reasons with respect to the use that the ministers may make of Mr. Jaballah's prior testimony before this Court make it unnecessary to consider the effect of Justice MacKay's order except in one respect. I have found that should Mr. Jaballah choose to testify, the ministers may cross-examine him upon his prior testimony in this Court. That finding makes it necessary to consider whether Justice MacKay's order conferred any broader protection in respect of the 2006 testimony.

[107] Mr. Jaballah's supplementary submissions of December 3, 2009, set out the background to the making of the August 18, 2006 order and his argument as to why the use immunity granted extends to use for the purposes of impeachment on cross-examination. That order was delivered in the context of an application for the adjournment of further proceedings against Mr. Jaballah pending the outcome of the Supreme Court's decision in *Charkaoui I*. In dismissing the application, Justice MacKay found that a court order could adequately address Mr. Jaballah's concerns for the potential harm of having his evidence used by the ministers in future hearings. Mr. Jaballah submits that it is apparent from the record that the potential harm sought to be protected against included impeachment. He points to Mr. Norris's submissions of July 11, 2006 (at page 812):

Mr. Jaballah ought to receive use and derivative use immunity in regard to that testimony in any other proceeding. That is to say that his very testimony could not be used either to continue to build the case against him in some future proceeding or information derived from his testimony equally ought not to be available to the ministers or, more broadly speaking, to the Crown and the Government of Canada in building its case against Mr. Jaballah either directly as part of his case-in-chief or as the basis for cross-examination of Mr. Jaballah. [Emphasis in original.]

[106] L'ordonnance que le juge MacKay a rendue le 18 août 2006 a accordé une immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à M. Jaballah, relativement aux témoignages qu'il avait faits devant lui en mai et en juillet 2006. Mes motifs concernant l'utilisation que les ministres peuvent faire des témoignages antérieurs faits par M. Jaballah devant la Cour font qu'il est inutile d'examiner l'effet qu'a l'ordonnance du juge MacKay, sauf à un égard en particulier. J'ai conclu que si M. Jaballah décidait de témoigner, les ministres pourraient le contre-interroger sur les témoignages antérieurs qu'il a faits devant la présente Cour. Cette conclusion oblige à examiner si l'ordonnance du juge MacKay a conféré une protection additionnelle au sujet des témoignages faits en 2006.

[107] Les observations supplémentaires que M. Jaballah a faites le 3 décembre 2009 situent le contexte dans lequel l'ordonnance du 18 août 2006 a été rendue, ainsi que son argument quant au motif pour lequel l'immunité accordée contre l'utilisation de la preuve s'étend à l'utilisation qui est faite de cette dernière pour attaquer la crédibilité de M. Jaballah en contre-interrogatoire. Cette ordonnance a été rendue dans le contexte d'une demande d'ajournement d'autres procédures engagées contre M. Jaballah, en attendant l'issue de la décision de la Cour suprême dans *Charkaoui I*. En rejetant la demande, le juge MacKay a conclu qu'une ordonnance judiciaire pouvait régler convenablement les préoccupations de M. Jaballah au sujet du tort que pourrait causer le fait que les ministres utilisent ses témoignages lors d'audiences ultérieures. M. Jaballah soutient qu'il ressort clairement du dossier qu'une attaque contre la crédibilité faisait partie du tort possible que l'on cherchait à protéger. Il souligne les observations qu'a faites M. Norris le 11 juillet 2006 (à la page 812) :

[TRADUCTION] M. Jaballah devrait bénéficier de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à l'égard de ces témoignages dans toute autre procédure. C'est-à-dire que l'on ne pourrait pas s'en servir pour continuer à étoffer la preuve contre lui lors d'une procédure ultérieure, ou les informations tirées de ses témoignages devraient elles aussi ne pas être à la disposition des ministres ou, de façon plus générale, de la Couronne et du gouvernement du Canada pour étoffer sa preuve contre M. Jaballah, soit directement dans le cadre de sa preuve principale, soit comme fondement à un contre-interrogatoire de M. Jaballah. [Mis en italique dans l'original.]

Further submissions were made regarding the scope of use immunity available to compellable as opposed to voluntary witnesses on the basis of *Henry* (May 23, 2006, at pages 276-277). This was to the effect that a compellable witness would be shielded from cross-examination on previous testimony. Mr. Jaballah submits that in light of this, and Justice MacKay's finding that he was "virtually compelled by circumstances to testify if he [was] to exercise his opportunity to establish that the Ministers' certificate is unreasonable", the order ought to be read as conferring protection not only against the use of his testimony in the Ministers' case in chief, but against its use in cross-examination as well.

[108] The ministers respond by first arguing that the Court should not consider itself bound by Justice MacKay's order because it was premature. This is said to be because under section 13 of the Charter, the question of whether evidence is incriminating falls to be determined when one attempts to use the evidence, not when the evidence is first given. The ministers argue that the Court should not be precluded from making its own determination and, when doing so, the Court should be mindful that it is a principle of fundamental justice that relevant evidence should be available to the trier of fact.

[109] In their supplementary written submissions of December 3, 2009, the ministers reiterate that Mr. Jaballah's prior testimony was voluntary and not compelled. They note that a finding of "virtual compulsion" is not an explicit finding that Mr. Jaballah was legally compelled. They further submit that:

... should the Court find generally that Mr. Jaballah's testimony was not compelled, it would be incongruous to interpret the Order any differently than that the use immunity provision does not restrict use of the testimony for the purposes of impeaching his credibility on cross-examination, as that testimony was not compelled. The Ministers submit that the Order should be read in such a manner that the benefit conferred by MacKay J. in granting use immunity was to solidify for Mr. Jaballah that his testimony from May and

D'autres observations ont été faites au sujet de la portée de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dont disposent les témoins contraignables, par opposition aux témoins volontaires, sur le fondement de l'arrêt *Henry* (23 mai 2006, aux pages 276 et 277). Selon ces observations, un témoin contraignable serait à l'abri d'un contre-interrogatoire portant sur des témoignages antérieurs. M. Jaballah soutient qu'au vu de ce qui précède, et de la conclusion du juge MacKay selon laquelle il était [TRADUCTION] « quasi contraint par les circonstances de témoigner s'il devait exercer sa chance d'établir que le certificat des ministres est déraisonnable », il faudrait considérer que l'ordonnance protège non seulement contre l'utilisation de ses témoignages dans la preuve principale des ministres, mais aussi contre leur utilisation en contre-interrogatoire.

[108] Les ministres répliquent en faisant valoir tout d'abord que la Cour ne devrait pas considérer qu'elle est liée par l'ordonnance du juge MacKay, car cette ordonnance était prématurée. En effet, aux termes de l'article 13 de la Charte, la question de savoir si une preuve est incriminante doit être tranchée au moment où on tente d'utiliser la preuve, et non pas où cette dernière est donnée pour la première fois. Ils soutiennent qu'il ne faudrait pas empêcher la Cour de rendre sa propre décision et, en le faisant, la Cour devrait garder à l'esprit qu'il est un principe de justice fondamentale selon lequel une preuve pertinente doit être mise à la disposition du juge des faits.

[109] Dans leurs observations écrites supplémentaires du 3 décembre 2009, les ministres réitèrent que les témoignages antérieurs de M. Jaballah étaient volontaires et non forcés. Ils signalent qu'une conclusion de [TRADUCTION] « quasi-contrainte » n'est pas une conclusion explicite selon laquelle M. Jaballah était légalement forcé. Ils ajoutent de plus que :

[TRADUCTION] [...] si la Cour conclut de façon générale que les témoignages de M. Jaballah n'ont pas été forcés, il serait incongru d'interpréter l'ordonnance autrement qu'en disant que la disposition d'immunité contre l'utilisation de la preuve n'empêche pas d'utiliser les témoignages en vue d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire, car ces témoignages n'ont pas été forcés. Les ministres soutiennent que l'ordonnance devrait être interprétée de telle façon que l'avantage que le juge MacKay a conféré en accordant l'immunité contre

July 2006 would not be used in future proceedings against him in first instance, as he asserted had occurred in the past. The Order should not however be read as precluding use of his testimony to impeach his credibility in cross-examination as that would be an overly broad reading of the provisions of the Order.

...

In fashioning the Order as he did, Justice MacKay should not be deemed to have wanted or intended to go further than the robust protections afforded by the *Charter*, the common law and the jurisprudence which protects a person from being compelled to testify.

[110] I begin by rejecting the ministers' submission that the Court should not consider itself bound by the August 18, 2006 order. I reject this as being an impermissible collateral attack on the order. Further, it would be repugnant for the Court to resile from the assurance given to Mr. Jaballah in exchange for his testimony.

[111] Turning to the scope of the protection provided, some months before the order was made, in *Henry*, the Supreme Court had clarified the scope of the protection against self-incrimination provided by section 13 of the Charter. While I have found section 13 not to apply to this proceeding, I believe that section 13 informs how use immunity operates in Canadian law. This reflects the view expressed by a number of academic writers that section 13 of the Charter has made redundant section 5 [as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5]. (Prior to the enactment of the Charter, section 5 of the *Canada Evidence Act* provided a narrower protection against self-incrimination.) See, for example, Paciocco and Steusser, *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008, at page 288. It is also consistent with the view expressed in *Henry*, at paragraph 23, that a consensus exists that section 13 of the Charter was intended to extend section 5 of the *Canada Evidence Act*.

l'utilisation de la preuve était de confirmer auprès de M. Jaballah que ses témoignages de mai et de juillet 2006 ne seraient pas utilisés lors de procédures ultérieures engagées contre lui en première instance, comme, affirmait-il, cela était arrivé dans le passé. Il ne faudrait toutefois pas considérer que l'ordonnance empêche d'utiliser ses témoignages pour attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire car il s'agirait là d'une lecture exagérément large des dispositions de l'ordonnance.

[...]

Il ne faudrait pas considérer que le juge MacKay, en concevant l'ordonnance comme il l'a fait, voulait ou entendait aller plus loin que les solides protections qu'accorde la Charte, la common law et la jurisprudence, qui protègent une personne contre le fait d'être contraint à témoigner.

[110] Tout d'abord, je rejette l'argument des ministres selon lequel la Cour ne devrait pas considérer qu'elle est liée par l'ordonnance du 18 août 2006. Je rejette cet argument car il s'agit d'une contestation incidente inadmissible de l'ordonnance. En outre, la Cour répugnerait à l'idée de revenir sur l'assurance qu'elle a donnée à M. Jaballah en échange de ses témoignages.

[111] En ce qui concerne la portée de la protection accordée, quelques mois avant que l'ordonnance soit rendue, dans l'arrêt *Henry* la Cour suprême a éclairci la portée de la protection contre l'auto-incrimination que confère l'article 13 de la Charte. Même si j'ai conclu que cet article ne s'applique pas en l'espèce, je crois qu'il éclaire la façon dont le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve s'applique en droit canadien. Cela reflète l'opinion qu'ont exprimée un certain nombre de théoriciens, à savoir que l'article 13 de la Charte a rendu superflu l'article 5 [mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5]. (Avant l'adoption de la Charte, l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* offrait une protection plus restreinte contre l'auto-incrimination.) Voir, par exemple, Paciocco et Steusser, *The Law of Evidence*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2008, à la page 288. Cela concorde aussi avec l'opinion exprimée dans l'arrêt *Henry*, au paragraphe 23, à savoir qu'il y avait consensus sur le fait que l'article 13 visait à élargir l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[112] In *Henry*, the Supreme Court drew a distinction between the extent of the available protection against self-incrimination based upon whether prior testimony is compelled or voluntary. Thus, if an accused voluntarily testifies he can be cross-examined on his previous testimony. Conversely, prior compelled evidence is inadmissible even for the purpose of challenging a witness' credibility.

[113] The scope of the requested immunity was very much a live issue before Justice MacKay. In my view, had he intended to provide immunity greater than that available in criminal proceedings, Justice MacKay would have expressly identified the extent of the enhanced protection. He did not, and I conclude the order provides protection consistent with that available under section 13 of the Charter in criminal proceedings.

[114] Mr. Jaballah places great reliance upon the fact that Justice MacKay noted that Mr. Jaballah was "virtually compelled by circumstances to testify". However, at law testimony is either compellable or not. The law does not recognize "virtual compellability". I believe that Justice MacKay was referring to the tactical obligation Mr. Jaballah may have felt to testify. Such tactical pressure would be relevant to the exercise of discretion as to whether to afford prospective immunity in exchange for testimony. It is irrelevant to the consideration of whether evidence was compelled. See: *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paragraphs 47–51.

[115] For these reasons, I find that the extent of the immunity provided in respect of Mr. Jaballah's 2006 testimony is coextensive with that which I have found is otherwise available to a person named in a security certificate. Should Mr. Jaballah decide to testify in this proceeding, he may be cross-examined upon his 2006 testimony. This conclusion would be equally applicable to the identical protection conferred by Justice Layden-Stevenson's order of October 2, 2006.

[112] Dans l'arrêt *Henry*, la Cour suprême a fait une distinction entre l'étendue de la protection disponible contre l'auto-incrimination, selon que le témoignage antérieur est forcé ou volontaire. C'est donc dire que si un accusé témoigne volontairement, il peut être contre-interrogé sur son témoignage antérieur. À l'inverse, un témoignage antérieur forcé est inadmissible même s'il est question de contester la crédibilité d'un témoin.

[113] L'étendue de l'immunité demandée était une question très sérieuse quand elle a été soumise au juge MacKay. À mon avis, s'il avait voulu accorder une immunité supérieure à celle qui est disponible dans les procédures criminelles, le juge MacKay aurait expressément indiqué l'étendue de la protection supplémentaire. Il ne l'a pas fait, et je conclus que l'ordonnance confère une protection qui concorde avec celle qui est disponible en vertu de l'article 13 de la Charte dans les procédures de nature criminelle.

[114] M. Jaballah se fonde dans une large mesure sur le fait que le juge MacKay a fait remarquer qu'il était [TRADUCTION] « quasi contraint par les circonstances à témoigner ». Cependant, en droit, un témoignage est contraignable ou il ne l'est pas. Le droit ne reconnaît pas la [TRADUCTION] « quasi-contraignabilité ». Je crois que le juge MacKay faisait référence à l'obligation tactique qu'éprouvait peut-être M. Jaballah à témoigner. Une telle pression tactique serait pertinente pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une immunité prospective en échange d'un témoignage, mais elle est sans rapport avec la question de savoir si le témoignage était forcé. Voir : *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, aux paragraphes 47 à 51.

[115] Pour ces motifs, je conclus que l'étendue de l'immunité accordée à l'égard des témoignages que M. Jaballah a faits en 2006 est la même que celle qui, ai-je conclu, est par ailleurs assurée à une personne désignée dans un certificat de sécurité. Si M. Jaballah décide de témoigner en l'espèce, il peut être contre-interrogé sur les témoignages qu'il a faits en 2006. Cette conclusion s'appliquerait tout autant à la protection identique que conférerait l'ordonnance que la juge Layden-Stevenson a rendue le 2 octobre 2006.

## e. Final comment

[116] For the above reasons, I have concluded that if Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers may cross-examine him upon any prior statement made in prior security certificate proceedings or before the IRB. However, prior testimony before this Court may not be used by the ministers as part of their case in chief.

[117] In reaching this conclusion, I have been mindful of the tension between the principle against self-incrimination and the search for the truth. In the present case, no issue arises with respect to statements Mr. Jaballah may have made to authorities prior to the institution of any of the certificate proceedings. Except for the one item of information derived from Mr. Jaballah's prior testimony (described above at paragraph 104) no information or evidence is excluded from the ministers' case which was the product of the investigation conducted by the Canadian Security Intelligence Service. Therefore, the excluded evidence does not impact in any meaningful way upon the ability of the ministers to investigate and prepare a case alleging inadmissibility.

[118] This, I believe, is reflected in the ministers' acknowledgment, made in the course of submissions concerning *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, that the exclusion of Mr. Jaballah's prior testimony would not "gut" the ministers' case. See: transcript October 30, 2009, at page 290.

[119] What is in issue here is a very unique situation: where there have been three prior reasonableness hearings, and a number of associated detention review hearings, years later can the ministers use Mr. Jaballah's prior testimony against him in support of their case in the current proceeding?

[120] The finding that the evidence cannot be used to build the ministers' case in chief, but can be used in

## e. Un dernier commentaire

[116] Pour les motifs qui précèdent, j'ai conclu que si M. Jaballah décidait de témoigner en l'espèce, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration faite dans le cadre de procédures de certificat de sécurité antérieures ou devant la CISR. Cependant, les ministres ne peuvent pas se servir, dans le cadre de leur preuve principale, des témoignages faits antérieurement devant la Cour.

[117] Pour arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte de la tension qui existe entre le principe interdisant l'auto-incrimination et la recherche de la vérité. En l'espèce, les déclarations que M. Jaballah a pu avoir faites aux autorités avant l'engagement de l'une quelconque des procédures de certificat ne suscitent aucun problème. À l'exception d'un seul élément d'information tiré des témoignages antérieurs de M. Jaballah (et décrit plus tôt, au paragraphe 104), aucune information ou preuve n'est exclue de la preuve des ministres, qui était le produit de l'enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité. Par conséquent, la preuve exclue n'a pas d'incidence marquée sur la capacité qu'ont les ministres de faire enquête et de préparer une preuve alléguant l'interdiction de territoire.

[118] Cela, je crois, se reflète dans la reconnaissance qu'ont faite les ministres, au cours des plaidoiries concernant l'affaire *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, à savoir que l'exclusion des témoignages antérieurs de M. Jaballah ne serait pas « fatale » à la preuve des ministres. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, à la page 290.

[119] La question qui est en litige en l'espèce est une situation fort singulière : quand il y a eu trois audiences relatives au caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, ainsi qu'un certain nombre d'audiences connexes, concernant le contrôle des motifs de détention, les ministres peuvent-ils, plusieurs années plus tard, utiliser contre M. Jaballah les témoignages qu'il a faits antérieurement à l'appui de leur preuve dans la présente instance?

[120] La conclusion selon laquelle la preuve ne peut pas servir à étayer la preuve principale des ministres,

cross-examination should Mr. Jaballah decide to testify, represents the balance between protecting Mr. Jaballah's right to a fair hearing and protecting the public's right to have all relevant evidence available in the search for the truth.

## 6. Conclusion

[121] Mr. Jaballah's motion will, therefore, be allowed in part. The ministers may not, as part of their case against Mr. Jaballah, rely on Mr. Jaballah's testimony from his previous security certificate hearings. However, should Mr. Jaballah choose to testify in the current proceeding, he may be cross-examined on that same testimony. The ministers will not be similarly restricted in their use of the evidence Mr. Jaballah gave at his IRB hearing. That testimony may be used in their case against Mr. Jaballah and for the purpose of cross-examination. Mr. Jaballah will have derivative use immunity in respect of the item of information in the closed record mentioned in these reasons. The Court will not receive this information in support of the ministers' case. Finally, Mr. Jaballah will not, as a result of Justice Mackay's August 18, 2006 order, receive any broader protection in respect of his May and July 2006 testimony than I have found he is otherwise entitled to. If he chooses to testify in the current proceeding, Mr. Jaballah may be cross-examined on that evidence as well.

[122] No order will issue at this time because the parties have acknowledged that no interlocutory appeal lies from this decision. An opportunity will in future be afforded to the parties to propose any certified question.

mais peut être utilisée en contre-interrogatoire advenant que M. Jaballah décide de témoigner, représente le point d'équilibre entre la protection du droit de M. Jaballah à une audition équitable et la protection du droit qu'a le public d'avoir toutes les preuves pertinentes disponibles dans le cadre de la recherche de la vérité.

## 6. Conclusion

[121] La requête de M. Jaballah sera donc accueillie en partie. Il est interdit aux ministres de se fonder, dans le cadre de leur preuve contre M. Jaballah, sur les témoignages que ce dernier a faits lors de ses audiences antérieures concernant un certificat de sécurité. Cependant, si M. Jaballah décide de témoigner dans la présente instance, il peut être contre-interrogé sur ces mêmes témoignages. Les ministres ne seront pas limités de la même façon dans l'utilisation qu'ils feront de la preuve que M. Jaballah a fournie lors de son audience devant la CISR. Ce témoignage peut être utilisé dans la preuve qu'ils ont contre M. Jaballah ainsi qu'en vue d'un contre-interrogatoire. M. Jaballah bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'égard de l'élément d'information figurant dans le dossier clos qui est mentionné dans les présents motifs. La Cour ne recevra pas cette information à l'appui de la preuve des ministres. Enfin, par suite de l'ordonnance que le juge MacKay a rendue le 18 août 2006, M. Jaballah ne bénéficiera, au sujet des témoignages qu'il a faits en mai et en juillet 2006, d'aucune protection supplémentaire à celle à laquelle, ai-je conclu, il a par ailleurs droit. S'il décide de témoigner dans la présente instance, M. Jaballah pourra également être contre-interrogé sur cette preuve.

[122] Aucune ordonnance ne sera rendue à ce stade-ci car les parties ont reconnu que la présente décision n'est susceptible d'aucun appel interlocutoire. Les parties auront plus tard la possibilité de proposer une question à certifier.

IMM-1335-09  
2010 FC 274

IMM-1335-09  
2010 CF 274

**Gary Williams** (*Applicant*)

**Gary Williams** (*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: WILLIAMS v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : WILLIAMS c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Zinn J.—Toronto, February 25; Ottawa, March 11, 2010.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 25 février; Ottawa, 11 mars 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Judicial review of enforcement officer's decision refusing applicant's request for deferral of his removal from Canada pending application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds (H&C application) — Applicant entering Canada illegally, having three children from two marriages in Canada — Convicted of criminal offences in Canada, inadmissibility report issued against him pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) — Enforcement officer's conclusion regarding applicant's outstanding H&C application reasonable — When officer's decision read as whole, open to officer not to exercise discretion to grant deferral of removal on basis of outstanding H&C application — Officer's conclusion regarding medical condition of applicant's wife not unreasonable given little explanation applicant providing thereto — Officer's reliance on dated information in Department's file regarding applicant troubling — Where known that material changes existing since earlier information provided, such as in present case, unfair, unreasonable to rely on earlier information without first checking with applicant whether information remaining valid — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu'à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires (demande CH) présentée depuis le Canada — Le demandeur était entré illégalement au Canada et avait trois enfants issus de deux mariages au Canada — Il a été déclaré coupable d'accusations au criminel au Canada et un rapport d'interdiction de territoire a été établi contre lui en application de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La conclusion de l'agent d'exécution relative à la demande CH pendante du demandeur était raisonnable — Lorsque l'on considère la décision de l'agent dans son ensemble, il était loisible à l'agent de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi sur le fondement de la demande CH pendante — La conclusion de l'agent relative à l'état de santé de la femme du demandeur n'était pas déraisonnable compte tenu du peu de détails que le demandeur a donnés à cet égard — Le fait que l'agent a invoqué des renseignements périmés du dossier du ministère concernant le demandeur posait problème — Lorsqu'on sait que d'importants changements sont survenus depuis la fourniture des renseignements antérieurs, comme en l'espèce, il est injuste et déraisonnable de s'appuyer sur les renseignements antérieurs sans vérifier d'abord avec le demandeur s'ils sont toujours valides — Demande accueillie.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Enforcement officer refusing applicant's request for deferral of his removal from Canada pending application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds — Although duty of fairness in deferral request low, contrary to duty of fairness to render decision relying on extrinsic evidence on material point not provided by applicant — While evidence relied on by officer in*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Un agent d'exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu'à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires présentée depuis le Canada — Bien que l'obligation d'équité en matière de demande de report de renvoi ne soit pas très rigoureuse, il est contraire à l'équité de fonder des décisions relatives à des points importants sur des*

*present case not extrinsic evidence, same analysis applying where evidence relied upon not recently confirmed by applicant, significant events occurring in interim causing reasonable person to ask whether evidence remaining accurate.*

This was an application for judicial review of an enforcement officer's decision refusing the applicant's request for a deferral of his removal from Canada pending his application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds (H&C application). The applicant's request for reconsideration of that decision was also denied. The applicant, a Jamaican, entered Canada illegally and remained underground until he came to the attention of the Canadian immigration authorities. His first wife died but he remarried. He has two sons from his first marriage and a daughter from his second marriage. After the death of his first wife, the applicant was arrested and charged with a number of criminal offences. An inadmissibility report was issued against him pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant was ordered removed but the removal order was not executed given the applicant's pending criminal charges. He waived his right to a pre-removal risk assessment (PRRA) but filed an H&C application. Thereafter, the applicant was convicted of criminal charges. He filed a request with immigration authorities for the deferral of his removal. In his request, he indicated in particular that his current wife was six months pregnant, that she was suffering health problems and that his H&C application was still pending due to a backlog. That request was denied, giving rise to the present application.

The principal issue was whether the enforcement officer's decision refusing the applicant's deferral of removal request was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The enforcement officer's conclusion regarding the applicant's outstanding H&C application was reasonable. The officer concluded that the applicant had not filed his H&C application in a timely manner because he had lived underground in Canada for more than 10 years before making his application, only made the application after he came to the attention of immigration authorities as a result of criminal charges that he was facing, and made it 6 months after he waived a PRRA. The officer did not discuss whether the delay in processing the H&C application was based on backlog but

*éléments de preuve extrinsèque n'émanant pas du demandeur — Bien que la preuve sur laquelle l'agent s'est fondé en l'espèce ne soit pas une preuve extrinsèque, le même raisonnement s'applique lorsque les éléments de preuve n'ont pas été confirmés récemment par le demandeur et que sont survenus des changements importants qui amèneraient une personne raisonnable à se demander s'ils sont toujours exacts.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu'à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires (demande CH) présentée depuis le Canada. La demande de réexamen de cette décision avait aussi été rejetée. Le demandeur, un Jamaïcain, était entré illégalement au Canada et il y était resté clandestinement jusqu'à ce que sa présence soit signalée aux autorités canadiennes de l'immigration. Sa première épouse est décédée, mais il s'est remarié. Il a deux fils de son premier mariage et une fille de son deuxième mariage. Après le décès de sa première épouse, le demandeur a été arrêté et accusé de diverses infractions criminelles. Un rapport d'interdiction de territoire a été établi contre lui en application du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Une mesure de renvoi a été prise contre le demandeur, mais la mesure de renvoi n'a pas été exécutée en raison des accusations au criminel en instance. Le demandeur a renoncé à son droit à un examen des risques avant renvoi (ERAR), mais a soumis une demande CH. Par la suite, le demandeur a été déclaré coupable des accusations au criminel. Il a demandé aux autorités d'immigration que son renvoi soit reporté. Dans sa demande, il a notamment précisé que son épouse actuelle était enceinte de six mois, qu'elle avait des problèmes de santé et que sa demande CH était encore pendante en raison d'un engorgement. Cette demande a été rejetée, donnant lieu à la présente demande.

La principale question à trancher était celle de savoir si la décision de l'agent d'exécution de refuser la demande de report était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La conclusion de l'agent d'exécution relative à la demande CH pendante du demandeur était raisonnable. L'agent a conclu que le demandeur n'avait pas soumis sa demande CH en temps opportun parce qu'il vivait clandestinement au Canada depuis plus de 10 ans, et qu'il ne l'a présentée qu'après que les accusations portées contre lui l'ont signalé aux autorités de l'immigration, et 6 mois après avoir renoncé à l'ERAR. Il n'a pas examiné si le délai de traitement découlait d'un engorgement, mais s'est plutôt demandé si la décision était imminente. En l'espèce, la demande CH était

rather focused on whether a decision was imminent. In this case, the H&C application had been outstanding for 22 months at the time the officer rendered his decision. While this can create a reviewable error, it did not in this case. When the decision is read as a whole, taking into consideration the officer's reasonable conclusion regarding the timeliness of the applicant's H&C application, it was open to the officer not to exercise his discretion to grant a deferral of removal on the basis of the outstanding H&C application.

The officer's conclusion with respect to the medical condition of the applicant's wife was not unreasonable. The applicant provided little explanation of his wife's medical condition, its severity, or the reason why diagnosis had to be deferred until after the pregnancy. Unless the applicant explains why his wife's medical condition warrants a deferral of removal, it is reasonable for an officer to conclude that the medical condition is not one requiring urgent attention. The officer also cannot be faulted for focusing on the applicant's wife's heart issue and not on her pregnancy since the applicant did the same in his request for deferral.

The officer's reliance on dated information in the Department's file regarding the applicant was troubling. In most situations, relying on dated information from an applicant in the immigration file will be of little or no consequence. However, where it is known that there have been material changes since that earlier information was provided, such as in the present case, it is unfair and unreasonable to rely on earlier information without first checking with the applicant to determine whether it remains valid. The accuracy of the officer's assumption regarding the potential designates to care for the applicant's children if they choose to remain in Canada was questionable. The officer knew nothing of the circumstances of any of the applicant's family members whom he speculated could care for the applicant's children, and his conclusion that any of these members could take care of the children was mere speculation.

Although the duty of fairness in the context of a deferral request is low, it is contrary to the duty of fairness to render a decision relying on extrinsic evidence on a material point that was not provided by the applicant. While the evidence relied on in this case by the officer was not extrinsic evidence, the same analysis applies where the evidence relied upon has not been recently confirmed by the applicant and there have been significant events in the interim which would cause a reasonable person to ask whether they remain accurate. In this case, it was not clear that the officer had to rely on the statements made by the applicant in 2006 to render a decision

pendante depuis 22 mois au moment où il a rendu sa décision. Bien que cela puisse constituer une erreur donnant lieu à révision, ce n'était pas le cas en l'espèce. Lorsque l'on considère la décision dans son ensemble, en tenant compte de la conclusion raisonnable que l'agent a tirée quant au temps mis à présenter la demande CH, il appert qu'il était loisible à l'agent de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi sur le fondement de la demande CH pendante.

La conclusion de l'agent relative à l'état de santé de la femme du demandeur n'était pas déraisonnable. Le demandeur a donné peu de détails sur les problèmes médicaux de sa femme, leur gravité ou la raison pour laquelle les examens diagnostiques devaient avoir lieu après l'accouchement. À moins que le demandeur explique pourquoi l'état de santé de sa femme justifie le report du renvoi, il était raisonnable pour l'agent de conclure que les problèmes médicaux n'exigeaient pas de soins urgents. En outre, on ne pouvait reprocher à l'agent d'avoir mis l'accent sur le problème cardiaque de l'épouse du demandeur plutôt que sur sa grossesse lorsque le demandeur lui-même l'a fait lorsqu'il a demandé le report du renvoi.

Le fait que l'agent a invoqué des renseignements périmés du dossier du ministère concernant le demandeur posait problème. La plupart du temps, le recours à des renseignements périmés du dossier d'immigration qui ont été donnés par le demandeur portera peu ou pas à conséquence. Toutefois, lorsqu'on sait que d'importants changements sont survenus depuis la fourniture des renseignements antérieurs, comme en l'espèce, il est injuste et déraisonnable de s'appuyer sur les renseignements antérieurs sans vérifier d'abord avec le demandeur s'ils sont toujours valides. L'exactitude de la supposition de l'agent quant aux gardiens possibles pour les enfants du demandeur si ceux-ci décident de rester au Canada était douteuse. L'agent ne savait rien au sujet des membres de la famille du demandeur qui, selon ses conjectures, pourraient s'occuper des enfants du demandeur, et sa conclusion que n'importe lequel de ces membres aurait pu s'occuper des enfants relevait de la simple conjecture.

Bien que l'obligation d'équité en matière de demande de report de renvoi ne soit pas très rigoureuse, il est contraire à l'équité de fonder des décisions relatives à des points importants sur des éléments de preuve extrinsèque n'émanant pas du demandeur. Bien que la preuve sur laquelle l'agent s'est fondé en l'espèce ne soit pas une preuve extrinsèque, le même raisonnement s'applique lorsque les éléments de preuve n'ont pas été confirmés récemment par le demandeur et que sont survenus des changements importants qui amèneraient une personne raisonnable à se demander s'ils sont toujours exacts. En l'espèce, la question de savoir

on the deferral request; nonetheless, he did so and for that reason, the decision was set aside.

pourquoi l'agent devait faire appel à des déclarations datant de 2006 pour statuer sur la demande de report n'était pas claire. C'est pourtant ce qu'il a fait. Pour ce motif, il y avait lieu d'annuler la décision.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 44(1), 48.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 44(1), 48.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Chetaru v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 436; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (F.C.A.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157; *Simmons v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1123, 56 Imm. L.R. (3d) 101.

##### REFERRED TO:

*Simoès v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.); *John v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 420, 231 F.T.R. 248; *Level v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 227, 324 F.T.R. 71, 71 Imm. L.R. (3d) 52.

#### AUTHORS CITED

Canada. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 026, 2nd Sess., 40th Parl. (October 6, 2009).

APPLICATION for judicial review of an enforcement officer's decision refusing the applicant's request for a deferral of his removal from Canada pending his application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds. Application allowed.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Chetaru c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 436; *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.); *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Simmons c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1123.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *John c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 420; *Level c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 227.

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 026, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég. (6 octobre 2009).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'exécution a refusé la demande de report du renvoi du demandeur jusqu'à ce que soit tranchée sa demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires présentée depuis le Canada. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*Osborne G. Barnwell* for applicant.  
*David Joseph* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Osborne G. Barnwell*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ZINN J.: Canada may order the removal of persons who have breached the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. In keeping with our international obligations, the Act provides numerous avenues such persons may explore and engage to ensure that they are not placed at risk if removed to their country of origin.

[2] Subject to the limited appeal provisions in the Act, once a removal order has been issued, the question is not whether the person will be removed from Canada, but when the removal will occur. Subsection 48(2) of the Act provides that the foreign national against whom the removal order is made “must leave Canada immediately” (emphasis added). Sometimes life gets in the way of things; sometimes leaving Canada immediately is not possible, sometimes it is not practical, and sometimes it is simply inhumane. Accordingly, Parliament provided some limited discretion as to the timing of the removal by providing that the removal order is to be “enforced as soon as reasonably practicable” (emphasis added). The enforcement officer may briefly delay or defer the person’s removal from Canada, either on his own motion or at the request of the person affected.

[3] Mr. Williams was ordered to be removed from Canada to his country of origin, Jamaica. He was to be removed on March 25, 2009. His request that his removal be deferred was denied. For the reasons that follow, in the unique circumstances at hand, this application is allowed.

## ONT COMPARU

*Osborne G. Barnwell* pour le demandeur.  
*David Joseph* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osborne G. Barnwell*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : Ceux qui contreviennent à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, peuvent faire l’objet d’une mesure de renvoi. En conformité des obligations internationales assumées par le Canada, cette loi prévoit divers moyens, pour les personnes en instance de renvoi, de ne pas s’exposer à des risques en cas de renvoi dans leur pays d’origine.

[2] Sous réserve des voies d’appel restreintes prévues par la Loi, la prise d’une mesure de renvoi ne pose pas la question de savoir si l’intéressé sera renvoyé, mais bien celle de savoir quand il le sera. Le paragraphe 48(2) de la Loi prévoit que l’étranger visé par une mesure de renvoi « doit immédiatement quitter le territoire du Canada » (je souligne). Des contraintes peuvent survenir; parfois il est impossible de quitter immédiatement le Canada, parfois ce n’est pas pratique et, parfois, c’est tout simplement inhumain. C’est pourquoi le législateur a prévu l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire limité en matière de délai d’exécution du renvoi, en énonçant que la mesure doit « être appliquée dès que les circonstances le permettent » (je souligne). L’agent d’exécution peut différer ou reporter brièvement le renvoi, de son propre chef ou à la demande de l’intéressé.

[3] M. Williams a fait l’objet d’une mesure de renvoi vers son pays d’origine, la Jamaïque, qui devait être exécutée le 25 mars 2009; il en a sans succès demandé le report. Compte tenu des circonstances exceptionnelles en cause, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie pour les motifs exposés ci-dessous.

## Background

[4] The decision under review was made on March 16, 2009. It is a decision of an enforcement officer refusing the applicant's request for a deferral of his removal from Canada pending his application for permanent residence from within Canada based on humanitarian and compassionate grounds (the H&C application). Following the refusal, the applicant filed further evidence and submissions seeking a reconsideration of that decision. Another officer denied the request for reconsideration on March 17, 2009. The reconsideration decision is not the subject of this or any application for review and the evidence relating to it cannot be considered when reviewing the decision under review as it was not before that officer.

[5] Mr. Williams was born in Kingston, Jamaica, on May 23, 1965; he is currently 44 years of age. He entered Canada illegally in 1994 and remained underground until he came to the attention of the Canadian immigration authorities in August of 2006.

[6] On December 4, 1994, he married his first wife, Audrey Anna Locke, in Toronto. It appears from the record that she had a daughter from a previous relationship. Together, Mr. Williams and Ms. Locke had two sons, Chavell, born in 1996 and Rashawn, born in 1998. Chavell suffers from asthma and has a number of allergies, including allergies to peanuts and eggs. It was not pointed out to the enforcement officer that Chavell also has some developmental delays and is schooled in a special education class.

[7] Mr. Williams' first wife owned a restaurant business in Toronto called The Jerk Spot. When his wife was alive, Mr. Williams was an "advisor" to the business. Tragically, Mr. Williams' wife died suddenly on July 28, 2006, leaving him to care for their children.

[8] Shortly after her death Mr. Williams was arrested by the Toronto police and charged with a number of offences related to the use or possession of fraudulent credit cards. The Toronto police alerted the immigration

## Contexte

[4] La décision faisant l'objet du contrôle a été rendue le 16 mars 2009. Il s'agit du refus opposé par un agent d'exécution à la demande de report du renvoi jusqu'à ce que soit tranchée la demande de résidence permanente fondée sur des considérations humanitaires (demande CH) présentée depuis le Canada. Le demandeur a cherché à obtenir le réexamen de cette décision en présentant de nouveaux éléments de preuve et des observations. Sa demande de réexamen a été rejetée par un autre agent le 17 mars 2009. Cette dernière décision n'est en cause ni en l'espèce ni dans une autre demande de contrôle; la preuve s'y rapportant ne peut être examinée dans le cadre du présent contrôle puisque l'agent ayant rendu la décision en cause n'en disposait pas.

[5] M. Williams est né à Kingston, en Jamaïque, le 23 mai 1965; il est actuellement âgé de 44 ans. Il est entré illégalement au Canada en 1994, et il y est resté clandestinement jusqu'à ce que sa présence soit signalée aux autorités de l'immigration, en août 2006.

[6] Le 4 décembre 1994, il a contracté un premier mariage à Toronto, avec Audrey Anna Locke. Il appert du dossier que celle-ci avait une fille d'une relation antérieure. Le couple a eu deux fils : Chavell, né en 1996, et Rashawn, né en 1998. Chavell souffre d'asthme et de certaines allergies, notamment aux noix et aux œufs. Il n'a pas été porté à la connaissance de l'agent que Chavell avait aussi des retards de développement et qu'il suivait un programme d'éducation spécialisée.

[7] La première femme de M. Williams avait un restaurant appelé The Jerk Spot, à Toronto et, du vivant de celle-ci, il était « conseiller » pour le commerce. Malheureusement, elle est décédée subitement le 28 juillet 2006, laissant M. Williams seul pour s'occuper de leurs enfants.

[8] Peu après le décès, M. Williams a été arrêté par la police de Toronto et accusé de diverses infractions liées à l'utilisation ou la possession frauduleuse d'une carte de crédit. La police a alerté les autorités de l'immigration,

authorities and Mr. Williams was detained on August 16, 2006. An inadmissibility report was issued pursuant to subsection 44(1) of the Act. The applicant was later released on a \$5000 bond posted by the sister of his deceased wife.

[9] On October 10, 2006, Mr. Williams was removal-ready and was provided with a pre-removal risk assessment (PRRA) application. He waived his right to a PRRA but he was not removed due to the pending criminal charges which were not disposed of until September 24, 2008.

[10] The officer's notes from the October 10, 2006 meeting indicate that the applicant told him that his wife had died on July 28, 2006, that he had custody of their two children, that the three of them were living with his sister-in-law, that his former wife's business was "in trust to him" and was then being run by his wife's business partner, and that he would purchase his and his sons' tickets to Jamaica as he would be taking them with him.

[11] In December 2006, the applicant remarried. The pastor of his church had introduced him to Charmaine, a single woman with three children then aged 17, 12 and 6. He and his sons moved into the home owned by his new wife. On March 22, 2007, she gave birth to their daughter, Alyse.

[12] On April 30, 2007, the applicant filed an H&C application. The notes of the enforcement officer from 2009 reflected that although the application "included his marriage certificate, Mr. Williams was not eligible to be part of the Spousal Class, as he disclosed Criminal Convictions in the USA in 1994". There is nothing further in the record relating to these alleged offences.

[13] On September 24, 2008, he was tried in Toronto and convicted of use of a credit card obtained by fraud, attempted fraud, and obstructing a peace officer. He was given a conditional discharge, 60 hours of community service and 12 months' probation. In the request for deferral his counsel described the circumstances that

et M. Williams a été placé en détention le 16 août 2006. Un rapport d'interdiction de territoire a été établi en application du paragraphe 44(1) de la Loi. Le demandeur a par la suite été mis en liberté, sous caution de 5 000 \$ versée par la sœur de sa femme décédée.

[9] Le 10 octobre 2006, la mesure de renvoi était prête à être exécutée, et une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a été remise au demandeur. Il a renoncé à cet examen, mais le renvoi n'a pas eu lieu car le dossier des accusations criminelles ne s'est clos que le 24 septembre 2008.

[10] Il appert des notes de l'agent relatives à l'entrevue du 10 octobre 2006 que le demandeur lui a dit que sa femme était décédée le 28 juillet 2006, qu'il avait la garde de leurs deux enfants, qu'il vivait avec eux chez sa belle-sœur, que le commerce de sa femme [TRADUCTION] « lui avait été confié », que l'associé de sa femme le faisait rouler et qu'il achèterait des billets d'avion pour la Jamaïque pour lui et ses fils car il les emmenait avec lui.

[11] Au mois de décembre 2006, le demandeur s'est remarié. Le pasteur de son église lui avait présenté une mère monoparentale prénommée Charmaine, qui avait trois enfants alors âgés respectivement de 17, 12 et 6 ans. Il a emménagé avec ses fils dans le logement de sa nouvelle femme. Le 22 mars 2007, elle a donné naissance à leur fille, Alyse.

[12] Le 30 avril 2007, il a soumis une demande CH. Suivant les notes consignées en 2009 par l'agent d'exécution, même si la demande [TRADUCTION] « était assortie du certificat de mariage, M. Williams ne pouvait faire partie de la catégorie des époux puisqu'il avait déclaré des condamnations criminelles prononcées aux É.-U. en 1994 ». Le dossier ne contient rien de plus relativement à ces présumées infractions.

[13] Le 24 septembre 2008, M. Williams a été déclaré coupable, à Toronto, d'utilisation d'une carte de crédit obtenue frauduleusement, de tentative de fraude et d'entrave à un agent de la paix. Le tribunal lui a accordé une absolution conditionnelle, mais lui a imposé 60 heures de service communautaire et une période de

led to the criminal charges, implying that his role was minor:

In or about June 2006, Mr. Williams was charged with credit card fraud because of his association with a friend who used a false credit card at a Home Depot store. He was with him at the time and was also charged with credit card fraud. Not having any legal status in Canada he gave a false name to police and was charged with attempted fraud and obstruct *[sic]* justice. Those matters were disposed of on September 24, 2008 and Mr. Williams was given a conditional discharge.

[14] On February 26, 2009, Mr. Williams attended a pre-removal interview. The officer's notes reflect that he informed the officer of his recent marriage, the birth of his daughter, his wife's children, and the fact that she was now pregnant and was expecting to deliver their baby on July 13, 2009. He also informed the officer that The Jerk Spot was now "owned by himself and current wife". The applicant informed the officer that he did not know if his two sons would be travelling to Jamaica with him. With respect to the business the notes indicate the following:

... told PC that he could no longer legally work in Canada; the PC said that he had never worked in Canada; I told him that he could not be involved in his business.

He also informed the officer that his brother lived in Jamaica, his mother lived in Hartford, Connecticut, and he had an aunt and a cousin in Montréal, Quebec.

[15] Although no removal date had yet been set, the next day the applicant filed a request for the deferral of his removal. On March 3, 2009, he was served with a direction to report which indicated that his removal would occur on March 25, 2009.

[16] In his request for deferral, Mr. Williams discloses the history outlined above. In addition, he notes that his wife is six months pregnant and "her health is challenging as she has been experiencing heart problems". He informs the authorities that he has requested

probation de 12 mois. Dans la demande de report, l'avocat de M. Williams a décrit les circonstances ayant mené aux accusations criminelles, laissant entendre que le rôle de son client avait été négligeable :

[TRADUCTION] Vers le mois de juin 2006, M. Williams a été accusé de fraude au moyen d'une carte de crédit à cause de sa relation avec un ami qui a utilisé une fausse carte de crédit dans un magasin Home Depot. Il était avec lui et il a lui aussi été accusé. Comme il était sans statut juridique au Canada, il a donné un faux nom à la police, et il a été accusé de tentative de fraude et d'entrave à la justice. Le tribunal a statué sur ces accusations le 24 septembre 2008, et M. Williams a obtenu une absolution conditionnelle.

[14] Le 26 février 2009, M. Williams s'est présenté à l'entrevue avant renvoi. Il appert des notes de l'agent que le demandeur lui a parlé de son récent mariage, de la naissance de sa fille, des enfants de sa femme et du fait que celle-ci était enceinte et devait accoucher le 13 juillet 2009. Le demandeur a aussi dit à l'agent que maintenant [TRADUCTION] « sa femme et lui étaient propriétaires du Jerk Spot », et il lui a indiqué qu'il ne savait pas si ses deux fils partiraient avec lui en Jamaïque. Relativement au restaurant, l'agent a inscrit ce qui suit dans ses notes :

[TRADUCTION] [...] j'ai dit à l'intéressé qu'il ne pouvait plus travailler légalement au Canada; il m'a répondu qu'il n'avait jamais travaillé au Canada; je lui ai dit qu'il ne pouvait participer à l'exploitation de l'entreprise.

Le demandeur a également informé l'agent qu'il avait un frère en Jamaïque, que sa mère vivait à Hartford (Connecticut) et qu'il avait une tante et un cousin à Montréal (Québec).

[15] Le lendemain, M. Williams a demandé que son renvoi soit reporté, bien qu'aucune date de renvoi n'ait encore été fixée. Le 3 mars 2009, une convocation pour renvoi le 25 mars 2009 lui a été signifiée.

[16] Dans sa demande de report, M. Williams relate les faits résumés ci-dessus, ajoutant que sa femme est enceinte de six mois et que [TRADUCTION] « sa santé est délicate car elle a éprouvé des problèmes cardiaques ». Il informe les autorités qu'il a demandé un billet du

a medical note to show that this is a concern. The bases for the request for deferral were the following:

(i) The long-outstanding H&C application (then outstanding for 22 months) which, it was submitted had not been processed due to a backlog in the system.

(ii) The best interests of the children and his family dynamics. It was pointed out that there were now six children involved, two were his sole responsibility from his previous marriage, one was his joint responsibility with his wife, and another was to be born in three months. With respect to his two sons, his counsel wrote: “[H]e feels that it would be a dereliction of his duty to leave them here in Canada with his second wife who would have the burden of managing her health issue and a baby”.

(iii) The loss of the business, The Jerk Spot, which it was said employed four persons and which was the source of income and financial support for the family of eight (soon to be nine). His counsel wrote in the deferral request: “There is not one iota of doubt that deporting Mr. Williams to Jamaica, and having his wife and family here in Canada with the young baby and her questionable health would severely impact the survivability of the business”.

[17] Subsequently, the medical note was provided by the applicant. It reads as follows:

Mrs. Williams has been attending this clinic since March 26, 2007. She is currently pregnant and her due date is July 13, 2009.

It would be greatly appreciated if her husband Gary Williams D.O.B. 23/05/1965 is allowed to stay in Canada to help her with her current pregnancy and childbirth, as she has no other close relatives in this country.

She has 4 of her children and two of his children to look after as well and will definitely need as much help as she can get from her husband during the pregnancy and at delivery.

médecin attestant de l’existence de ces troubles. Voici les raisons invoquées à l’appui de la demande de report :

i) la demande CH en instance depuis longtemps (22 mois) qui, est-il allégué, n’avait pas été examinée en raison d’un engorgement du système;

ii) l’intérêt supérieur des enfants et la situation particulière de sa famille; la demande signalait qu’il y avait maintenant six enfants touchés, dont deux relevaient de la seule responsabilité du demandeur du fait de son premier mariage et un autre était sous la responsabilité conjointe du demandeur et de sa femme et qu’un autre devait naître dans trois mois. Relativement aux deux enfants du demandeur, l’avocat de ce dernier a indiqué [TRADUCTION] « il estime qu’il manquerait à son devoir en les laissant au Canada avec sa deuxième femme qui devrait par ailleurs surveiller sa santé en s’occupant d’un bébé ».

iii) la perte du restaurant The Jerk Spot qui, était-il allégué, employait quatre personnes et constituait la source de revenus permettant de subvenir financièrement aux besoins d’une famille de huit personnes (bientôt neuf); l’avocat a écrit dans la demande de report : [TRADUCTION] « Il n’y a pas le moindre doute que l’expulsion en Jamaïque de M. Williams, pendant que sa famille, comptant notamment un nourrisson, et sa femme, dont la santé laisse à désirer, resteraient au Canada, compromettrait sérieusement la survie du commerce ».

[17] Le demandeur a par la suite déposé le billet du médecin, rédigé en ces termes :

[TRADUCTION] M<sup>me</sup> Williams est vue à notre clinique depuis le 26 mars 2007. Elle est actuellement enceinte et devrait accoucher le 13 juillet 2009.

Il serait bienvenu que son mari, Gary Williams (né le 23-05-1965), soit autorisé à demeurer au Canada pour lui prêter assistance pendant la grossesse et l’accouchement car elle n’a pas d’autres proches parents au Canada.

Elle a quatre enfants et doit aussi s’occuper des deux enfants de son mari, et elle aura assurément besoin de toute l’aide qu’elle pourra obtenir de ce dernier pendant la grossesse et l’accouchement.

Mrs. Williams is under investigation by Dr. F. Jeejeebhoy for an episode of arterial fibrillation and syncope. An MRI of the heart was ordered by Dr. Jeejeebhoy and this will be postponed due to the pregnancy.

She is under a lot of stress due to her husband's pending deportation. It would be appreciated if a stay of deportation is allowed for her husband until all her issues are resolved.

[18] On March 16, 2009, the enforcement officer denied the request for deferral. The officer's notes reflect that he considered each of the three bases advanced by the applicant.

[19] With respect to the medical condition of his wife, the officer infers that as the MRI [magnetic resonance imaging] has been postponed, her medical condition is not urgent or severe enough to warrant immediate investigation. The officer notes that as a Canadian citizen, Mrs. Williams is not required to travel to Jamaica and she has health care and social programs available to her in Canada. He notes that "insufficient evidence has been presented to demonstrate that Mrs. Williams is either unwilling or unable to avail herself of any programs which may be able to assist her during this period of transition".

[20] With respect to the outstanding H&C application the officer notes that it was received in Vegreville on April 30, 2007, and was transferred to Mississauga on November 30, 2007 for processing. He writes that "insufficient evidence has been presented to demonstrate that a decision on Mr. Williams' H&C or Spousal application is imminent at this time". He further concludes that he is not satisfied that the application was submitted in a timely manner. He reviews the applicant's history in Canada and the fact that upon waiving a PRRA on October 10, 2006, his removal order became enforceable but that he was unable to be removed due to the pending criminal charges.

[21] The officer considers the best interests of the children and writes:

Mr. Williams may chose [*sic*] to bring his sons aged 11 and 13 with him to Jamaica as he had previously indicated to Off. P. Watson during his interview on 10 October 2006 that this was an option he was considering. If he chooses to remain in

M<sup>me</sup> Williams est vue pour un épisode de fibrillation auriculaire et de syncope par le Dr F. Jeejeebhoy. Celui-ci a demandé une IRM du cœur, examen qui doit être différé en raison de la grossesse.

Elle vit beaucoup de stress du fait que son mari est en attente d'expulsion. Il serait bon d'autoriser la suspension de l'expulsion jusqu'à ce que ses problèmes médicaux soient résolus.

[18] Le 16 mars 2009, l'agent d'exécution a refusé la demande de report. Ses notes indiquent qu'il a examiné les trois raisons invoquées par le demandeur.

[19] Relativement à l'état de santé de la femme du demandeur, l'agent présume que si l'IRM [imagerie par résonance magnétique] a été différée, son état n'est pas urgent ou grave au point de requérir une attention immédiate. Il indique que M<sup>me</sup> Williams étant citoyenne canadienne, elle n'a pas à aller en Jamaïque et qu'elle peut bénéficier de soins médicaux et de programmes sociaux au Canada. Il note que [TRADUCTION] « la preuve ne permet pas de conclure que M<sup>me</sup> Williams ne veut pas ou ne peut pas se prévaloir de programmes susceptibles de l'aider pendant cette période de transition ».

[20] Relativement à la demande CH en instance, l'agent relève qu'elle a été reçue à Vegreville le 30 avril 2007 et transférée pour traitement à Mississauga le 30 novembre 2007. Il indique : [TRADUCTION] « la preuve ne permet pas de conclure que des décisions seront rendues sous peu sur la demande CH et la demande de parrainage du conjoint ». Il ajoute qu'il n'est pas convaincu que la demande ait été soumise en temps opportun. Il examine l'historique du séjour du demandeur au Canada et signale que sa renonciation à l'ERAR a rendu la mesure de renvoi exécutoire, mais que le renvoi n'a pu procéder à cause des accusations criminelles pendantes contre lui.

[21] L'agent examine la question de l'intérêt supérieur des enfants et écrit :

[TRADUCTION] M. Williams peut décider d'emmener ses fils de 11 et 13 ans en Jamaïque avec lui; il a d'ailleurs indiqué à l'agent P. Watson, lors de l'entrevue du 10 octobre 2006, qu'il s'agissait là d'une solution qu'il envisageait. S'il opte pour

Canada, I am satisfied they may remain in the care of their step-mother, or another designate. I note that during his interview on 10 October 2006, Mr. Williams indicated that he and his children were staying with his sister-in-law and her son, both of whom were Canadian citizens. I further note that during his interview on 26 February 2009, Mr. Williams stated that he has family in Canada, as well as his mother in the USA. In regards to Mr. Williams' adopted children as well as his 2 year old daughter, I am satisfied that if they remain in Canada they will do so under the care of their mother and will have the physical and emotional support necessary to adjust to their new circumstances. [Emphasis added.]

[22] The officer also considered the applicant's business. He writes:

... insufficient evidence has been presented to demonstrate that Mr. Williams is, in fact, the owner of the business in question. No documents were presented with the request to defer which speak to the legitimacy of this claim. However, assuming that Mr. Williams is the owner of the business in question, insufficient evidence has been presented to demonstrate that Mr. Williams has made any efforts to find an alternative arrangement for the management of the business in the event of his removal from Canada. I note that during his interview on 10 October 2006, Mr. Williams stated that he acted as an "advisor" to the business until his late wife's death and that it was now "in trust" to him. He further stated to Off. Watson that the restaurant was being run by his late wife's business partner Makis Arthur. Insufficient evidence has been presented to demonstrate whether Makis Arthur is still involved with the business, however insufficient evidence has been presented to demonstrate that Mr. Williams could not similarly place the restaurant in trust to another individual, possibly Makis Arthur, or that he could not hire one of his current employees to manage the business in his absence.

[23] On March 23, 2009, I granted a stay of removal pending the final disposition of this application for leave and judicial review. Information was provided to the Court with that motion going to the issue of irreparable harm that was not provided to the enforcement officer with the request to defer and which may have been of assistance to the officer. That information, and the basis for the stay being granted is set out in the endorsement, which reads as follows:

leur maintien au Canada, j'ai la conviction qu'ils peuvent demeurer sous la garde de leur belle-mère ou d'une autre personne désignée. Je relève que pendant l'entrevue du 10 octobre 2006, M. Williams a indiqué que ses enfants et lui habitaient avec sa belle-sœur et le fils de celle-ci, tous deux citoyens canadiens. Je relève également que, lors de l'entrevue du 26 février 2009, M. Williams a déclaré qu'il avait de la famille au Canada et que sa mère vivait aux États-Unis. Pour ce qui est des enfants adoptés par M. Williams et de sa fille de deux ans, je suis d'avis que s'ils restent au Canada ils seront sous les soins de leur mère et jouiront du soutien matériel et affectif nécessaire pour s'adapter à la nouvelle situation. [Je souligne.]

[22] Le motif relatif au commerce du demandeur a lui aussi été examiné. L'agent a écrit :

[TRADUCTION] [...] la preuve ne me permet pas de conclure que M. Williams est bien propriétaire du commerce en question. La demande de report n'était accompagnée d'aucun élément attestant de la légitimité de cette assertion. En supposant toutefois que M. Williams est propriétaire du commerce, je ne dispose pas d'une preuve suffisante pour conclure que ce dernier s'est efforcé de trouver des solutions pour l'exploitation de son commerce au cas où il serait renvoyé du Canada. Je relève que, pendant l'entrevue du 10 octobre 2006, il a indiqué qu'il agissait comme « conseiller » pour l'exploitation du commerce jusqu'au décès de sa femme, et que le commerce lui a alors été « confié ». Il a en outre dit à l'agent Watson que le restaurant était exploité par l'associé de sa défunte femme, Makis Arthur. La preuve ne permet pas de déterminer si Makis Arthur a encore un intérêt dans l'affaire, et elle ne permet pas non plus d'établir que M. Williams ne pourrait pas confier pareillement le restaurant à une autre personne, peut-être Makis Arthur, ou engager l'un de ses employés actuels pour gérer le commerce pendant son absence.

[23] Le 23 mars 2009, j'ai rendu une ordonnance sursoyant à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. La requête pour sursis présentée à la Cour était accompagnée de renseignements pertinents pour la question du préjudice irréparable qui n'avaient pas été soumis à l'agent d'exécution saisi de la demande de report et qui auraient été utiles pour la décision à rendre. Ces renseignements et le fondement de l'octroi du sursis sont exposés en ces termes dans la mention accompagnant l'ordonnance :

## [TRADUCTION]

1. The Court is not impressed by some of the conduct of Mr. Williams since arriving in this country. In particular his surreptitious arrival in 1994 and the fact that he lived “underground” until he came to the attention of the immigration authorities as a result of being charged, and later convicted of credit card fraud and obstructing a police officer. However, it appears that he was given a conditional discharge and served the sentence — 60 hours of community service and 12 months probation.

2. One cannot help but be moved by the circumstances of his family. He married in 1994 and has two sons of that marriage, born in 1996 and 1998. The oldest is mentally delayed and suffers from serious allergies. His wife died suddenly in mid-2006. Through his Church he met and married his current spouse. She has three children from an earlier relationship. They are now aged 17, 11 and 6. The oldest has sickle cell anaemia and has periodic episodes that require hospitalization. The applicant and his spouse have one child of their marriage who was born in March 2007 and they are expecting their second child in July of this year. His current wife suffers from fainting spells, which cannot be diagnosed until after the birth, and has a heart murmur that is treated by aspirin. Her condition prevents her from working.

3. Mr. Williams operates a restaurant in Toronto which he apparently inherited from his deceased wife. He has four employees and asserts that as it is a cash business, he or his spouse must be on site.

4. Mr. Williams has an H&C application that has been outstanding for 15 [*sic*] months.

5. The enforcement officer considered and, in my mind, relied on information from an interview that Mr. Williams had with immigration authorities in October 2006. In particular, the officer references that in 2006, Mr. Williams said that if he was removed to Jamaica, he may choose to bring his two sons with him and that he and his children were living with his sister-in-law and her husband [*sic*]. What the officer does not mention in this regard is that this interview was given before Mr. Williams married his current spouse and that his circumstances have changed considerably since then. I am of the view that there is a serious issue raised as to the procedural fairness afforded Mr. Williams by the officer referring to and relying upon this dated information. I am further of the view that there is a serious issue raised in that the officer finds that there is insufficient evidence that Mr. Williams owns “The Jerk Spot”. Again, the officer relies on the dated 2006 information and noted that Mr. Williams then said that the restaurant was “in trust” to him. No doubt because its owner,

1. La Cour juge déplorables certains agissements de M. Williams depuis son entrée au pays, notamment son arrivée furtive en 1994 et la « clandestinité » dans laquelle il a vécu jusqu’à ce que les autorités de l’immigration s’intéressent à son cas après qu’il a été accusé, puis reconnu coupable, de fraude au moyen d’une carte de crédit et d’entrave à un agent de police. Il appert toutefois qu’il a obtenu une absolution conditionnelle et purgé sa peine : 60 heures de service communautaire et 12 mois de probation.

2. La situation de cette famille ne peut laisser indifférent. Le demandeur s’est marié en 1994. Deux fils sont nés de cette union, l’un en 1996 et l’autre en 1998; l’aîné souffre d’un retard mental et de nombreuses allergies. L’épouse du demandeur est décédée subitement à l’été 2006. Par l’entremise de son église, il a rencontré sa nouvelle épouse, laquelle a trois enfants issus d’une union antérieure, à présent âgés de 17, 11 et 6 ans. L’aîné est atteint d’anémie falciforme et doit périodiquement être hospitalisé. Le demandeur et sa nouvelle femme ont eu un enfant, né en mars 2007, et ils en attendent un autre en juillet prochain. Sa nouvelle femme est sujette à des évanouissements, mais aucun diagnostic ne peut être établi avant son accouchement; elle présente également un souffle au cœur, traité à l’aspirine. Son état de santé l’empêche de travailler.

3. M. Williams exploite un restaurant à Toronto, qu’il a apparemment hérité de sa première femme et qui emploie quatre personnes. Il affirme que, les opérations s’effectuant au comptant, son épouse ou lui doit être sur les lieux.

4. M. Williams a soumis une demande CH qui est en traitement depuis 15 [*sic*] mois.

5. L’agent d’exécution a examiné et, selon moi, utilisé des renseignements recueillis lors d’une entrevue de M. Williams avec les autorités de l’immigration en octobre 2006. L’agent rapporte notamment les déclarations faites par M. Williams, en 2006, qu’il pourrait décider d’emmener ses deux fils avec lui s’il était renvoyé en Jamaïque et qu’il vivait chez sa belle-sœur et son mari avec ses deux fils [*sic*]. L’agent ne mentionne pas toutefois que cette entrevue a eu lieu avant le remariage de M. Williams et que sa situation a substantiellement changé depuis. J’estime que la mention et l’utilisation par l’agent d’exécution de ces renseignements périmés soulèvent une question sérieuse d’équité procédurale. De plus, la conclusion de l’agent selon laquelle la preuve que M. Williams est propriétaire du « Jerk Spot » est insuffisante soulève elle aussi une question sérieuse, à mon avis. Encore une fois, l’agent s’appuie sur les renseignements périmés recueillis en 2006 et sur la déclaration alors faite par M. Williams que le restaurant lui avait « été confié ». Assurément parce que la propriétaire

his former wife, had died. His entire analysis of the ability of Mr. Williams to place this restaurant in the hands of some third party for the financial support of his family is extremely questionable and, in my mind, unlikely to meet the reasonableness standard set out by the Supreme Court in *Dunsmuir*, even given the deference the officer's decision is due.

6. This is one of those rare instances where the harm occasioned by the removal of one parent is irreparable harm within the *Toth* test. The harm is the probable dissolution of the business, and the impact on the children and spouse at a time when many are in need of the applicant's emotional and physical support, in addition to his financial support. Additionally, while his criminal record is of his own making, it will probably result in him not being readmitted to Canada and reunited with his family should the application for judicial review of the refusal to defer be successful.

7. The balance of convenience tips in favour of the applicant in these very extraordinary circumstances.

8. The Court wishes to express to Mr. Williams that it expects him to remain honest and upstanding and to provide financial support to his extended family. But for his family's exceptional circumstances which rise to the level of irreparable harm, the serious issues raised in the officer's decision would not have kept him in Canada in light of his previous history.

#### Issues

[24] The applicant raises the following issues:

1. Whether the enforcement officer's decision to refuse the applicant's deferral of removal request was reasonable?
2. Whether special circumstances exist to warrant the award of costs either on a partial or substantial indemnity basis?

[25] At the commencement of the hearing I informed the parties that I was satisfied that there was nothing in the record that would warrant an award of costs. This Court's stay decision did not render the applicant's success in this application a certainty and there was no

du commerce, sa femme, était décédée. Même en faisant preuve de la déférence voulue à l'égard de la décision de l'agent, je suis d'avis que tout son raisonnement relatif à la possibilité de mettre un restaurant devant subvenir aux besoins financiers de sa famille entre les mains d'un tiers est extrêmement discutable et peu susceptible de satisfaire au critère de raisonabilité formulé par la Cour suprême dans *Dunsmuir*.

6. Nous sommes en présence de l'un des rares cas où le renvoi d'un parent occasionne un préjudice irréparable au sens du critère de l'arrêt *Toth*. Ce préjudice réside dans la dissolution probable du commerce et dans les répercussions du renvoi sur les enfants et la conjointe à un moment où beaucoup d'entre eux ont besoin du soutien matériel et affectif du demandeur en plus de son soutien financier. En outre, bien qu'il soit seul responsable de l'existence de son casier judiciaire, la conséquence en sera probablement qu'il ne sera pas réadmis au Canada et réuni avec sa famille si la demande de contrôle judiciaire du refus de reporter le renvoi est accueillie.

7. La prépondérance des inconvénients favorise le demandeur dans ces circonstances exceptionnelles.

8. La Cour tient à signaler à M. Williams qu'elle attend de lui qu'il continue à faire preuve d'honnêteté et à subvenir aux besoins de sa famille élargie. N'eût été de la situation exceptionnelle de sa famille, qui est assimilable à un préjudice irréparable, les questions sérieuses relevées dans la décision de l'agent ne lui auraient pas permis de rester au Canada, compte tenu de ses antécédents.

#### Les questions en litige

[24] Le demandeur soulève les questions suivantes :

1. La décision de l'agent d'exécution de refuser la demande de report était-elle raisonnable?
2. Existe-t-il des circonstances particulières justifiant d'adjuger des dépens d'indemnisation partielle ou substantielle?

[25] Au commencement de l'audience, j'ai informé les parties de ma conviction que rien au dossier ne justifiait d'adjuger des dépens. Le sursis accordé par la Cour ne garantissait pas le succès du demandeur, et le défendeur ne manquait pas à son devoir ni ne faisait

dereliction of duty or bad faith in the respondent pursuing the application to judicial review on the merits of the case. Accordingly, this application proceeded to be heard on its merits. The sole issue before the Court is whether the decision not to defer removal was reasonable.

### Analysis

[26] The applicant submits that the serious issues described by this Court in its stay order are substantive flaws with the decision that render it unreasonable. The applicant also submits that the officer erred in determining that his H&C application was not filed in a timely manner, and that the officer erred in focusing on the imminence of a decision on the outstanding H&C application rather than on the length of time that had passed since it was filed. The applicant contends that the officer's speculation regarding the severity of Mrs. Williams' medical condition was unreasonable and that he failed to adequately consider the impact of the applicant's removal on his family, and the fact that removal would cause them irreparable harm.

[27] The respondent submits that the only question before this Court is whether the officer "exercised his discretion and performed his duty in accordance with the law when declining to defer the Applicant's removal". The respondent says that the officer had only a very narrow discretion to defer removal, and that the officer exercised this discretion reasonably. The respondent also contends that the applicant's lack of clean hands supported the refusal to defer removal. The respondent submits that an outstanding H&C application does not necessarily form the basis for a deferral request, that the diminished procedural fairness obligations on removals officers were met in this case, that the officer's referral to previous statements was legitimate, and that any error was not material to the result. The respondent relies on this Court's decision in *Chetaru v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 436, for the proposition that an enforcement officer is not required to conduct a preliminary H&C assessment; the respondent submits that the officer's assessment of the family's interests were adequate in the circumstances.

preuve de mauvaise foi en liant contestation sur le fond de la demande de contrôle judiciaire, laquelle a donc été inscrite pour instruction au fond. La seule question à trancher est celle de la raisonnable du refus de reporter l'exécution du renvoi.

### Analyse

[26] Le demandeur soutient que les questions sérieuses décrites par la Cour dans son ordonnance de sursis sont des vices de fond rendant la décision de l'agent déraisonnable, que l'agent a commis une erreur en concluant que la demande CH n'avait pas été soumise en temps opportun et en insistant sur l'imminence de la décision sur cette dernière demande plutôt que sur le temps écoulé depuis son dépôt, que ses conjectures au sujet de la gravité des problèmes médicaux de M<sup>me</sup> Williams étaient déraisonnables et qu'il a mal apprécié les effets de son renvoi sur sa famille et le caractère irréparable du préjudice que ce renvoi causerait à sa famille.

[27] Selon le défendeur, la seule question que doit trancher la Cour est celle de savoir si l'agent, [TRADUCTION] « en refusant de reporter le renvoi du demandeur, a exercé sa compétence et ses fonctions conformément à la loi ». Il soutient qu'en matière de report de renvoi le pouvoir discrétionnaire de l'agent est extrêmement limité et qu'il a été exercé de façon raisonnable. Il affirme également que le refus du report était justifié parce que le demandeur n'était pas sans reproche. Il fait valoir qu'une demande CH en traitement ne saurait fonder en soi une demande de report, que les obligations réduites incombant aux agents de renvoi en matière d'équité procédurale ont été respectées en l'espèce, que le recours aux déclarations antérieures était légitime et que, si erreur il y a eu, elle n'a pas porté à conséquence. Soutenant, en s'appuyant sur la décision *Chetaru c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 436, qu'un agent d'exécution n'est pas tenu de procéder à une appréciation préliminaire de la demande CH, il fait valoir que l'agent a bien évalué l'intérêt de la famille dans les circonstances.

[28] As earlier noted, the fact that the applicant's motion for a stay of removal was granted in this case by me does not lead directly to the conclusion that the application for review of that decision will also be granted by me.

[29] This is so because a motion for a stay of removal and a judicial review of a refusal to defer removal are different proceedings. The conclusion that serious issues exist on the tri-partite test described in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.), even given the higher threshold set out in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682 of "likelihood of success", does not lead directly to the conclusion that these issues are reviewable issues once examined with the benefit of a complete record. Likewise, the conclusion that the applicant faces irreparable harm under the tri-partite test does not lead directly to the conclusion that he also faces a risk of death, extreme sanction or inhumane treatment if a deferral of removal is not granted.

[30] This case is an excellent illustration that an applicant who fails to provide a full and complete record in support of a deferral request does so at his own peril. There was evidence that could have been placed before the enforcement officer but it was not. We will never know whether that information would have changed the outcome. It was submitted only later with the reconsideration request and stay motion. Before turning to examine the challenges the applicant advances to the decision under review, I wish to make a few comments on the basis for deferral requests and the role of this Court when those decisions are challenged.

[31] Subsection 48(2) of the Act obligates enforcement officers to enforce valid removal orders "as soon as is reasonably practicable." Section 48 has been interpreted to grant officers only a very limited discretion to consider requests to defer removal: *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311; *Simois v. Canada*

[28] Comme je l'ai déjà indiqué, l'ordonnance de sursis rendue en l'espèce ne saurait faire conclure que la demande de contrôle judiciaire du refus de reporter le renvoi sera également accueillie.

[29] Il en est ainsi parce que la requête pour sursis d'exécution diffère de la demande de contrôle judiciaire du refus de reporter un renvoi. La conclusion qu'il existe une question sérieuse, tirée en application du critère tripartite de l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.), ne signifie pas nécessairement que la Cour jugera bon d'intervenir après examen au fond, même en tenant compte de la condition plus exigeante formulée dans la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, de la « vraisemblance que la demande sous-jacente soit accueillie ». De la même façon, la conclusion qu'un demandeur risque de subir un préjudice irréparable, tirée en application du critère tripartite, ne fait pas automatiquement conclure que sa vie serait menacée ou qu'il serait exposé à des sanctions excessives ou à un traitement inhumain si le report n'est pas accordé.

[30] La présente espèce illustre bien qu'il est dangereux de ne pas appuyer une demande de report de renvoi sur un dossier complet. Le demandeur aurait pu présenter certains éléments de preuve à l'agent d'exécution, mais il ne l'a pas fait. Nous ne saurons jamais si ces éléments auraient pu mener à un autre résultat. Ils n'ont été soumis que plus tard, à l'occasion de la demande de réexamen et de la requête pour sursis d'exécution. Avant d'examiner les arguments avancés par le demandeur pour contester la décision en cause, je ferai quelques commentaires sur le fondement des demandes de report et le rôle de la Cour lorsque des décisions en cette matière sont contestées.

[31] Le paragraphe 48(2) de la Loi fait obligation aux agents d'exécution d'appliquer les mesures de renvoi valides « dès que les circonstances le permettent ». Les tribunaux ont considéré que le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi conféré aux agents par l'article 48 était très restreint : *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF

(*Minister of Citizenship and Immigration*) (2000), 187 F.T.R. 219 (T.D.); and *Wang*, above. In *Wang*, at paragraph 48, Pelletier J. (as he then was), held that:

... deferral should be reserved for those applications or processes where the failure to defer will expose the applicant to the risk of death, extreme sanction or inhumane treatment in circumstances and where deferral might result in the order becoming inoperative. The consequences of removal in those circumstances cannot be made good by readmitting the person to the country following the successful conclusion of their pending application.

[32] On my reading of the decisions in *Baron*, *Wang* and *Simoës* the situations where an officer may be called upon to defer removal will fall within one of three categories.

[33] The first category involves situations where there are factors directly related to the travel arrangements required to remove the person. In this category are factors such as the cancellation of a scheduled flight, the sudden illness of the traveller, and the unavailability of required escorts. In cases such as these there will be little judgment or discretion required by the officer; it is likely that in these cases it will be obvious that the travel arrangements have to be changed and removal postponed to a later date.

[34] The second category involves situations where there are factors that are not related to the travel arrangements but that are directly impacted by them. In this category are factors such as the impact on a child's school year where a child is being removed, the impact on a Canadian business where the person being removed operates a business, a pending birth or a death. In these cases, the deferral will be temporary in order to address or ameliorate the impact of the removal. The removal will be deferred to enable the child to finish the school year or to graduate, to enable the person to wind up or sell his business, to give birth to a child or to attend at the birth of a child, or to attend at a funeral. In some instances the relevant factor will have to relate directly to the person being removed. For example, if that person is a student it may be that a deferral to permit him or her

81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Simoës c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Wang*, précité. Au paragraphe 48 de la décision *Wang*, le juge Pelletier (maintenant juge à la Cour d'appel), a statué qu'il y a lieu de :

[...] réserver l'exercice de ce pouvoir aux affaires où il y a des demandes ou procédures pendantes et où le défaut de reporter ferait que la vie du demandeur serait menacée, ou qu'il serait exposé à des sanctions excessives ou à un traitement inhumain, alors qu'un report pourrait faire que la mesure devienne de nul effet. Dans de telles circonstances, on ne pourrait annuler les conséquences d'un renvoi en réadmettant la personne au pays par suite d'un gain de cause dans sa demande qui était pendante.

[32] Il appert des décisions *Baron*, *Wang* et *Simoës* qu'il existe trois catégories de situations pouvant amener un agent à reporter un renvoi.

[33] La première catégorie concerne les facteurs directement liés aux préparatifs de voyage nécessaires au renvoi. Elle englobe des facteurs comme l'annulation d'un vol, la maladie soudaine de l'intéressé et la non-disponibilité des personnes devant l'escorter. De tels cas font peu appel à l'appréciation ou au pouvoir discrétionnaire de l'agent; il sera sans doute évident qu'il faudra modifier les préparatifs et retarder le renvoi.

[34] Entrent dans la deuxième catégorie des situations présentant des facteurs étrangers aux préparatifs du renvoi mais directement touchés par eux. Cette catégorie englobe notamment les effets du renvoi d'un enfant sur son année scolaire, les répercussions sur une entreprise canadienne du renvoi de son exploitant, les naissances ou décès imminents. Le renvoi sera alors reporté momentanément pour gérer ou tempérer les effets du renvoi. Il y aura report pour permettre à un enfant de terminer l'année scolaire ou de passer son diplôme, pour permettre la liquidation ou la vente d'une entreprise, pour permettre d'accoucher ou d'assister à l'accouchement ou pour assister à des funérailles. Dans certains cas, le facteur doit se rapporter directement à la personne visée par le renvoi. Par exemple, lorsque la personne renvoyée étudie, le report peut être indiqué pour lui permettre de

to complete the school year is appropriate. That basis for deferral is less likely to be germane if the student is a child of the person subject to the removal order and the child will be remaining in Canada. In that case, absent special circumstances, the removal of the parent is not likely to have a material impact on the child's education. In other situations the relevant factor may not need to be one personal to the person being removed; it may be sufficient if it relates to an immediate family member or dependant. For example, the death of the spouse (who was to remain in Canada) of a person being removed may warrant a deferral in order that he can bury his spouse, make arrangements for the care of the children, or make arrangements for the disposition of the estate. On the other hand, if the person subject to the removal order has been estranged from his recently deceased former spouse and she has been more recently in a common-law relationship with another, it may be that a deferral is not justified. Accordingly, deferral in situations falling within this category will require judgment or discretion being exercised by the officer.

[35] The third category involves situations where there is a process under the Act which could lead to landing and therefore could result in the removal order becoming invalid or unenforceable and where the failure to defer will expose the person to the risk of “death, extreme sanction or inhumane treatment” (*Wang*, at paragraph 48). In those situations there is no alternative remedy available to ameliorate the impact on the applicant if the removal order becomes invalid as a result of that collateral process. Under this category fall deferral requests because of a pending H&C application. I concur with Justice Pelletier in *Wang*, at paragraph 45, that “absent special considerations, an H & C application which is not based upon a threat to personal safety would not justify deferral because there is a remedy other than failing to comply with a positive statutory obligation” (emphasis added). In such cases the applicant generally has a right to return if the H&C application is granted.

[36] One of the “special considerations” noted on occasion by this Court which may warrant deferral in

terminer l'année scolaire. Ce motif de report risque d'être moins pertinent si l'étudiant est l'enfant de la personne visée par la mesure de renvoi et qu'il restera au Canada. En l'absence de circonstances particulières, il est peu probable alors que le renvoi du parent ait des effets substantiels sur les études de l'enfant. Dans d'autres cas, il n'est pas nécessaire que le facteur touche personnellement la personne renvoyée; il peut suffire qu'il concerne un membre de la famille immédiate ou une personne à charge. Par exemple, le décès du conjoint (qui devait rester au Canada) de la personne renvoyée peut justifier un report pour permettre à celle-ci de prendre des dispositions pour les funérailles, pour la garde des enfants ou pour la liquidation de la succession. Cependant, si la personne visée par le renvoi ne vivait plus avec le conjoint récemment décédé qui était par ailleurs en union de fait avec une autre personne, il est possible qu'il ne soit pas justifié de reporter le renvoi. Par conséquent, dans les situations relevant de la deuxième catégorie, l'agent devra procéder à une appréciation et exercer son pouvoir discrétionnaire.

[35] La troisième catégorie porte sur les situations où un processus prévu par la Loi et pouvant aboutir au droit d'établissement est en marche et pourrait donc rendre la mesure de renvoi invalide ou inexécutoire et où le défaut de reporter ferait que « la vie du demandeur serait menacée, ou qu'il serait exposé à des sanctions excessives ou à un traitement inhumain » (*Wang*, au paragraphe 48). En pareil cas, aucune autre solution ne permet d'atténuer les effets du renvoi sur le demandeur si le processus connexe rend cette mesure invalide. Les demandes CH pendantes entrent dans cette catégorie. Je souscris à la conclusion formulée par le juge Pelletier, au paragraphe 45 de la décision *Wang*, selon laquelle « en l'absence de considérations particulières, une demande invoquant des motifs d'ordre humanitaire qui n'est pas fondée sur des menaces à la sécurité d'une personne ne peut justifier un report, parce qu'il existe une réparation autre que celle qui consiste à ne pas respecter une obligation imposée par la Loi » (je souligne). Dans un tel cas, le demandeur a généralement le droit de revenir si la demande CH est accueillie.

[36] Au nombre des « considérations particulières » que notre Cour a jugées propres à justifier le report du

the face of an H&C application is where the H&C application was brought on a timely basis but it has not been determined due to a backlog in the system: *Simoes*, at paragraph 12. I can find no analysis or discussion of the rationale for this proposition. In my view, the rationale likely flows from the fact that it is a situation where the Minister has two competing statutory duties which are both at play. The Minister has a duty to remove those in breach of the Act and the Minister also has a duty to process applications for landing under the Act. The duty in both cases includes a duty to act promptly. Where the Minister has failed in his duty to promptly process an H&C application, then this should be a relevant consideration when determining when it is “reasonably practicable” to remove that applicant. Where an H&C application was filed promptly and the only reason why it has not been determined lies in the hands of the Minister, then the Minister should not be allowed to rigorously enforce his duty of removal when he has been delinquent in his duty to process applications that may make the removal unnecessary or invalid.

[37] The difficulty for the Court, and for enforcement officers, is that there is rarely any evidence of the time that is likely to be required before the H&C determination is made. The Department’s Web site informs applicants that first-stage approval of an H&C application currently takes five to six months.<sup>1</sup> It cautions applicants:

Not all cases receive “first stage of approval” at CPC Vegreville. Some files may be transferred to a local CIC office. This may add further delays to the overall processing time.

The Department’s Web site does not provide information to the public as to the average processing time that is taken to reach a final decision on an H&C application. It would seem to me that such information must be available within the Department and it would be helpful to applicants and enforcement officers if it were made available. Last fall the Minister of Citizenship and Immigration indicated to Parliament that the processing

renvoi lorsqu’une demande CH est pendante, figure la situation où la demande a été présentée en temps opportun mais n’a pas été tranchée à cause d’un arriéré (*Simoes*, au paragraphe 12). Je n’ai trouvé ni analyse ni examen expliquant pourquoi cette considération a été retenue. J’estime qu’elle découle probablement du fait que le ministre assume deux obligations opposées dans une telle situation. Il doit à la fois renvoyer ceux qui ont contrevenu à la Loi et traiter les demandes de droit d’établissement. Dans les deux cas, il s’agit d’obligations qui doivent être exécutées avec diligence. Le manquement du ministre à son obligation de traiter avec diligence une demande CH devrait alors entrer en ligne de compte pour déterminer quand « les circonstances [...] permettent » de renvoyer le demandeur. Le ministre ne devrait pas être autorisé à exécuter avec rigueur son obligation de renvoyer lorsque c’est à lui que sont imputables les raisons pour lesquelles une demande CH soumise en temps opportun et susceptible de rendre le renvoi inutile ou invalide n’a pas été tranchée.

[37] Pour la Cour, ainsi que pour les agents d’exécution, la difficulté réside dans le fait que la preuve établit rarement le délai de traitement probable d’une demande CH. Le site Web du ministère informe les demandeurs que l’étape de l’approbation de principe prend actuellement de cinq à six mois<sup>1</sup>, et renferme l’avertissement suivant :

Les demandes ne reçoivent pas toutes « l’approbation de principe » au CTD de Vegreville. Certains dossiers peuvent être transmis à un bureau local de CIC, ce qui pourrait résulter en un temps de traitement plus long de la demande.

Ce site Web ne fournit pas de renseignements sur le temps de traitement moyen nécessaire pour qu’une décision finale soit rendue sur une demande CH. J’incline à penser que le Ministère doit posséder ces renseignements et qu’il serait utile, pour les demandeurs et pour les agents d’exécution, de les rendre publics. L’automne dernier, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a indiqué au Parlement que le temps de

<sup>1</sup> <http://www.cic.gc.ca/english/information/times/canada/process-in.asp>.

<sup>1</sup> <http://www.cic.gc.ca/francais/information/delais/canada/demandes-canada.asp>.

time for an H&C application was 18 months.<sup>2</sup> It is not clear whether the Minister meant this as an average processing time or the expected processing time.

[38] When an officer, following *Wang*, examines the “special considerations” that are involved in an outstanding H&C application this does not require the officer to address the merits of the H&C application, or as it has sometimes been put, to conduct a mini H&C analysis: *Chetaru*, above. Rather, it is the officer’s responsibility to consider the circumstances related to the H&C application and its potential impact on the removal order. In short, the officer is required to ask (1) was the H&C application submitted in a timely fashion, and (2) is a backlog on the part of the Department the reason why the H&C application has not yet been determined. It is only if the answer to both questions is “yes” that the officer should turn his mind to whether a deferral is warranted. In so doing, the officer will consider a number of factors, including, the conduct of the applicant such as whether he or she has observed the Act’s requirements or acted in a manner that subverts the provisions of the Act, whether there are other reasons advanced for the deferral which warrant consideration, and the period of deferral that is being sought or is likely to result. This is not to suggest that the officer is involved in a process that requires a dialogue with the applicant. The officer is merely required to consider the relevant factors present in the circumstances before him.

[39] In this respect, I do not share the view expressed by Justice Pelletier in *Wang*, at paragraph 49, that an applicant’s criminality and the fact that he may not be readmitted to Canada following a successful H&C application is not a relevant consideration for the enforcement officer. Just as the applicant’s criminality is a relevant factor that weighs against a deferral, in my view, it is also a relevant factor in circumstances where there are issues of future family reunification in Canada.

---

<sup>2</sup> Canada. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 026, 2nd Session, 40th Parliament, Tuesday, October 6, 2009, page 3.

traitement d’une demande CH était de 18 mois<sup>2</sup>. On ne sait trop s’il s’agit du temps de traitement moyen ou du temps de traitement prévu.

[38] L’agent qui examine, en application de la décision *Wang*, les « considérations particulières » afférentes à une demande CH pendante n’a pas à apprécier le fond de la demande ou, comme cela a déjà été dit, à effectuer de « mini » appréciation de la demande : *Chetaru*, précité. Il lui incombe plutôt d’examiner les circonstances se rapportant à la demande CH et son effet potentiel sur la mesure de renvoi. Bref, l’agent doit déterminer 1) si la demande CH a été soumise en temps opportun et 2) si c’est en raison d’un arriéré imputable au Ministère qu’elle n’a pas fait l’objet d’une décision. Ce n’est que lorsqu’il répond par l’affirmative à ces deux questions que l’agent examine s’il est justifié de reporter le renvoi. Cet examen fait intervenir certains facteurs, au nombre desquels figurent : la conduite du demandeur, notamment s’il s’est conformé à la Loi ou s’il a cherché à la contourner, l’existence d’autres raisons méritant d’être examinées invoquées à l’appui du report et la durée du report qui est demandée ou qui sera probablement applicable. L’examen ne suppose pas de dialogue avec le demandeur. L’agent doit simplement examiner les facteurs pertinents en jeu dans la situation qui lui est présentée.

[39] À cet égard, je ne partage pas l’opinion que le juge Pelletier a exprimée, au paragraphe 49 de la décision *Wang* selon laquelle le dossier criminel d’un demandeur et la possibilité qu’il ne soit pas réadmis au Canada en dépit de l’issue favorable de sa demande CH ne sont pas des facteurs pertinents pour l’examen de l’agent. Le facteur du dossier criminel, qui constitue un facteur pertinent militant contre le report du renvoi, revêt la même pertinence dans une situation soulevant des questions en matière de réunification future de la famille au Canada.

---

<sup>2</sup> Canada. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. *Témoignages*, n° 026, 2<sup>e</sup> session, 40<sup>e</sup> législature, le mardi 6 octobre 2009, page 3.

[40] Undoubtedly, the applicant's criminality will be a consideration for the officer making the H&C determination. That officer will be balancing that consideration against those that are favourable to the applicant being permitted to file his application inland. The enforcement officer is not required to conduct that sort of analysis. Nonetheless, there may be circumstances, and the present case is an example of one, where the possibility that the applicant because of his criminality will not be permitted to re-enter Canada and be reunited with his family, ought to be given some consideration when faced with an H&C application that has been outstanding for some time.

[41] I now turn to the matters the applicant raises regarding the decision under review.

[42] In my view, the officer's conclusion with respect to the outstanding H&C application was reasonable. The applicant cites *Simmons v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1123, 56 Imm. L.R. (3d) 101, at paragraph 8, for the proposition that officers should consider "whether the application had been filed in a timely ma[nn]er and whether the reason there was no decision was a backlog in the system" rather than focusing on the imminence of a potential decision. In my opinion, this is the approach that the officer took in this case. The officer concluded that the applicant did not file his H&C application in a timely manner because he lived underground in Canada for more than 10 years before making his application, only made the application after he came to the attention of immigration authorities as a result of criminal charges that he was facing, and made it 6 months after he waived a PRRA. The officer noted when the application was filed, and also that it had been transferred to a local CIC [Citizenship and Immigration Canada] office for further processing. The officer did not discuss whether the delay in processing the application was based on backlog within CIC, and instead focused on whether a decision was imminent. In this case, the H&C application had been outstanding for 22 months at the time the officer rendered his decision. I agree with the applicant that this can create a reviewable error; however, in this case it does not. When the decision is read as a whole, taking into consideration the officer's reasonable conclusion regarding the timeliness of the applicant's H&C

[40] À n'en pas douter, l'agent statuant sur la demande CH prendra en compte les antécédents criminels du demandeur et mettra ce facteur en balance avec les facteurs favorisant l'autorisation de présenter une demande de résidence depuis le Canada. L'agent d'exécution n'a pas à effectuer semblable analyse. Il peut néanmoins se présenter des circonstances, et la présente espèce en est l'exemple, où la possibilité que les antécédents criminels du demandeur empêchent sa réadmission au Canada et la réunification de sa famille doit être considérée lorsqu'une demande CH est pendante depuis un bon moment.

[41] J'examinerai à présent les motifs fondant la contestation de la décision en cause.

[42] La conclusion de l'agent relative à la demande CH pendante était raisonnable à mon avis. Le demandeur prétend que la décision *Simmons c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1123, établit au paragraphe 8 le principe que les agents doivent examiner « si la demande avait été déposée en temps opportun et si la raison pour laquelle aucune décision n'était rendue était qu'il y avait engorgement du système » plutôt que mettre l'accent sur l'imminence d'une décision potentielle. Selon moi, c'est ce qu'a fait l'agent en l'espèce. Il a conclu que le demandeur n'a pas soumis sa demande CH en temps opportun parce qu'il vivait clandestinement au Canada depuis plus de 10 ans, et qu'il ne l'a présentée qu'après que les accusations portées contre lui l'ont signalé aux autorités de l'immigration, et 6 mois après avoir renoncé à l'ERAR. L'agent a relevé la date à laquelle la demande avait été faite et il a indiqué qu'elle avait été transférée à un bureau local de CIC [Citoyenneté et Immigration Canada] pour traitement. Il n'a pas examiné si le délai de traitement découlait d'un engorgement au sein du Ministère, mais s'est plutôt demandé si la décision était imminente. La demande CH était pendante depuis 22 mois au moment où il a rendu sa décision. Je conviens avec le demandeur que cela pourrait constituer une erreur donnant lieu à révision, mais j'estime que ça n'est pas le cas en l'espèce. Lorsque l'on considère la décision de l'agent dans son ensemble, en tenant compte de la conclusion raisonnable qu'il a tirée quant au temps pris à présenter la demande CH, il appert qu'il était loisible

application, it was open to the officer not to exercise his discretion to grant a deferral of removal on the basis of the outstanding H&C application.

[43] I also find that the officer's conclusion with respect to the applicant's wife's medical condition was not unreasonable. The onus was on the applicant to put forward his strongest case in support of a deferral of removal: *John v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 420, 231 F.T.R. 248. The applicant provided little explanation of his wife's medical condition, its severity, or the reason why diagnosis had to be deferred until after the pregnancy. The officer did not have before him the explanation that was put before me on the stay motion that this delay was because the diagnostic tests were potentially dangerous to the unborn fetus. This left the officer to speculate that the medical condition was not "urgent or severe". It would have been preferable had the officer not opined on a subject for which he had no training or expertise. Nevertheless, unless the applicant explains why his wife's medical condition warrants a deferral of removal, it is reasonable for an officer to conclude that the medical condition is not one requiring urgent attention.

[44] One might argue that the officer erred in focusing on the applicant's wife's heart issue and not on her pregnancy; indeed, the pending birth may well have been a stronger consideration. The Federal Court of Appeal in *Baron*, at paragraph 51, approved the observation in *Wang* that a pending birth may be a valid reason for deferral. In this case the officer notes that the applicant's wife is expecting in three months' time and that she has five other children for whom she and her husband care, but he fails to set out his thoughts on whether this fact alone warrants a deferral.

[45] The officer cannot be faulted for focusing on Mrs. Williams' heart issue and not on her pregnancy as the applicant did the same in his request for deferral. Further, he did not make additional representations when he submitted the medical note the next day even

à l'agent de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi sur le fondement de la demande CH pendante.

[43] Je suis également d'avis que la conclusion de l'agent relative à l'état de santé de la femme du demandeur n'était pas déraisonnable. Il incombait au demandeur de faire valoir les moyens les plus solides dont il disposait pour obtenir le report du renvoi : *John c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 420. Or ce dernier a donné peu de détails sur les problèmes médicaux de sa femme, leur gravité ou la raison pour laquelle les examens diagnostiques devaient avoir lieu après l'accouchement. L'agent ne disposait pas de l'explication qui m'a été soumise à l'occasion de la requête pour sursis, à savoir que les tests présentaient un danger pour l'enfant à naître, de sorte qu'il a supposé que son état n'était pas [TRADUCTION] « urgent ou sévère ». L'agent aurait été mieux avisé de ne pas se prononcer sur un sujet étranger à sa formation et à son expérience, mais lorsqu'un demandeur n'explique pas pourquoi l'état de santé de sa femme justifie le report du renvoi, il est raisonnable pour l'agent de conclure que les problèmes médicaux n'exigent pas de soins urgents.

[44] Il serait possible de soutenir que l'agent a commis une erreur en mettant l'accent sur le problème cardiaque de la femme du demandeur et non sur sa grossesse. La proximité de l'accouchement aurait effectivement fort bien pu constituer un facteur plus important. Au paragraphe 51 de l'arrêt *Baron*, la Cour d'appel fédérale a approuvé l'observation formulée dans la décision *Wang*, selon laquelle une naissance prochaine peut valablement fonder le report d'un renvoi. En l'espèce, l'agent signale que la femme du demandeur doit accoucher dans trois mois et qu'elle doit s'occuper de cinq autres enfants avec son mari, mais il n'aborde pas la question de savoir si ce facteur seul justifie le report du renvoi.

[45] Toutefois, le demandeur lui-même ayant mis l'accent sur le problème cardiaque de M<sup>me</sup> Williams et non sur sa grossesse, on ne peut reprocher à l'agent de l'avoir fait. De plus, le demandeur n'a pas soumis d'observations complémentaires lorsqu'il a déposé le

though it stressed her pregnancy in saying: “She has 4 of her children and two of his children to look after as well and will definitely need as much help as she can get from her husband during the pregnancy and at delivery” (emphasis added).

[46] The applicant requested a deferral until the H&C application had been determined. He may have been better advised to seek a deferral until after the baby was born or until after his wife’s heart issue was diagnosed. This should be a lesson to applicants. If there are stronger reasons supporting a shorter-term deferral, that is what ought to be sought.

[47] The aspect of the officer’s decision that troubled me when I granted the stay is the officer’s reliance on dated information in the Department’s file regarding the applicant. Specifically, the following are of concern, especially as the officer wrote that “I have fully considered the impact that removal will have upon Mr. Williams’ family and six children” (emphasis added).

[48] First, he writes that Mr. Williams may choose to bring his sons with him to Jamaica as he previously indicated “during his interview on 10 October 2006 that this was an option he was considering.” This previous indication was made only a few months after his spouse and the mother of these two boys had died and at a time when he had sole custody of the boys. The officer then writes that if Mr. Williams chooses to have his sons remain in Canada, “I am satisfied they may remain in the care of their step-mother, or another designate.” There was no evidence before the officer that the step-mother would be prepared to care for these boys if their father was absent. The officer’s assumption might be unobjectionable in a more usual situation but one must question its validity in the present circumstances. Mrs. Williams then had four of her own children to care for, another on the way, and heart issues that were unresolved. Mr. Williams might never be permitted to return to Canada and if he did not return then Mrs. Williams would be the caregiver of these boys for

billet du médecin le lendemain, alors que ce billet s’attardait à la grossesse en indiquant : [TRADUCTION] « Elle a quatre enfants et doit aussi s’occuper des deux enfants de son mari, et elle aura assurément besoin de toute l’aide qu’elle pourra obtenir de ce dernier pendant la grossesse et l’accouchement » (je souligne).

[46] Le demandeur cherchait à faire reporter son renvoi jusqu’à ce que décision soit rendue sur sa demande CH. Il aurait mieux fait de demander un report jusqu’à la naissance du bébé ou jusqu’à l’établissement du diagnostic concernant le problème cardiaque de sa femme. Les demandeurs devraient en tirer leçon. Si des motifs plus solides militent en faveur d’un report moins long, c’est ce report qu’il faut demander.

[47] L’aspect de la décision de l’agent qui me gênait, lorsque j’ai accordé le sursis, était qu’elle reposait sur des renseignements périmés du dossier du Ministère concernant le demandeur. Il est troublant, en particulier, que l’agent se soit appuyé sur les renseignements exposés ci-dessous, d’autant plus qu’il a déclaré avoir [TRADUCTION] « examiné en profondeur l’effet qu’aura le renvoi sur la famille de M. Williams et les six enfants » (je souligne).

[48] Premièrement, il écrit que M. Williams peut choisir d’emmener ses fils avec lui en Jamaïque car il avait déjà indiqué [TRADUCTION] « lors de l’entrevue du 10 octobre 2006, qu’il s’agissait là d’une solution qu’il envisageait ». Cette déclaration antérieure avait été faite quelques mois seulement après le décès de sa première épouse, mère des deux garçons, alors qu’il avait seul la garde des deux enfants. L’agent ajoute ensuite que si M. Williams décide de laisser ses fils au Canada : [TRADUCTION] « j’ai la conviction qu’ils peuvent demeurer sous la garde de leur belle-mère ou d’une autre personne désignée ». Il ne disposait d’aucun élément de preuve établissant que leur belle-mère serait disposée à s’occuper des deux garçons en l’absence de leur père. Dans une situation plus courante, il pourrait n’y avoir rien à redire à cette supposition de l’agent, mais, en l’espèce, il faut s’interroger sur sa validité. M<sup>me</sup> Williams avait alors elle-même quatre enfants, elle en attendait un cinquième et elle éprouvait des problèmes cardiaques pour lesquels elle n’avait pas de diagnostic. Il était

many years to come, given their ages. In such circumstances, the accuracy of the officer's assumption must be questioned.

[49] Turning to the other “designate” whom the officer mentions, these the officer says includes Mr. Williams' sister-in-law and her son, those with whom Mr. Williams' and his sons resided after his wife's death. It should be pointed out that there is no mention in the Department's notes of his sister-in-law having any children; rather they reflect that in 2006 he was living with his sister-in-law and the oldest daughter of his first wife. Regardless, the officer sets out and relies upon the situation as it was in 2006—some two and one-half years earlier in quite different circumstances. The officer assumes that these persons continue to reside in Toronto, that their personal circumstances have remained the same, and that they are prepared to take in these boys, perhaps forever, when they now have a step-mother who was not in the picture in 2006. The other possible designate the officer mentions is Mr. Williams' “family in Canada” and “his mother in the USA”. The family members in Canada, as disclosed in the notes of the February 10, 2009 meeting, are an aunt and cousin of Mr. Williams who were living in Montréal. The officer knows nothing of the circumstances of any of these family members. In my view, the officer's conclusion that any of these could provide care for these two boys is mere speculation.

[50] Second, the officer concludes, based on the 2006 interview notes, that Mr. Williams could place the business in trust to another, just as it had been placed in trust to him in 2006. What the notes from the 2006 interview indicate is that the business had been owned by his now-deceased wife, that Mr. Williams had been an advisor to her business, that it was then in trust to him and that it was then being run by the deceased wife's “business partner” Makis Arthur.

[51] When the information provided in 2006 is viewed in the context of his wife's recent death, it is probable that the business was in trust to Mr. Williams as the heir

possible que M. Williams ne soit jamais autorisé à revenir au Canada, de sorte que M<sup>me</sup> Williams pourrait avoir à s'occuper de ces deux garçons pendant de nombreuses années, vu leur âge. Il s'impose donc, dans ces circonstances, d'examiner l'exactitude de la supposition de l'agent.

[49] Pour ce qui est de l'« autre personne désignée » évoquée par l'agent, il pouvait s'agir, selon ce dernier, de la belle-sœur de M. Williams et son fils, chez qui M. Williams avait vécu avec ses fils après la mort de sa femme. Il me faut signaler que les notes du Ministère n'indiquent pas que la belle-sœur de M. Williams ait eu des enfants; il en ressort plutôt qu'en 2006, ce dernier vivait avec sa belle-sœur et la fille aînée de sa première femme. Quoi qu'il en soit, l'agent décrit la situation telle qu'elle existait en 2006, environ deux ans et demi plus tôt, dans des circonstances passablement différentes, et il s'appuie sur cette situation. Il présume que ces personnes vivent toujours à Toronto, que leur situation personnelle n'a pas changé et qu'elles sont prêtes à s'occuper des garçons, pour toujours, peut-être, alors qu'ils ont maintenant une belle-mère qui ne faisait pas partie du tableau en 2006. Les autres gardiens possibles, selon l'agent, étaient la famille de M. Williams au Canada et sa mère, aux États-Unis. Il appert des notes de l'entrevue du 10 février 2009 que la famille du demandeur au Canada se compose d'une tante et d'un cousin qui vivaient à Montréal et sur lesquels l'agent ne sait rien d'autre. J'estime que sa conclusion que n'importe laquelle de ces personnes aurait pu s'occuper des garçons relève de la simple conjecture.

[50] Deuxièmement, l'agent a conclu, en se fondant sur ses notes de 2006, que M. Williams pouvait confier son entreprise à un tiers tout comme elle lui avait été confiée à lui en 2006. Ce qui ressort des notes relatives à l'entrevue de 2006 est que le restaurant était la propriété de la femme de M. Williams, à présent décédée, que M. Williams avait agi comme conseiller pour le commerce, que le restaurant lui avait ensuite été confié et qu'il était alors exploité par l'« associé » de sa femme décédée, Makis Arthur.

[51] Considérés dans le contexte du décès récent de la femme de M. Williams, les renseignements fournis en 2006 indiquent que le commerce a probablement été

to his wife's estate. If so, suggesting that Mr. Williams in 2009 could "similarly place the business in trust to another individual" makes no sense.

[52] In most situations, relying on dated information from an applicant in the immigration file will be of little or no consequence. However, where it is known that there have been material changes since that earlier information was provided, such as is the case here, it is unfair and unreasonable to rely on earlier information without first checking with the applicant to determine whether it remains valid.

[53] The duty of fairness in the context of a deferral request is low; nonetheless, it has been held that even on a low standard, it is contrary to the duty of fairness to render a decision relying on extrinsic evidence on a material point that was not provided by the applicant: *Level v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 227, 324 F.T.R. 71.

[54] The evidence relied on in this case by the officer was not extrinsic evidence; the evidence relied upon came from notes made of statements previously given by the applicant. However, in my view, the same analysis applies where the evidence relied upon has not been recently confirmed by the applicant and there have been significant events in the interim which would cause a reasonable person to ask whether they remain accurate.

[55] In this case, it is not clear to me that the officer had to rely on the statements made by the applicant in 2006 to render a decision on the deferral request; nonetheless, the officer did so. For that reason, the decision must be set aside.

[56] When a decision such as this has been set aside, it is usual for the Court to refer the application back to be decided by a different officer. In this instance, such an order is inappropriate because the baby that was expected has now been born, presumably Mrs. Williams'

confié au demandeur en sa qualité d'héritier de son épouse. Si tel est le cas, l'affirmation que M. Williams, en 2009, [TRADUCTION] « pourrait [...] confier pareillement le restaurant à une autre personne » n'est pas logique.

[52] La plupart du temps, le recours à des renseignements périmés du dossier d'immigration qui ont été donnés par le demandeur portera peu ou pas à conséquence. Toutefois, lorsqu'on sait que d'importants changements sont survenus depuis la fourniture des renseignements antérieurs, comme en l'espèce, il est injuste et déraisonnable de s'appuyer sur les renseignements antérieurs sans vérifier d'abord avec le demandeur s'ils sont toujours valides.

[53] En matière de demande de report de renvoi, l'obligation d'équité n'est pas très rigoureuse. Il a toutefois été jugé que même en présence d'une norme peu élevée, il est contraire à l'équité de fonder des décisions relatives à des points importants sur des éléments de preuve extrinsèque n'émanant pas du demandeur : *Level c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 227.

[54] En l'espèce, l'agent ne s'est pas fondé sur une preuve extrinsèque; les éléments de preuve étayant sa décision provenaient de déclarations antérieures du demandeur consignées au dossier. Je suis toutefois d'avis qu'on peut tenir le même raisonnement lorsque les éléments de preuve ayant fondé la décision n'ont pas été confirmés récemment par le demandeur et que sont survenus des changements importants qui amèneraient une personne raisonnable à se demander s'ils sont toujours exacts.

[55] En l'espèce, je ne vois pas pourquoi l'agent devait faire appel à des déclarations datant de 2006 pour statuer sur la demande de report. C'est pourtant ce qu'il a fait. Pour ce motif, il y a lieu d'annuler la décision.

[56] Lorsqu'une telle décision est annulée, la Cour renvoie généralement la demande pour examen par un autre décideur. En l'espèce, toutefois, il ne conviendrait pas de procéder de la sorte parce que le bébé est maintenant né, les problèmes cardiaques de M<sup>me</sup> Williams

heart issues have been resolved, the business situation may have changed, and it is now almost three years since the H&C application was filed—more than twice the processing time indicated by the Minister.

[57] Accordingly, I shall not order that the request for deferral be redetermined.

[58] Mr. Williams should be under no delusion that he may now stay in Canada permanently. The respondent may issue him another direction to report and he may well find himself again subject to imminent removal from Canada. If he has not already done so, he should organize his affairs so that his family and business will not be placed in jeopardy if he is returned to Jamaica because, given his criminal past, he may never be permitted to return to his family in Canada.

[59] Neither party proposed a question for certification and in my view there is none.

ont peut-être été réglés, la situation commerciale a pu changer et il s'est écoulé presque trois ans depuis le dépôt de la demande CH, soit plus que le double du délai de traitement indiqué par le Ministère.

[57] Par conséquent, je n'ordonnerai pas qu'une autre décision soit rendue sur la demande de report.

[58] M. Williams ne doit pas croire qu'il peut maintenant rester de façon permanente au Canada. Le défendeur peut lui signifier une autre convocation pour renvoi, et il pourra encore une fois se trouver en situation de renvoi imminent. S'il ne l'a pas déjà fait, il devrait prendre des dispositions pour que sa famille et son commerce ne souffrent pas de son retour en Jamaïque, parce qu'il est possible qu'il ne soit jamais autorisé à revenir au Canada en raison de son passé criminel.

[59] Aucune des parties n'a soumis de questions à certifier et j'estime qu'il n'y a pas lieu d'en certifier.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed and the decision of the enforcement officer dated March 16, 2009 refusing the request for deferral of removal is set aside;
2. If the respondent issues the applicant with a direction to report and the applicant seeks a deferral of that removal, the deferral request is to be considered by an officer who was not involved in the decision under review or the reconsideration of that decision;
3. No costs are awarded; and
4. No question is certified.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE :

1. la demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de l'agent d'exécution en date du 16 mars 2009 refusant la demande de report du renvoi est annulée;
2. toute demande de report que pourrait soumettre le demandeur après avoir reçu une convocation pour renvoi du défendeur devra être entendue par un agent n'ayant pas pris part à la décision contrôlée ou à son réexamen;
3. aucuns dépens ne sont adjugés;
4. aucune question n'est certifiée.

A-302-09  
2010 FCA 198

A-302-09  
2010 CAF 198

The Province of Alberta as represented by the Minister of Education; the Province of British Columbia as represented by the Minister of Education; the Province of Manitoba as represented by the Minister of Education, Citizenship and Youth; the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Education; the Province of Newfoundland and Labrador as represented by the Minister of Education; the Northwest Territories as represented by the Minister of Education, Culture and Employment; the Province of Nova Scotia as represented by the Minister of Education; the Territory of Nunavut as represented by the Minister of Education; the Province of Ontario as represented by the Minister of Education; the Province of Prince Edward Island as represented by the Minister of Education; the Province of Saskatchewan as represented by the Minister of Education; the Yukon Territory as represented by the Minister of Education; the Airy and Sabine District School Area Board; the Algoma District School Board; the Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board; the Asquith-Garvey District School Area Board; the Atikokan Roman Catholic Separate School Board; the Avon Maitland District School Board; the Bloorview Macmillan School Authority; the Bluewater District School Board; the Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board; the Bruce-Grey Catholic District School Board; the Campbell Children's School Authority; the Caramat District School Area Board; the Catholic District School Board of Eastern Ontario; the Collins District School Area Board; the Connell and Ponsford District School Area Board; the Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario; the Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario; the Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville; the Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet; the Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud; the Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien; the Conseil scolaire de district catholique des Aurores Boréales; the Conseil scolaire de district catholique des

La province d'Alberta, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre de l'Éducation; la province du Manitoba, représentée par le ministre de l'Éducation, de la Citoyenneté et de la Jeunesse; la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de Terre-Neuve-et-Labrador, représentée par le ministre de l'Éducation; les territoires du Nord-Ouest, représentés par le ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation; la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par le ministre de l'Éducation; le territoire du Nunavut, représenté par le ministre de l'Éducation; la province d'Ontario, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de l'Île-du-Prince-Édouard, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre de l'Éducation; le territoire du Yukon, représenté par le ministre de l'Éducation; le Airy and Sabine District School Area Board; le Algoma District School Board; le Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board; le Asquith-Garvey District School Area Board; le Atikokan Roman Catholic Separate School Board; le Avon Maitland District School Board; le Bloorview Macmillan School Authority; le Bluewater District School Board; le Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board; le Bruce-Grey Catholic District School Board; le Campbell Children's School Authority; le Caramat District School Area Board; le Catholic District School Board of Eastern Ontario; le Collins District School Area Board; le Connell and Ponsford District School Area Board; le Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario; le Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario; le Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville; le Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet; le Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud; le Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien; le Conseil scolaire de district catholique des Aurores Boréales; le Conseil scolaire de district catholique des Grandes Rivières; le Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario; le Conseil

Grandes Rivières; the Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario; the Conseil scolaire de district catholique Franco-Nord; the Conseil scolaire de district des écoles catholiques de Sud-Ouest; the Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest; the Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario; the Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario; the District School Board of Niagara; the District School Board Ontario North East; the Dufferin-Peel Catholic District School Board; the Durham Catholic District School Board; the Durham District School Board; the Foleyet District School Area Board; the Gogama District School Area Board; the Gogama Roman Catholic Separate School Board; the Grand Erie District School Board; the Greater Essex County District School Board; the Halton Catholic District School Board; the Halton District School Board; the Hamilton-Wentworth Catholic District School Board; the Hamilton-Wentworth District School Board; the Hastings & Prince Edward District School Board; the Hornepayne Roman Catholic Separate School Board; the Huron Perth Catholic District School Board; the Huron-Superior Catholic District School Board; the James Bay Lowlands Secondary School Board; the Kawartha Pine Ridge District School Board; the Keewatin-Patricia District School Board; the Kenora Catholic District School Board; the Lakehead District School Board; the Lambton Kent District School Board; the Limestone District School Board; the Missarenda District School Area Board; the Moose Factory Island District School Area Board; the Moosonee District School Area Board; the Moosonee Roman Catholic Separate School Board; the Murchison and Lyell District School Area Board; the Nakina District School Area Board; the Near North District School Board; the Niagara Catholic District School Board; the Niagara Peninsula Children's Centre School Authority; the Nipissing-Parry Sound Catholic District School Board; the Northeastern Catholic District School Board; the Northern District School Area Board; the Northwest Catholic District School Board; the Ottawa Children's Treatment Centre School Authority; the Ottawa-Carleton Catholic District School Board; the

scolaire de district catholique Franco-Nord; le Conseil scolaire de district des écoles catholiques de Sud-Ouest; le Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest; le Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario; le Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario; le District School Board of Niagara; le District School Board Ontario North East; le Dufferin-Peel Catholic District School Board; le Durham Catholic District School Board; le Durham District School Board; le Foleyet District School Area Board; le Gogama District School Area Board; le Gogama Roman Catholic Separate School Board; le Grand Erie District School Board; le Greater Essex County District School Board; le Halton Catholic District School Board; le Halton District School Board; le Hamilton-Wentworth Catholic District School Board; le Hamilton-Wentworth District School Board; le Hastings & Prince Edward District School Board; le Hornepayne Roman Catholic Separate School Board; le Huron Perth Catholic District School Board; le Huron-Superior Catholic District School Board; le James Bay Lowlands Secondary School Board; le Kawartha Pine Ridge District School Board; le Keewatin-Patricia District School Board; le Kenora Catholic District School Board; le Lakehead District School Board; le Lambton Kent District School Board; le Limestone District School Board; le Missarenda District School Area Board; le Moose Factory Island District School Area Board; le Moosonee District School Area Board; le Moosonee Roman Catholic Separate School Board; le Murchison and Lyell District School Area Board; le Nakina District School Area Board; le Near North District School Board; le Niagara Catholic District School Board; le Niagara Peninsula Children's Centre School Authority; le Nipissing-Parry Sound Catholic District School Board; le Northeastern Catholic District School Board; le Northern District School Area Board; le Northwest Catholic District School Board; le Ottawa Children's Treatment Centre School Authority; le Ottawa-Carleton Catholic District School Board; le Ottawa-Carleton District School Board; le Parry Sound Roman Catholic Separate School Board; le Peel District School Board; le Peterborough Victoria

Ottawa-Carleton District School Board; the Parry Sound Roman Catholic Separate School Board; the Peel District School Board; the Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board; the Rainbow District School Board; the Rainy River District School Board; the Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board; the Renfrew County Catholic District School Board; the Renfrew County District School Board; the Simcoe County District School Board; the Simcoe Muskoka Catholic District School Board; the St Clair Catholic District School Board; the Sudbury Catholic District School Board; the Superior North Catholic District School Board; the Superior-Greenstone District School Board; the Thames Valley District School Board; the Thunder Bay Catholic District School Board; the Toronto Catholic District School Board; the Toronto District School Board; the Trillium Lakelands District School Board; the Upper Canada District School Board; the Upper Grand District School Board; the Upsala District School Area Board; the Waterloo Catholic District School Board; the Waterloo Region District School Board; the Wellington Catholic District School Board; the Windsor-Essex Catholic District School Board; and the York Region District School Board (*Applicants*)

v.

The Canadian Copyright Licensing Agency, operating as “Access Copyright” (*Respondent*)

and

The Canadian Association of University Teachers (*Intervener-1*)

and

The Canadian Publishers’ Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Education Resources Council (*Interveners-2*)

Northumberland and Clarington Catholic District School Board; le Rainbow District School Board; le Rainy River District School Board; le Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board; le Renfrew County Catholic District School Board; le Renfrew County District School Board; le Simcoe County District School Board; le Simcoe Muskoka Catholic District School Board; le St Clair Catholic District School Board; le Sudbury Catholic District School Board; le Superior North Catholic District School Board; le Superior-Greenstone District School Board; le Thames Valley District School Board; le Thunder Bay Catholic District School Board; le Toronto Catholic District School Board; le Toronto District School Board; le Trillium Lakelands District School Board; le Upper Canada District School Board; le Upper Grand District School Board; le Upsala District School Area Board; le Waterloo Catholic District School Board; le Waterloo Region District School Board; le Wellington Catholic District School Board; le Windsor-Essex Catholic District School Board; le York Catholic District School Board; et le York Region District School Board (*demandeurs*)

c.

The Canadian Copyright Licensing Agency, exerçant ses activités sous l’appellation « Access Copyright » (*défenderesse*)

et

L’Association canadienne des professeures et professeurs d’université (*intervenante-1*)

et

The Canadian Publishers’ Council, l’Association of Canadian Publishers et le Canadian Education Resources Council (*intervenants-2*)

**INDEXED AS: ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Noël and Trudel J.J.A.—Montréal, June 8; Ottawa, July 23, 2010.

*Copyright — Infringement — Judicial review of Copyright Board of Canada decision holding that copies made by applicants not fairly made in accordance with Copyright Act, ss. 29, 29.1, that s. 29.4 exception not applying thereto; therefore copies should be included in tariff calculation — Copyright Board approving tariff, which included as remunerable use photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12 — Applicants arguing that copies at issue qualifying as fair dealing, alternatively exempt under Act, s. 29.4 — Board applying two-step test established by Supreme Court of Canada in CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (CCH) to determine whether applicants' activity qualifying as fair dealing — Board's decision copies not qualifying as fair dealing under Act, CCH test reasonable — Board clearly coming to conclusion applicants' dealing unfair since not properly qualifying as "research and private study" — Board's reasons also comprehensible, transparent — As for Board's finding regarding Act, s. 29.4 exception, Board failing to address issue that was essential to disposition of matter before it — Board's reasons thereon could be interpreted in two ways, neither of which sufficient to ground decision — Issue required that words "in a medium appropriate for the purpose" be defined, applied to facts of case but Board only addressing whether works "commercially available" — Words "format", "medium" in Act, s. 29.4 cannot have same meaning — As such, finding works available in appropriate "format" not finding works available in appropriate "medium" — Even assuming Board meaning "medium" when writing "format", not discussing what is, is not appropriate nor making factual findings based on evidence before it — Application allowed.*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (ÉDUCATION) c. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)**

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Noël et Trudel, J.C.A.—Montréal, 8 juin; Ottawa, 23 juillet 2010.

*Droit d'auteur — Violation — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux art. 29 et 29.1 de la Loi sur le droit d'auteur et que l'exception énoncée à l'art. 29.4 ne s'y appliquait pas; les copies devaient donc être comprises dans le calcul du tarif — La Commission du droit d'auteur a homologué un tarif, qui comprenait parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d'extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année — Les demandeurs affirmaient que l'utilisation des copies en cause constituait une utilisation équitable, et, à titre subsidiaire, qu'elles tombaient sous le coup de l'exception prévue à l'art. 29.4 de la Loi — La Commission a appliqué le critère en deux étapes formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada (CCH) pour déterminer si l'activité des demandeurs répondait à la définition d'utilisation équitable — La conclusion de la Commission suivant laquelle les copies ne répondaient pas à la définition d'utilisation équitable en vertu de la Loi et du critère exposé dans l'arrêt CCH était raisonnable — Il était évident que la Commission avait conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée » — Les motifs de la Commission étaient par ailleurs compréhensibles et transparents — En ce qui concerne l'exception prévue à l'art. 29.4 de la Loi, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie — Les motifs de la Commission pouvaient être interprétés de deux manières et ni l'une ni l'autre n'était suffisante pour justifier sa décision — Il fallait répondre à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées » et cette expression devait être appliquée aux faits en l'espèce, mais la Commission a seulement abordé la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché » — Les mots « medium » et « format » utilisés à l'art. 29.4 de la Loi ne peuvent avoir le même sens — En conséquence, la conclusion portant que les œuvres étaient accessibles en un « format » approprié n'était pas une conclusion selon laquelle les œuvres étaient accessibles en un « medium » approprié — Même en supposant que la Commission voulait dire « medium » lorsqu'elle a écrit « format », elle n'a pas parlé de ce qui était approprié ou ne l'est pas et elle n'a tiré aucune conclusion de fait sur*

This was an application for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada holding that copies made by the applicants were not fairly made in accordance with sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act* and that the section 29.4 exception (pertaining to reproduction by educational institutions) did not apply thereto. Therefore, the Board included the copies in the tariff calculation. The Copyright Board approved a tariff, which included as remunerable use the photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12. The applicants are the ministries of education of all Canadian provinces and territories outside Quebec, as well as each of the Ontario school boards. The respondent is a not-for-profit organization that represents authors and publishers of copyrighted works. In addition to claiming that their use of photocopies constituted fair dealing, the applicants alternatively argued that the copying at issue was exempt under section 29.4 of the Act as a “work or other subject-matter as required for a test or examination” where the work is not “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

When the parties could not reach an agreement on a new tariff after the previous agreement had expired, the respondent filed its own proposed tariff with the Board. However, the applicants objected, seeking review before the Board. It was agreed that a volume study would be carried out. The results of this study were classified under four different categories. While the parties agreed that copies falling into categories 1, 2 and 3 constituted fair dealing, the parties differed respecting copies falling under category 4, which accounted for the overwhelming majority of copies. These copies referred to multiple copies made for the use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review. The respondent argued, and the Board agreed, that they were not fair dealing and were accordingly remunerable.

The issues were whether the Board correctly concluded that the category 4 copies did not qualify as fair dealing pursuant to sections 29 and 29.1 of the Act and furthermore did not qualify under the Act’s exception in section 29.4.

*le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés  
— Demande accueillie.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d’auteur* et que l’exception énoncée à l’article 29.4 (quant à la reproduction faite par des établissements d’enseignement) ne s’y appliquait pas. En conséquence, la Commission a inclus les copies dans le calcul du tarif. La Commission du droit d’auteur a homologué un tarif, qui comprenait parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d’extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année. Les demandeurs sont les ministres de l’Éducation de toutes les provinces et de tous les territoires canadiens, à l’exception du Québec, de même que chacun des conseils scolaires ontariens. La défenderesse est une société à but non lucratif qui représente les auteurs et les éditeurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur. En plus d’affirmer que leur utilisation de photocopies constituait une utilisation équitable, les demandeurs soutenaient, à titre subsidiaire, que les copies en cause tombaient sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi en tant que copies « d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur [...] dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle » lorsque l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur ne sont pas « accessibles sur le marché et sont sur un support approprié aux fins visées ».

Lorsque les parties ne pouvaient pas en arriver à une entente sur le nouveau tarif après l’expiration de l’entente antérieure, la défenderesse a déposé auprès de la Commission son propre projet de tarif. Les demandeurs se sont toutefois opposés au projet et ont demandé à la Commission de le réviser. Les parties ont accepté une enquête de volume. Les résultats de cette enquête ont été classés dans quatre catégories différentes. Bien que les parties aient convenu que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituaient une utilisation équitable, elles divergeaient toutefois d’opinion au sujet de la catégorie 4, qui correspondait à l’immense majorité des copies. Ces copies s’entendaient de copies multiples faites pour l’usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande [...] aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu ». La défenderesse affirmait — et la Commission abondait dans son sens — qu’elles ne constituaient pas une utilisation équitable et qu’elles ouvraient en conséquence droit à rémunération.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la Commission avait conclu à juste titre que les copies appartenant à la catégorie 4 répondaient à la définition d’utilisation équitable en vertu des articles 29 et 29.1 de la Loi et si elles échappaient à l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi.

*Held*, the application should be allowed.

The Board applied the two-step test established by the Supreme Court of Canada's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* to determine whether the applicants' activity qualified as fair dealing. With respect to the first step of the *CCH* inquiry—whether the copies were made for an allowable purpose—the parties agreed that the Board did not err. Therefore, the only question remaining with respect to fair dealing was whether, having been made for an allowable purpose, the copies were made fairly.

The Board's decision that category 4 copies did not qualify as fair dealing under the Act and the *CCH* test was reasonable. The step 2 fairness inquiry is a factual one and therefore merits a high degree of deference. Furthermore, the six factors outlined by the Supreme Court in *CCH* do not comprise a checklist of necessary or sufficient conditions; they are a non-exhaustive guideline. Therefore, the reasonableness of the Board's fairness decision had to be assessed based on the Board's reasons as a whole. From this point of view, it was clear that the Board came to the conclusion that the applicants' dealing was unfair since it did not properly qualify as "research and private study". This was a legitimate conclusion that was open to the Board based on the evidence before it. The Board's reasons were also comprehensible and transparent.

With respect to the section 29.4 exception, the Board failed to address an issue that was essential to the disposition of the matter before it. The issue required that the words "in a medium appropriate for the purpose" be defined and applied to the facts of this case. The Board's reasons could be interpreted in two ways, neither of which was sufficient to ground its decision. First interpretation: The Board did not address whether the works were available in a "medium appropriate for the purpose". It only addressed whether the works were "commercially available". The Board's limited finding that the exception will be available for dealings for which the respondent offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format could not be interpreted as a finding that the works were available in a medium appropriate for the purpose. Since the Act uses both the words "format" and "medium", they cannot have the same meaning. Therefore, even if the Board's reasons were interpreted as a

*Arrêt* : la demande doit être accueillie.

La Commission a appliqué le critère en deux étapes formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* pour déterminer si l'activité des demandeurs répondait à la définition d'utilisation équitable. S'agissant de la première étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *CCH* — portant sur la question de savoir si les copies ont été faites pour une des fins énumérées — les parties ont convenu que la Commission n'avait pas commis d'erreur. La seule question qui devait être tranchée en ce qui concerne l'utilisation équitable était donc celle de savoir si, comme elles avaient été faites pour une fin énumérée, les copies visaient une utilisation équitable.

La Cour jugeait raisonnable la conclusion de la Commission suivant laquelle les copies relevant de la catégorie 4 ne répondent pas à la définition d'utilisation équitable et le critère exposé dans l'arrêt *CCH* était raisonnable. La seconde étape de l'analyse de la question de l'équité est d'ordre factuel et la conclusion tirée par la Commission commande donc un degré élevé de déférence. En outre, les six facteurs énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH* ne prévoient pas de liste de contrôle des conditions nécessaires ou suffisantes; ils se veulent simplement des lignes directrices non exhaustives. Le caractère raisonnable de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'équité devait donc être apprécié en fonction de l'ensemble des motifs de la Commission. Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, il était évident que la Commission avait conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée ». Il s'agissait d'une conclusion légitime qu'il était loisible à la Commission de tirer vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait. Les motifs de la Commission étaient par ailleurs compréhensibles et transparents.

En ce qui concerne l'exception prévue à l'article 29.4, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie. Elle devait définir l'expression « sur un support approprié aux fins visées » et appliquer cette définition aux faits de la présente affaire. Les motifs de la Commission pouvaient être interprétés de deux manières et ni l'une ni l'autre n'est suffisante pour justifier sa décision. Première interprétation : La Commission ne répond pas à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées ». Elle a seulement abordé la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché ». La conclusion limitée de la Commission portant que l'exception n'est offerte qu'à l'égard des utilisations pour lesquelles la défenderesse n'offre pas de licence autorisant l'utilisation de l'œuvre sur un support [« *format* » dans la version anglaise] qui convient ne peut pas être interprétée comme une conclusion que les

finding that the works were available in an appropriate “format”, they could not be understood as a finding that the works were available in an appropriate “medium”.

Second interpretation: Even assuming that the Board meant “medium” when it wrote “format” (the French version of the Act does not distinguish between “medium” and “format”), it did not discuss what is and what is not appropriate nor did it make any factual findings based on the evidence before it. A weak reference to an appropriate “format” simply cannot justify a finding under section 29.4 that the works were available in a medium appropriate for the purpose.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-32, *Copyright Modernization Act*, 3rd Sess., 40th Parl., 2010, cl. 21  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “perceptual disability” (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 13(1), (4) (as am. *idem*, s. 10), 29 (as am. *idem*, s. 18), 29.1 (as enacted *idem*), 29.4 (as enacted *idem*), 30.1 (as enacted *idem*; 1999, c. 31, s. 59(E)), 30.9 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 18), 32 (as am. *idem*, s. 19), 38.1 (as enacted *idem*, s. 20), 70.13(2) (as enacted *idem*, s. 46), 79 “audio recording medium” (as enacted *idem*, s. 50), “blank audio recording medium” (as enacted *idem*), 80 (as enacted *idem*).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

##### CONSIDERED:

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 19 C.P.R. (4th) 289; *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*

œuvres sont accessibles sur un support [« *medium* » dans la version anglaise] approprié aux fins visées. Comme la Loi emploie dans sa version anglaise à la fois le mot « *medium* » et le mot « *format* », ces mots ne peuvent avoir le même sens. En conséquence, même si l’on interprète les motifs de la Commission comme une conclusion que les œuvres étaient accessibles en un « *format* » approprié, on ne peut considérer que la Commission a conclu que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié.

Seconde interprétation : Même en supposant que la Commission voulait dire « *medium* » lorsqu’elle a écrit « *format* » (la version française de la Loi ne fait aucune distinction entre « *medium* » et « *format* »), elle n’a pas parlé de ce qui était approprié ou ne l’est pas et elle n’a tiré aucune conclusion de fait sur le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés. Une vague allusion à un « *format* » approprié ne saurait justifier une conclusion, fondée sur l’article 29.4, que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié aux fins visées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « déficience perceptuelle » (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 13(1),(4) (mod., *idem*, art. 10), 29 (mod., *idem*, art. 18), 29.1 (édicte, *idem*), 29.4 (édicte, *idem*), 30.1 (édicte, *idem*; 1999, ch. 31, art. 59(A)), 30.9 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 18), 32 (mod., *idem*, art. 19), 38.1 (édicte, *idem*, art. 20), 70.13(2) (édicte, *idem*, art. 46), 79 « support audio » (édicte, *idem*, art. 50), « support audio vierge » (édicte, *idem*), 80 (édicte, *idem*).  
 Projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 2010, art. 21.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, infirmant en partie 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3; *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601; *Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK*

*Limited*, [1916] 2 Ch. 601; *Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.); *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), aff'd 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984); *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.).

## REFERRED TO:

*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, 182 D.L.R. (4th) 1, [2000] 4 W.W.R. 21; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725, [1989] 4 W.W.R. 385; *Peach Hill Management Ltd. v. Canada*, [2000] G.S.T.C. 45, (2000), 257 N.R. 193 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

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

APPLICATION for judicial review of a decision (*Statement of royalties to be collected by Access Copyright for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire*, File: Reprographic Reproduction 2005-2009) by the Copyright Board of Canada that the applicants' copies did not qualify as fair dealing under sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act* and that the copying was not exempt under section 29.4 thereof. Application allowed.

## APPEARANCES

*J. Aidan O'Neill* and *Wanda Noel* for applicant.  
*David R. Collier* for respondent.  
*Howard P. Knopf* for intervenor-1.  
*Barry B. Sookman* and *Daniel G. C. Glover* for intervenors-2.

## SOLICITORS OF RECORD

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Ottawa, for applicant.  
*Ogilvy Renault LLP*, Montréal, for respondent.  
*Macera & Jarzyna LLP*, Ottawa, for intervenor-1.  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for intervenors-2.

*Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.); *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), conf. par 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984); *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Peach Hill Management Ltd. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (C.A.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, Dossier : Reproduction par reprographie 2005-2009) de la Commission du droit d'auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* et que l'exception énoncée à l'article 29.4 ne s'y appliquait pas. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*J. Aidan O'Neill* et *Wanda Noel* pour le demandeur.  
*David R. Collier* pour la défenderesse.  
*Howard P. Knopf* pour l'intervenante-1.  
*Barry B. Sookman* et *Daniel G. C. Glover* pour les intervenants-2.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour le demandeur.  
*Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la défenderesse.  
*Macera & Jarzyna LLP*, Ottawa, pour l'intervenante-1.  
*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les intervenants-2.

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

TRUDEL J.A.:

### Introduction

[1] Under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act), people can make non-infringing use of copyrighted material provided the use is made for an allowed enumerated purpose and is fair. This practice is known as fair dealing.

[2] The case at bar relates to a tariff approved by the Copyright Board (the Board), which included as remunerable use the photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12. Specifically, the parties accept that the copying at issue refers to “[m]ultiple copies made for the use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review” (see table at paragraph 15 below under category 4).

[3] The applicants argue that this use constituted fair dealing under sections 29 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 18] and 29.1 [as enacted *idem*] of the Act: the copies were made for an allowable purpose and the dealing was fair. Both parties agree that the copies were made for an allowable purpose under the Act. However, the applicants also argue they were made fairly, and that the Board therefore erred by including the copies in the tariff calculation.

[4] In the alternative, the applicants argue that the copying was exempt under section 29.4 [as enacted *idem*] of the Act as a “work or other subject-matter as required for a test or examination” where the work is not “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

### Introduction

[1] La *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) permet d’utiliser, sans qu’il y ait violation du droit d’auteur, des œuvres protégées par le droit d’auteur à la condition que cette utilisation vise l’une des fins énumérées dans la Loi et qu’elle soit équitable. C’est ce qu’on appelle l’utilisation équitable.

[2] La présente affaire concerne un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur (la Commission), qui comprend parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d’extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année. Plus particulièrement, les parties acceptent que les copies visées en l’espèce sont des « [c]opies multiples faites pour l’usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande a. aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu » (voir catégorie 4 du tableau reproduit au paragraphe 15).

[3] Les demandeurs soutiennent que cette utilisation constitue une utilisation équitable au sens des articles 29 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 18] et 29.1 [édicte, *idem*] de la Loi : les copies étaient faites pour une fin énumérée dans la Loi et leur utilisation était équitable. Les deux parties conviennent que les copies ont été faites à une des fins énumérées dans la Loi. Toutefois, les demandeurs affirment aussi que les copies visaient une utilisation équitable et que la Commission a par conséquent commis une erreur en incluant les copies dans le calcul du tarif.

[4] À titre subsidiaire, les demandeurs soutiennent que les copies tombent sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 [édicte, *idem*] de la Loi en tant que copies « d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur [...] dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle » lorsque l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur ne sont

[5] At its core, the fair dealing issue comes down to a review of the Board's ruling that the dealing was unfair. This is a purely factual question. I see no reviewable error in this finding and accordingly would not allow the application on that ground.

[6] With respect to section 29.4, however, the Board failed to address an important part of the test: whether the works were commercially available in a medium appropriate for the purpose. The application record shows that this argument was squarely before the Board. At paragraph 68 of their legal arguments, the applicants asserted that (see application record, Volume 3, Tab L, at page 654; also applicants' memorandum of fact and law, at paragraph 101):

... the requirement that a work be "commercially available" is only a part of the statutory test to be applied in determining whether a particular reproduction falls within the exception in subsection 29.4(2), or within the carve-out from the exception in subsection 29.4(3). The complete test is whether the work or other subject-matter being reproduced in the test or examination is "commercially available in a medium that is appropriate for the purpose" of a test or examination.

[7] While the Board considered whether the works were commercially available, it did not determine the media in which the works were available and whether those media were appropriate. Accordingly, I would allow the application on that ground and remit the matter to the Board for the reasons appearing below at paragraph 49 and following.

#### The Facts

[8] On 17 July 2009, the Copyright Board of Canada released the corrected version of its decision [dated

pas « accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées ».

[5] Essentiellement, la question de l'utilisation équitable revient à réviser la conclusion de la Commission suivant laquelle l'utilisation n'est pas équitable. Il s'agit d'une question purement factuelle. Or, je ne décèle dans la conclusion de la Commission aucune erreur qui justifierait notre intervention et je ferais donc droit à la demande pour ce motif.

[6] S'agissant toutefois de l'article 29.4, la Commission a omis d'aborder un aspect important du critère, en l'occurrence la question de savoir si les œuvres étaient accessibles sur le marché sur un support approprié aux fins visées. Il ressort du dossier de la demande que cet argument a nettement été plaidé devant la Commission. Au paragraphe 68 de leur exposé des moyens de droit, les demandeurs déclarent en effet (voir dossier de la demande, volume 3, onglet L, à la page 654, voir aussi le mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 101) :

[TRANSLATION] [...] l'obligation pour une œuvre d'être « accessible sur le marché » n'est qu'un des aspects du critère prévu par la Loi qu'il faut appliquer pour déterminer si une reproduction donnée tombe sous le coup de l'exception prévue au paragraphe 29.4(2), ou si on peut la faire relever de l'exception prévue au paragraphe 29.4(3). Le critère intégral est celui de savoir si l'œuvre ou autre objet du droit d'auteur qui sont reproduits dans le cadre d'un examen ou d'un contrôle « sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié aux fins visées ».

[7] Bien qu'elle ait estimé que les œuvres étaient accessibles sur le marché, la Commission n'a pas déterminé le support sur lequel elles étaient accessibles et elle n'a pas déterminé si ce support était approprié. Je suis par conséquent d'avis de faire droit à la demande pour ce motif et de renvoyer l'affaire à la Commission pour les motifs ci-après exposés aux paragraphes 49 et suivants.

#### Les faits

[8] Le 17 juillet 2009, la Commission du droit d'auteur du Canada a publié la version corrigée de sa décision

June 26, 2009] *Statement of royalties to be collected by Access Copyright for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire*, File: Reprographic Reproduction 2005-2009 (the decision). This is the decision of which the applicants now seek judicial review.

[9] The applicants are the ministries of education of all Canadian provinces and territories outside Quebec, as well as each of the Ontario school boards. The respondent, originally known as CANCOPY, is a not-for-profit organization that represents authors and publishers of copyrighted works. It acquires its repertoire by signing affiliation agreements with copyright holders and administers the right to authorize copying of its repertoire for all of Canada except Quebec.

[10] The intervener-1 represents teachers, librarians, researchers and other academic professionals and staff at Canadian universities. The interveners-2 represent the voice of substantially all of the Canadian publishing industry. Their members market their works directly to the entire educational sector in Canada including the primary, secondary, college and university sectors.

[11] Between 1991 and 1997, the respondent reached royalty agreements with all provinces and territories other than Quebec with respect to the reproduction of its repertoire for use in elementary and secondary schools in Canada. In 1999, the parties signed a five-year pan-Canadian agreement, providing for progressive royalty increases up to 2004. To this point, however, the royalties were not calculated based on the actual number of pages photocopied.

[12] In 2004, the parties were unable to reach a new agreement on a new pan-Canadian licence as they could not agree to the terms of a “volume study” to measure the actual number of pages photocopied. The 1999 tariff was therefore extended on a year-to-year basis pending a decision by the Board on a new tariff. Having failed

[en date du 26 juin 2009] intitulée *Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d’œuvres de son répertoire*, Dossier : Reproduction par reprographie 2005-2009 (la décision). Il s’agit de la décision dont les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire.

[9] Les demandeurs sont les ministres de l’Éducation de toutes les provinces et territoires canadiens, à l’exception du Québec, de même que chacun des conseils scolaires ontariens. La défenderesse, qui était désignée à l’origine sous le nom de CANCOPY, est une société à but non lucratif qui représente les auteurs et les éditeurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Elle acquiert son répertoire en concluant des ententes d’affiliation avec des titulaires de droits d’auteur et elle administre le droit d’autoriser la reprographie de son répertoire pour l’ensemble du Canada sauf le Québec.

[10] L’intervenante-1 représente les professeurs, bibliothécaires, chercheurs et autres universitaires et membres du personnel des universités canadiennes. Les intervenants-2 se veulent les porte-parole de la presque totalité de l’industrie canadienne de l’édition. Leurs membres vendent leurs œuvres directement à l’ensemble du secteur de l’enseignement au Canada, y compris les établissements d’enseignement primaire, secondaire, collégial et universitaire.

[11] Entre 1991 et 1997, la défenderesse a conclu des ententes sur les redevances avec la totalité des provinces et des territoires, à l’exception du Québec relativement à la reproduction de son répertoire destiné aux établissements d’enseignement élémentaire et secondaire au Canada. En 1999, les parties ont signé une entente pancanadienne d’une durée de cinq ans, qui prévoyait une hausse progressive des redevances jusqu’en 2004. Jusqu’alors toutefois, les redevances n’étaient pas calculées en fonction du nombre réel de pages photocopées.

[12] En 2004, les parties ne sont pas parvenues à une nouvelle entente sur une licence pancanadienne, parce qu’elles n’arrivaient pas à s’entendre sur les modalités de l’« enquête de volume » devant servir au calcul du nombre réel de pages photocopées. Le tarif en vigueur en 1999 a donc été maintenu d’année en année en

to reach an agreement, the respondent filed its own proposed tariff (Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009) with the Board in accordance with subsection 70.13(2) [as enacted *idem*, s. 46] of the Act:

**70.13 ...**

Where no previous tariff

(2) A collective society referred to in subsection (1) in respect of which no tariff has been approved pursuant to subsection 70.15(1) shall file with the Board its proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by it for issuing licences, on or before the March 31 immediately before its proposed effective date.

[13] The applicants objected to the proposed tariff and sought review before the Board. During the course of proceedings, the parties agreed to the terms of a volume study. It was carried out between February 2005 and March 2006. Data for the volume study were collected by stationing observers next to photocopiers in 894 schools across the country for 10 days. Each time someone made a photocopy, the observer filled out a logging sticker. The content of the logging sticker was agreed upon by all parties. The sticker included the following questions and available answers:

Who made the copies? Please check only one:

- A teacher
- A librarian
- Another staff member
- A student
- Someone else

For whose use were the copies made? Please check all that apply

- The person who made the copies
- Staff
- Student(s)
- Others

attendant que la Commission rende sa décision sur le nouveau tarif. À défaut d'entente, la défenderesse a déposé auprès de la Commission son propre projet de tarif (Tarif des établissements d'enseignement élémentaire et secondaire pour 2005-2009) conformément au paragraphe 70.13(2) [édicte, *idem*, art. 46] de la Loi :

**70.13 [...]**

(2) Lorsque les sociétés de gestion ne sont pas régies par un tarif homologué au titre du paragraphe 70.15(1), le dépôt du projet de tarif auprès de la Commission doit s'effectuer au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet.

Sociétés non régies par un tarif homologué

[13] Les demandeurs se sont opposés au projet de tarif et ont demandé à la Commission de le réviser. Au cours de l'instance, les parties se sont entendues sur les modalités de l'enquête de volume. Celle-ci a été menée entre février 2005 et mars 2006. Les données de l'enquête de volume ont été recueillies pendant 10 jours par des observateurs postés près des photocopieuses de 894 établissements d'enseignement situés un peu partout au Canada. Chaque fois que quelqu'un faisait une photocopie, l'observateur notait certains renseignements sur une étiquette d'enregistrement. Toutes les parties se sont entendues sur la teneur de l'étiquette d'enregistrement. On y trouve les questions et les choix de réponses suivants :

[TRADUCTION]

Qui a fait les copies? Prière de ne cocher qu'une seule réponse.

- Un enseignant
- Un bibliothécaire
- Un autre membre du personnel
- Un étudiant
- Quelqu'un d'autre

Pour qui les copies ont-elles été faites? Veuillez cocher toutes les réponses applicables.

- Le copiste
- Un membre du personnel
- Un(des) étudiant(s)
- Une autre personne

If staff, student(s), or others, were the copies made at their request?

Yes  
No  
Undetermined

If student(s): Are students instructed to read the material?

Yes  
No  
Undetermined

For what purpose(s) were the copies made? Please check all that apply

Administration  
Criticism or review  
Entertainment  
Future reference  
Student test or examinations  
Private study  
Projection in class  
Research  
Student instruction, assignments and class work  
Other purposes, specify  
Undetermined purposes

[14] The parties agreed to accept the volume study results and logging sticker contents as fact and that the decision on whether a copy constituted fair dealing was to be based solely on the information contained on the logging stickers.

[15] The results of the study were as follows, as categorized by the Board [see Table 1 of the decision]:

#### VOLUME OF FAIR DEALING EXCEPTION

Categories of Photocopies	Volume	Cumulative Total
1. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup>	623,585	

Si la copie a été faite pour un membre du personnel, pour un(des) étudiant(s) ou pour une autre personne, la copie a-t-elle été faite à sa demande?

Oui  
Non  
Ne sait pas

Dans le cas d'un étudiant(s) : Les étudiants ont-ils reçu pour instruction de lire le document?

Oui  
Non  
Ne sait pas

À quelle(s) fin(s) les copies ont-elles été faites? Veuillez cocher toutes les réponses applicables.

Administration  
Critique ou compte rendu  
Divertissement  
Consultation future  
Examen ou test  
Étude privée  
Projection en classe  
Recherche  
Enseignement, devoirs et travaux en classe  
Autre(s) fin(s). Préciser  
Ne sait pas

[14] Les parties ont convenu de tenir pour avérés les résultats de l'enquête de volume ainsi que les renseignements consignés sur les étiquettes d'enregistrement et ont convenu que la décision de savoir si une copie constituait une utilisation équitable ne devait reposer que sur les renseignements consignés sur les étiquettes d'enregistrement.

[15] La Commission a réparti les résultats de l'enquête dans les catégories suivantes [voir le tableau 1 de la décision] :

#### VOLUME DE L'EXCEPTION RELATIVE À L'UTILISATION ÉQUITABLE

Catégories de photocopies	Volume	Total cumulatif
1. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	623 585	

a. solely for the purpose of private study and/or research			a. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche		
2. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup>	204,285	827,870	2. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	204 285	827 870
a. solely for the purpose of criticism and/or review, or			a. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu, ou		
b. solely for the purpose of criticism and/or review AND private study and/or research			b. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu ET d'étude privée et/ou de recherche		
3. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup>	821,909	1,649,779	3. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	821 909	1 649 779
a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception			i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
4. Multiple copies made for use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request	16,861,583	18,511,362	4. Copies multiples faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande	16 861 583	18 511 362
a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception			i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
b. solely for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			b. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		

<sup>1</sup> Without instructions to read the material.

<sup>1</sup> Sans instruction de lire.

[16] The parties agreed that copies falling into categories 1, 2 and 3 constitute fair dealing. However, the parties differed with respect to category 4, which accounts for the overwhelming majority of copies. The applicants argued that copies falling under category 4 constitute fair dealing, whereas the respondent argued, and the Board agreed, they are not fair dealing and are accordingly remunerable.

## Fair Dealing

### *A. The law*

[17] The relevant fair dealing provisions of the Act provide as follows:

Research or private study **29.** Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

Criticism or review **29.1** Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
  - (i) author, in the case of a work,
  - (ii) performer, in the case of a performer's performance,
  - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
  - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal.

[18] The leading case interpreting this provision is *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*). That case

[16] Les parties ont convenu que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituent une utilisation équitable. Les parties divergent toutefois d'opinion au sujet de la catégorie 4, qui correspond à l'immense majorité des copies. Les demandeurs soutiennent que les copies qui entrent dans la catégorie 4 constituent une utilisation équitable, tandis que la défenderesse affirme — et la Commission a abondé dans son sens — qu'elles ne constituent pas une utilisation équitable et qu'elles ouvrent en conséquence droit à rémunération.

## L'utilisation équitable

### *A. La loi*

[17] Voici les dispositions pertinentes de la Loi en ce qui concerne l'utilisation équitable :

**29.** L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Étude privée ou recherche

**29.1** L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés : Critique et compte rendu

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source:
  - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
  - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

[18] L'arrêt de principe en ce qui concerne l'interprétation de cette disposition est l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004]

interpreted the law of fair dealing in the context of the custom photocopy service offered by the Law Society of Upper Canada at the Great Library in Toronto. Under the custom photocopy service, members could request legal materials, which library staff would then photocopy and deliver in person, by mail, or by facsimile. The Supreme Court ruled that this activity constituted fair dealing for the purpose of research or private study.

[19] In its decision, the Supreme Court held that “[t]he fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user’s right”, and so must be given a large and liberal interpretation. “In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, it must not be interpreted restrictively” (*CCH*, at paragraph 48). The Court then set out a two-step test to determine whether a given activity qualifies as fair dealing: “In order to show that a dealing was fair under section 29 of the *Copyright Act*, a defendant must prove: (1) that the dealing was for the purpose of either research or private study and (2) that it was fair” (*CCH*, at paragraph 50).

[20] The second step, whether the dealing is fair, “is a question of fact and depends on the facts of each case” (*CCH*, at paragraph 52). At paragraph 53, the Court laid out six non-exhaustive factors to assist a Court’s fairness inquiry: “(1) the purpose of the dealing; (2) the character of the dealing; (3) the amount of the dealing; (4) alternatives to the dealing; (5) the nature of the work; and (6) the effect of the dealing on the work.”

[21] I am also aware that Bill C-32, *Copyright Modernization Act*, 3rd Session, 40th Parliament, 59 Elizabeth II, 2010, clause 21 would amend section 29 to state that “[f]air dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not

1 R.C.S. 339 (*CCH*). Dans cette affaire, la Cour interprétait les règles de droit relatives à l’utilisation équitable dans le contexte du service de photocopie sur demande offert par le Barreau du Haut-Canada à la Grande bibliothèque de Toronto. Dans le cadre du service de photocopie sur demande, les membres pouvaient demander des ouvrages juridiques, que le personnel de la bibliothèque photocopieraient et remettaient sur place ou transmettaient par la poste ou par télécopieur. La Cour suprême a jugé que cette activité constituait une utilisation équitable à des fins de recherche ou d’étude privée.

[19] Dans sa décision, la Cour suprême a expliqué : « À l’instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur*, [l’]exception [relative à l’utilisation équitable] correspond à un droit des utilisateurs. » Cette exception doit donc être interprétée de façon large et libérale : « Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d’auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l’interpréter restrictivement » (*CCH*, au paragraphe 48). La Cour a ensuite posé un critère en deux étapes visant à déterminer si une activité donnée répondait à la définition d’utilisation équitable : « Pour établir qu’une utilisation était équitable au sens de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le défendeur doit prouver (1) qu’il s’agit d’une utilisation aux fins d’étude privée ou de recherche et (2) qu’elle était équitable » (*CCH*, au paragraphe 50).

[20] La seconde étape, celle à laquelle on se demande si l’utilisation est équitable, est « une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce » (*CCH*, au paragraphe 52). Au paragraphe 53, la Cour propose six facteurs non exhaustifs dont on peut tenir compte pour décider si une utilisation est équitable : « (1) le but de l’utilisation; (2) la nature de l’utilisation; (3) l’ampleur de l’utilisation; (4) les solutions de rechange à l’utilisation; (5) la nature de l’œuvre; (6) l’effet de l’utilisation sur l’œuvre ».

[21] Je suis également consciente du fait que l’article 21 du projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, 3<sup>e</sup> session, 40<sup>e</sup> législature, 59 Elizabeth II, 2010, modifierait l’article 29 pour qu’il déclare que « [l’]utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre

infringe copyright” (changes underlined in original). However, this amendment serves only to create additional allowable purposes; it does not affect the fairness analysis. As the parties agree that the dealing in this case was for an allowable purpose, the proposed amendments to the Act do not affect the outcome of this case and no more will be said about Bill C-32.

### *B. Decision of the Board*

(1) Were the copies made for an allowable purpose?

[22] The Board accepted as fact that a copy was made for an allowable purpose if the logging sticker so indicated. Since the stickers on all copies falling into category 4 indicated the copies were made for an allowable purpose, the Board therefore found that copies falling into category 4 were made for an allowable purpose (decision, at paragraph 87). The Board added, however, that where the logging sticker indicated the purpose of the copy was “criticism or review”, it would nevertheless define the purpose as “research or private study” (decision, at paragraph 94). It explained that “a copy is not made for the purpose of criticism unless it is incorporated into the criticism itself.” A copy made for a person intending to engage in criticism is made for that person’s research, not for criticism (decision, at paragraph 91).

[23] The Board also distinguished the purpose inquiry at the first step of the *CCH* case from that at the second step at paragraph 88 of its reasons:

... in our opinion *CCH* established a simple, clear-cut rule for this aspect of the exception, leaving the finer assessment (establishing the predominant purpose) to the analysis of what is or is not fair. Accordingly, as soon as the logging

objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d’auteur » (les modifications ont été soulignées dans l’original). Cette modification a toutefois seulement pour effet de créer d’autres fins énumérées et elle n’a aucune incidence sur l’analyse de l’utilisation équitable. Comme les parties conviennent qu’en l’espèce, l’utilisation visait une fin énumérée, les modifications proposées à la Loi n’ont aucune incidence sur l’issue de la présente affaire et nous ne reviendrons plus sur le projet de loi C-32.

### *B. La décision de la Commission*

1) Les copies ont-elles été faites pour une fin énumérée?

[22] La Commission a tenu pour avéré qu’une copie était faite pour une fin énumérée dès lors que l’étiquette d’enregistrement le mentionnait. La Commission a conclu que, comme les étiquettes apposées sur toutes les copies entrant dans la catégorie 4 indiquaient que les copies avaient été faites pour fin énumérée, les copies entrant dans la catégorie 4 avaient effectivement été faites pour une fin énumérée (décision, au paragraphe 87). La Commission a ajouté toutefois que, lorsque l’étiquette d’enregistrement indiquait que la copie avait été faite à des fins de « critique ou de compte rendu », elle devait être considérée comme ayant été faite à des fins de « recherche ou d’étude privée » (décision, au paragraphe 94). Elle a expliqué qu’« une copie n’est faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même ». La copie fournie à celui qui veut éventuellement se livrer à la critique est faite aux fins de recherche de cette personne, et non à des fins de critique (décision, au paragraphe 91).

[23] Au paragraphe 88 de ses motifs, la Commission établit par ailleurs une distinction entre l’analyse du but effectuée à la première étape dans l’arrêt *CCH* et celle qui est effectuée à la seconde étape :

Il nous semble au contraire que *CCH* a établi une règle de démarcation simple et nette pour ce volet, laissant l’appréciation plus fine (l’établissement de l’objet principal) à l’analyse de ce qui est ou non équitable. Par conséquent, dès

sticker mentions that the dealing is for an allowable purpose, we must proceed to the next step. Whether the predominant purpose is or is not an allowable purpose is one of the factors that must be taken into account in deciding whether or not the dealing is fair.

(2) Was the dealing fair?

[24] At this step, the Board considered the six factors suggested by the Court in *CCH* to determine whether a copy for an allowable use is made fairly. The first such factor is the purpose of the dealing. Here the Board took a more detailed look at the copies, inquiring into “the real purpose or motive of the dealing” [decision, at paragraph 96]. The Board then found that where more than one purpose is indicated on a logging sticker, where copies are made at a *student’s* request, if at least one of the purposes listed on the logging sticker was research or private study, it would accept the predominant purpose of the copy to be research or private study. However, with respect to copies made on a *teacher’s* initiative for his or her students, the Board found that “[m]ost of the time, this real or predominant purpose is instruction or ‘non-private’ study.” It held that “[a] teacher, in deciding what to copy and for whom . . . is doing his or her job, which is to instruct students. According to this criterion, the dealing therefore tends to be unfair” (decision, at paragraph 98).

[25] With respect to the character of the dealing, the Board found that there were multiple copies distributed to entire classes, and that copies were usually kept by students in their binders for as long as students would ordinarily keep an original, that is, the end of the year. The Board held that this weighed in favour of unfair dealing (decision, at paragraph 100). Addressing the amount of the dealing, the Board found that teachers generally limited themselves to reproducing relatively short excerpts. At the same time, however, the Board found it more than likely that class sets would be subject to numerous requests for the same series of copies, thereby tending to make the dealing unfair (decision, at paragraph 104). The Board also found that there was an alternative to the dealing: schools could buy the originals (decision, at paragraph 107). In terms of the nature of

lors qu’une étiquette note que l’utilisation vise une fin énumérée, il faut passer à la deuxième étape. Le fait que l’objet principal soit ou non une fin énumérée est l’un des facteurs qu’il faut prendre en compte subséquentement, afin de décider si l’utilisation est ou non équitable.

2) L’utilisation était-elle équitable?

[24] À cette étape, la Commission a examiné les six facteurs proposés par la Cour dans l’arrêt *CCH* pour déterminer si une copie faite pour une fin énumérée constitue une utilisation équitable. Le premier facteur concerne le but de l’utilisation. Ici, la Commission a examiné les copies de plus près, s’interrogeant sur « le but ou le motif réel de l’utilisation » [décision, au paragraphe 96]. La Commission a conclu que, dans le cas où l’étiquette d’enregistrement indique plus d’une fin et que la copie est faite à la demande de l’étudiant, si au moins une des fins énumérées sur l’étiquette d’enregistrement vise la recherche ou l’étude privée, elle acceptera que le but de la copie est avant tout la recherche ou l’étude privée. Toutefois, dans le cas des copies faites à l’initiative de l’enseignant pour ses élèves, la Commission a conclu que « [l]a plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l’enseignement ou l’étude “non privée”. » Elle a expliqué que « [l]’enseignant qui décide ce qu’il reproduit et à qui il le remet [. . .] le fait pour accomplir son travail, qui est d’enseigner. En vertu de ce critère, l’utilisation tend donc à être inéquitable » (décision, au paragraphe 98).

[25] En ce qui concerne la nature de l’utilisation, la Commission a constaté que des copies multiples étaient distribuées à l’ensemble de la classe et que les élèves les conservaient la plupart du temps dans un cartable aussi longtemps qu’ils conserveraient l’original : jusqu’à la fin de l’année scolaire. La Commission a estimé que ce facteur militait en faveur de la conclusion que l’utilisation est inéquitable (décision, au paragraphe 100). Au sujet de l’ampleur de l’utilisation, la Commission a conclu que les enseignants se limitaient généralement à reproduire des extraits relativement courts. Par contre, la Commission a également conclu qu’il était plus que probable que les ensembles de classe fassent l’objet de nombreuses demandes visant les mêmes recueils, ce qui tendrait à rendre l’utilisation inéquitable (décision, au paragraphe 104). La Commission a également conclu

the work, the Board distinguished this case from *CCH*, noting that in *CCH* the Supreme Court found a public interest in disseminating judicial opinions, whereas in this case, the copies in question were made of private material (decision, at paragraph 108). The Board also examined the effect of the dealing on the work. It cited uncontradicted evidence that textbook sales have shrunk over 30 percent in 20 years. Though it admitted it could not define the exact reason for the decline in sales, it nevertheless concluded that photocopying had had an unfair effect (decision, at paragraph 112).

[26] Having addressed the six factors, the Board then concluded at paragraph 118 of its reasons that category 1, 2 and 3 copies constituted fair dealing, but category 4 copies were unfair and therefore remunerable:

Even when made solely for purposes allowed under the exception, a copy made by a teacher with instructions to read the material, whether or not it was made at a student's request, and a copy made at the teacher's initiative for a group of students are simply not fair dealing. Their main purpose is instruction or non-private study. These copies are kept year-round. The institution could acquire the textbook rather than copy it, particularly since there is every indication that photocopies in general (and particularly those of textbooks, which represent 86 per cent of the activity for which Access claims remuneration), compete with sales of these textbooks.

### C. Analysis

#### (1) Standard of review

[27] The standard of review of the Board's decision on fair dealing is reasonableness. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the Supreme Court ruled that "questions of fact,

qu'il existait une solution de rechange à l'utilisation : les établissements pouvaient acheter les originaux (décision, au paragraphe 107). En ce qui concerne la nature de l'œuvre, la Commission a établi une distinction entre la présente espèce et l'arrêt *CCH*, signalant que, dans cette dernière, la Cour suprême avait jugé qu'il était dans l'intérêt du public de faire connaître l'opinion des juges au grand public, tandis qu'en l'espèce, les copies en question étaient créées à l'aide de ressources privées (décision, au paragraphe 108). La Commission a également examiné l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Elle a cité des éléments de preuve non contredits tendant à démontrer que les ventes de manuels scolaires avaient fléchi de plus de 30 pour cent en 20 ans. Tout en admettant qu'elle ne pouvait pas mettre le doigt sur la raison précise de ce déclin des ventes, elle a néanmoins estimé que la photocopie avait eu un effet inéquitable sur les œuvres (décision, au paragraphe 112).

[26] Ayant abordé les six facteurs, la Commission a ensuite conclu, au paragraphe 118 de ses motifs, que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituaient une utilisation équitable, alors que les copies appartenant à la catégorie 4 étaient inéquitables et devaient donc être assujetties à une redevance :

Même lorsqu'elle est faite uniquement à des fins donnant ouverture à l'exception, la copie faite par l'enseignant avec instruction de lire, que ce soit ou non à la demande d'un élève, et la copie faite à l'initiative de l'enseignant pour un groupe d'élèves ne sont tout simplement pas équitables. Leur but principal est l'enseignement ou l'étude non privée. Il s'agit de copies conservées tout au long de l'année. L'établissement pourrait acquérir le manuel plutôt que de le copier. Et surtout, tout porte à croire que la photocopie en général, et celle de manuels scolaires, qui représente 86 pour cent de l'activité pour laquelle Access demande à être rémunérée, en particulier, fait concurrence à la vente de ces mêmes manuels.

### C. L'analyse

#### 1) La norme de contrôle

[27] La norme de contrôle de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'utilisation équitable est celle de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S.

discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness” (at paragraph 51) that “[w]here the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically” (*Dunsmuir*, at paragraph 53) and that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at paragraph 54).

[28] With respect to the first step of the *CCH* inquiry—whether the copies were made for an allowable purpose—the parties are in agreement that the Board did not err. The only question before the Court with respect to fair dealing is therefore whether, having been made for an allowable purpose, the copies were made fairly.

[29] The Supreme Court clearly enunciated that whether something is fair “is a question of fact and depends on the facts of each case” (*CCH*, at paragraph 52).

[30] The applicants argue that the decision should be reviewed on the standard of correctness, and cite *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN*), at paragraph 49 for support:

There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. For example, the Board’s ruling that an infringement of copyright does not occur in Canada when the place of transmission from which the communication originates is outside Canada

190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême a jugé qu’« en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement » (au paragraphe 51), ajoutant qu’« [e]n présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée » (*Dunsmuir*, au paragraphe 53) et que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, au paragraphe 54).

[28] S’agissant de la première étape de l’analyse proposée dans l’arrêt *CCH* — portant sur la question de savoir si les copies ont été faites pour une des fins énumérées —, les parties conviennent que la Commission n’a pas commis d’erreur. La seule question à laquelle la Cour doit répondre en ce qui concerne l’utilisation équitable est donc celle de savoir si, comme elles ont été faites pour une fin énumérée, les copies visaient une utilisation équitable.

[29] La Cour suprême a affirmé dans les termes les plus nets que la question de savoir ce qu’il faut entendre par équitable est « une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce » (*CCH*, au paragraphe 52).

[30] Les demandeurs affirment que la décision de la Commission devrait être assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, citant à l’appui l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN*), au paragraphe 49 :

Il n’existe dans la loi ni clause privative ni droit d’appel des décisions de la Commission du droit d’auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l’absence de tout membre ayant une formation juridique. La *Loi sur le droit d’auteur* est une loi de portée générale dont l’application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. Par exemple, en concluant à l’absence de violation du droit d’auteur au Canada lorsque la communication est

addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate.

[31] The intervener-1 cites the decision of this Court in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, at paragraph 105: "as a whole, the scheme of the *Copyright Act* indicates that, on an application for judicial review, the Court should apply a standard of correctness to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that could also be the subject of infringement proceedings in the courts."

[32] This authority does not sufficiently support the applicants' or the intervener-1's argument. First, *SOCAN* was decided prior to *Dunsmuir*, which put a renewed emphasis on the importance of deference to administrative tribunals when they interpret their own statute. Second, the dispute in the case at bar lacks wide-ranging legal significance. The judicial review turns on whether or not a specific type of copying, as revealed in the volume study, qualifies as fair dealing. This is a largely factual inquiry well within the competence of the Board. Accordingly, the appropriate standard of review is reasonableness.

[33] In *Dunsmuir*, at paragraph 47, the Supreme Court explained that there are two elements to reasonableness: "In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law." Therefore, this application can only be allowed if the Board's reasons are not transparent or intelligible, or do not fall within a range of acceptable outcomes.

transmise à partir de l'étranger, la Commission a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission.

[31] L'intervenante-1 cite la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3, au paragraphe 105 : « Dans l'ensemble, il ressort de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui pourraient également donner ouverture à une action en violation du droit d'auteur devant les tribunaux judiciaires. »

[32] Ce précédent n'appuie pas suffisamment l'argument des demandeurs ou de l'intervenante-1. Rappelons tout d'abord que l'arrêt *SOCAN* a été rendu avant l'arrêt *Dunsmuir*, dans lequel on constate une insistance renouvelée sur l'importance de faire preuve de déférence envers les tribunaux administratifs lorsqu'ils interprètent leur propre loi constitutive. En second lieu, le différend en l'espèce n'a pas une vaste portée juridique. Le contrôle judiciaire porte sur la question de savoir si un type précis de copie révélé par l'enquête de volume répond à la définition d'utilisation équitable. Il s'agit en grande partie d'un examen factuel qui entre parfaitement dans le cadre de la compétence de la Commission. La norme de contrôle appropriée est en conséquence celle de la décision raisonnable.

[33] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême explique, au paragraphe 47, que le caractère raisonnable comporte deux éléments : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. » La présente demande ne peut donc être accueillie que si les motifs de la Commission ne sont ni transparents ni intelligibles ou s'ils n'appartiennent pas aux issues acceptables.

## (2) Was the dealing for an allowable purpose?

[34] As stated earlier, the parties agree that the copies were made for an allowable purpose and that they therefore pass scrutiny at the first step of *CCH*. The applicants do argue that the Board was wrong to state that a copy cannot be made for the purpose of criticism unless it is incorporated into the criticism itself. However, these remarks are *obiter*, as the Board simply accepted as fact the purposes stated on the logging sticker, at paragraph 87 of its reasons:

Since we accept as fact, for the most part, that a copy was made for an allowable purpose if the attached sticker so states, we could ignore most of the parties' arguments on the subject. However, we do intend to make a few comments.

[35] Accordingly, as there is no dispute over the first step of the *CCH* test, I turn to the second step: the assessment of whether the dealing was fair.

## (3) Was the dealing fair?

[36] The Board's decision that category 4 copies do not qualify as fair dealing was reasonable for the following reasons.

## (a) The purpose of the dealing

[37] The applicants argue primarily that the Board interpreted the Act overly restrictively, contrary to the requirements of *CCH* cited at paragraph 18 above, especially with respect to the purpose of the dealing. I disagree. The essence of the Board's decision was that when a teacher photocopies copyrighted material for his or her class, that use cannot be private study. As the respondent notes, the applicants' submissions effectively ask the Court to read the word "private" out of "private study".

## 2) L'utilisation visait-elle une fin énumérée?

[34] Comme je l'ai déjà dit, les parties s'entendent pour dire que les copies ont été faites pour une fin énumérée et qu'elles satisfont donc à la première étape de l'analyse de l'arrêt *CCH*. Les demandeurs soutiennent que la Commission a eu tort d'affirmer qu'une copie ne peut pas être faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même. Ces propos ont toutefois été formulés à titre incident, puisque la Commission a tout simplement tenu pour avérées les fins indiquées sur l'étiquette d'enregistrement. Voici comment elle s'exprime au paragraphe 87 de ses motifs :

Comme nous tenons pour avéré pour l'essentiel qu'une copie a été faite à une fin énumérée dès lors que l'étiquette apposée le mentionne, nous pourrions passer sous silence la plupart des prétentions des parties à ce sujet. Nous tenons néanmoins à livrer un certain nombre de commentaires.

[35] En conséquence, comme il n'y a pas de différend au sujet de la première étape du critère de l'arrêt *CCH*, je passe à la seconde étape, qui porte sur la question de savoir si l'utilisation était équitable.

## 3) L'utilisation était-elle équitable?

[36] Pour les motifs qui suivent, la Cour juge raisonnable la conclusion de la Commission suivant laquelle les copies relevant de la catégorie 4 ne répondent pas à la définition d'utilisation équitable.

## a) L'objet de l'utilisation

[37] Les demandeurs font surtout valoir que la Commission a interprété la Loi de manière trop restrictive, contrairement aux exigences de l'arrêt *CCH* citées au paragraphe 18, surtout en ce qui concerne l'objet de l'utilisation. Je ne suis pas de leur avis. La Commission a essentiellement décidé que, lorsqu'un enseignant photocopie des œuvres protégées par le droit d'auteur pour ses élèves, une telle utilisation ne peut viser une étude privée. Comme la défenderesse le signale, les demandeurs demandent en fait à la Cour d'interpréter le mot « étude

[38] The applicants argue that the adjective “private” is intended to exclude from fair dealing the commercial use of copyright protected material that has no educational value. I fail to see how the word “private” should be equated with “non-commercial”. “Private study” presumably means just that: study by oneself. If Parliament had wished to exclude only commercial exploitation it could have used words to the effect of “non-commercial” or “not-for-profit.” A large and liberal interpretation means that the provisions are given a generous scope. It does not mean that the text of a statute should be given a meaning it cannot ordinarily bear. When students study material with their class as a whole, they engage not in “private” study but perhaps just “study”. Therefore, I believe the Board’s decision was reasonable.

[39] The applicants argue that their point is assisted by *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601 (*ULP*). In that case, the University of London Press held the copyright on examinations given to students. The University Tutorial Press republished portions of these examinations for sale in booklets intended to help students. Justice Peterson found this was not private study and therefore not fair dealing because the publications were “intended for educational purposes and for the use of students” as opposed to private study (*ULP*, at page 614). The applicants are correct to state that, unlike the teachers in the case at bar, the University Tutorial Press was clearly using the examinations for commercial purposes. However, this is a largely irrelevant distinction. *ULP* does not mention the commercial motives of the users as a relevant factor: it states only that the dealing was unfair because it was for educational purposes, rather than private study. In fact, it is unclear that profit factors into the determination of whether or not a use was “private study” at all. After all, the Supreme Court made clear in *CCH* that research for profit can still qualify as fair dealing (*CCH*, at paragraph 54). In short,

privée » comme si le qualificatif « privée » ne s’y trouvait pas.

[38] Les demandeurs soutiennent que l’adjectif « privée » vise à exclure de l’utilisation équitable l’utilisation commerciale d’œuvres protégées par le droit d’auteur qui n’ont aucune valeur pédagogique. Je n’arrive pas à comprendre comment on pourrait considérer le mot « privé » comme un synonyme de « non commercial ». Selon toute vraisemblance, l’expression « étude privée » signifie précisément cela : étude personnelle. Si le législateur avait voulu exclure seulement l’exploitation commerciale, il aurait pu employer des mots comme « non commercial » ou « sans but lucratif ». Interpréter de façon large et libérale signifie que l’on reconnaît une portée généreuse aux dispositions en question, ce qui ne veut pas dire que le texte de loi doit se voir attribuer un sens qu’on ne peut normalement lui prêter. Lorsque des élèves étudient collectivement des documents en classe, ils ne se livrent pas à une étude « privée »; on peut dire qu’ils « étudient », tout simplement. J’estime donc que la conclusion de la Commission est raisonnable.

[39] Les demandeurs soutiennent que l’arrêt *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601 (*ULP*) vient étayer leur thèse. Dans cette affaire, l’University of London Press était titulaire du droit d’auteur sur les examens qui étaient remis aux étudiants. L’University Tutorial Press avait reproduit des extraits de ces examens dans des livrets qu’elle vendait dans le but d’aider les étudiants à se préparer pour les examens. Le juge Peterson a conclu que cette utilisation n’était pas assimilée à une étude privée et ainsi n’était pas équitable parce que les publications [TRADUCTION] « visaient des fins pédagogiques et étaient destinées aux élèves », et ne devaient pas servir à l’étude privée (*ULP*, à la page 614). Les demandeurs ont raison d’affirmer que, contrairement aux enseignants dont il s’agit en l’espèce, l’University Tutorial Press se servait de toute évidence des examens à des fins commerciales. Cette distinction est toutefois en grande partie sans intérêt. Rien dans la décision *ULP* n’indique que les motifs commerciaux des usagers constituent un facteur pertinent : on y indique seulement que l’utilisation était inéquitable parce qu’elle visait des fins pédagogiques et non l’étude privée. En fait, on ne

there is no reason to believe that the absence of profit renders the applicants' dealing fair.

[40] In making this finding, the Board was entitled to look beyond the fact that the logging sticker might have stated that the copies were made for research or private study. Indeed, *CCH* requires the Board to “make an objective assessment of the user/defendant’s real purpose or motive in using the copyrighted work” (*CCH*, at paragraph 54). The Board was not precluded from finding a different objective purpose at step 2 from the purpose it accepted as fact at step 1. The Board’s step 1 inquiry merely checked whether the stated purpose of the applicants was an acceptable one under the Act; it did not purport to ascertain the objective purpose of the dealing.

[41] This approach is consistent with the law in other jurisdictions as well, where this issue has been squarely put before the courts. Though most foreign jurisprudence on the matter relates to whether dealings fall under an allowable purpose—effectively step 1 of the *CCH* test—they nevertheless support the proposition also enunciated in *CCH* that courts must inquire into the true purpose of the dealing. The intentions and motives of the user of another’s copyright material are “most highly relevant on the issue of fair dealing, so far as it can be treated as a discrete issue from the statutory purpose” (*Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.) (*Pro Sieben*) [at page 614]).

[42] In *Pro Sieben*, the English Court of Appeal took this approach in the context of fair dealing for news reporting [at page 614]:

sait pas avec certitude si le tribunal a tenu compte du but lucratif pour décider si l’utilisation visait l’« étude privée ». Après tout, la Cour suprême a bien précisé dans l’arrêt *CCH* que la recherche effectuée dans le but de réaliser un profit peut quand même être considérée comme équitable (*CCH*, au paragraphe 54). En résumé, rien ne permet de penser que l’absence de profit rend équitable l’utilisation que font les demandeurs.

[40] Pour en arriver à cette conclusion, la Commission avait le droit d’aller au-delà du fait que l’étiquette d’enregistrement pouvait indiquer que les copies étaient faites pour la recherche ou l’étude privée. D’ailleurs, l’arrêt *CCH* oblige la Commission à « s’efforcer d’évaluer objectivement le but ou le motif réel de l’utilisation de l’œuvre protégée » (*CCH*, au paragraphe 54). Rien n’empêchait la Commission de conclure que le but objectif à la seconde étape était différent de celui qu’elle avait accepté à la première étape. À la première étape, la Commission vérifiait seulement si l’objectif déclaré par les demandeurs était acceptable en vertu de la Loi; elle ne prétendait pas déterminer le but objectif de l’utilisation.

[41] Ce raisonnement va dans le sens des règles de droit d’autres pays, où la question a été carrément posée aux tribunaux. Bien que la jurisprudence étrangère en la matière porte surtout sur la question de savoir si les utilisations correspondent à une des fins énumérées — ce qui correspond en fait à la première étape de l’analyse de l’arrêt *CCH* — elle appuie néanmoins la proposition que l’on trouve également dans l’arrêt *CCH* et suivant laquelle les tribunaux doivent chercher à discerner le véritable objectif de l’utilisation. Les intentions et les motifs de celui qui utilise l’œuvre protégée par le droit d’auteur de quelqu’un d’autre sont [TRADUCTION] « des facteurs très pertinents pour déterminer si l’utilisation est équitable, dans la mesure où l’on peut la dissocier de la question de l’objet de la Loi » (*Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.) (*Pro Sieben*) [à la page 614]).

[42] Dans l’arrêt *Pro Sieben*, la Cour d’appel de l’Angleterre a adopté cette approche dans le contexte de l’utilisation équitable de bulletins de nouvelles [à la page 614] :

It is not necessary for the court to put itself in the shoes of the infringer of the copyright in order to decide whether the offending piece was published “for the purposes of criticism or review”. This court should not in my view give any encouragement to the notion that all that is required is for the user to have the sincere belief, however misguided, that he or she is criticising a work or reporting current affairs. To do so would provide an undesirable incentive for journalists, for whom facts should be sacred, to give implausible evidence as to their intentions.

[43] There is also ample jurisprudence on the point from United States courts. For example, in *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981), at page 84, a writer for a magazine claimed his use of charts from a scholarly work constituted fair dealing for the purpose of research. The U.S. Court of Appeals for the First Circuit disagreed:

The defendants’ claim that their purpose “was to acquaint the community with research” is belied by the format and the contents of the alleged infringing publication. They irrefutably showed that the copyrighted material was used as a quiz to entertain readers of a magazine of general circulation.

[44] Similarly, in *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), at pages 151–152, aff’d 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984) the U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania ruled that the use of copyrighted material in medical school standardized test preparation materials is not fair use for the purpose of “teaching, scholarship or research”:

The defendants have merely asserted that they are engaged in “teaching”. This naked averment does not suffice to show the applicability of [the fair use provisions in] 17 U.S.C. § 107. To be sure, Mikaelian and Multiprep give test preparation courses, and provide instruction in test preparation as part of these courses. However, Multiprep students do not receive a degree, do not become qualified or certified in anything after taking the course, and may not use the course as a pre-requisite for further education and training in any educational or vocational endeavor. It is thus at best unclear whether Multiprep’s cram course is the type of activity protected by 17 U.S.C. § 107.

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire pour la Cour de se mettre à la place de celui qui viole le droit d’auteur pour décider si l’article contrevenant a été publié « aux fins de critique ou de compte rendu ». Notre Cour ne devrait pas, à mon avis, donner quelque appui que ce soit à l’idée qu’il suffit, pour l’usager, de croire sincèrement, même s’il fait fausse route, qu’il critique une œuvre ou qu’il donne un compte rendu sur les affaires courantes. Si elle le faisait, notre Cour inciterait les journalistes, pour qui les faits devraient être sacrés, à donner un témoignage invraisemblable au sujet de leurs intentions, ce qui ne saurait être souhaitable.

[43] On trouve également une abondante jurisprudence sur la question aux États-Unis. Ainsi, dans l’affaire *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981), à la page 84, le collaborateur d’un magazine affirmait que l’utilisation qu’il avait faite de tableaux tirés d’un ouvrage spécialisé constituait une utilisation équitable à des fins de recherche. La Cour d’appel, 1<sup>er</sup> Circuit a écarté cet argument :

[TRADUCTION] L’argument des défendeurs suivant lequel ils cherchaient à « vulgariser des recherches » est démenti tant par le support que par le contenu de la publication accusée de violation du droit d’auteur. Ils démontrent de façon irréfutable que l’extrait protégé par le droit d’auteur a été utilisé comme un jeu-questionnaire pour divertir les lecteurs d’un magazine à grand tirage.

[44] De même, dans la décision *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), à la page 152, conf. par 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984), la Cour de district des États-Unis pour le district de l’est de la Pennsylvanie a jugé que l’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur pour des documents uniformisés de préparation d’examens d’une école de médecine ne constituait pas une utilisation équitable aux fins d’« enseignement ou de recherche » :

[TRADUCTION] Les défendeurs affirment simplement qu’ils se livrent à de l’« enseignement ». Cette affirmation catégorique ne suffit pas pour démontrer l’applicabilité des dispositions relatives à l’utilisation équitable que l’on trouve dans la loi (17 U.S.C. § 107). Certes, Mikaelian et Multiprep offrent des cours de préparation aux examens et de l’enseignement en matière de préparation aux examens dans le cadre de ces cours. Cependant, les étudiants de Multiprep ne se voient remettre aucun diplôme et ne se voient reconnaître aucune compétence ou connaissance particulières après avoir suivi le cours, et ils ne peuvent se servir de ce cours comme prérequis lorsqu’ils s’inscrivent par la suite à d’autres cours ou d’autres formations

[45] The High Court of New Zealand has taken such an approach as well. In *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76, at paragraph 35, Justice Salmon stated that “[t]he question of purpose in any particular case is one of fact, but I emphasise the need to consider the real purpose of the copying in the context of a fair dealing section. Bona fides must be of crucial importance.” International jurisprudence is therefore consistent with the view that the purpose must be examined objectively.

[46] Finally, the Board was also reasonable to take into consideration whether a student requested the copies him or herself or whether the teacher made the copies at his or her own initiative. Contrary to the applicants’ submissions, the Board did not require that the person requesting the copy be the person undertaking the private study. Instead, the Board found that since the students in question did not request the photocopies themselves, given the instructional setting, it is likely that the purpose of the photocopying was for the instruction of the students, not for private study. That is an entirely legitimate conclusion based on the facts of the case and does not add any additional requirement. Similarly, the Board was entitled to find that when a student is instructed to read the material, it is likely that the purpose of the copying was for classroom instruction rather than the student’s private study.

(b) The other *CCH* factors

[47] The Board’s findings with respect to the other *CCH* factors are also reasonable. In terms of the character of the dealing, the applicants point to testimony that students normally destroy or lose photocopies; however, the Board made a finding of fact that students often keep their copies in binders for an entire school year. In terms of the effect of the dealing, the Board

sur le plan pédagogique ou professionnel. Le moins qu’on puisse dire c’est qu’on ne peut affirmer avec certitude que le cours préparatoire offert par Multiprep est un type d’activité protégé par la loi (17 U.S.C. § 107).

[45] La Haute Cour de Nouvelle-Zélande a adopté une approche semblable. Dans l’arrêt *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76, au paragraphe 35, le juge Salmon déclare : [TRADUCTION] « La question de l’objet dans un cas précis est une question de fait, mais je tiens à souligner la nécessité de tenir compte de l’objectif véritable de la copie dans le contexte de l’article relatif à l’utilisation équitable. La bonne foi revêt une importance capitale. » La jurisprudence internationale s’accorde donc avec l’opinion que la fin doit être examinée objectivement.

[46] Enfin, la Commission a agi de façon raisonnable en tenant compte de la question de savoir si l’élève demandait les copies de son propre chef ou si l’enseignant faisait les copies de sa propre initiative. Contrairement à ce que prétendent les demandeurs, la Commission n’a pas exigé que la personne qui demandait la copie soit celle qui se livrait à une étude privée. La Commission a plutôt estimé que, comme les élèves en question n’avaient pas demandé eux-mêmes les photocopies, compte tenu du contexte pédagogique en question, la photocopie servait probablement à l’enseignement, et elle ne visait pas l’étude privée. Il s’agit d’une conclusion parfaitement légitime, vu l’ensemble des faits de l’espèce. Il n’y a pas d’autre condition à satisfaire. Dans le même ordre d’idées, la Commission avait le droit de conclure que, lorsqu’un élève reçoit pour instruction de lire un document, il est probable que la copie vise l’enseignement en classe plutôt que l’étude privée de l’élève.

b) Les autres facteurs de l’arrêt *CCH*

[47] Les conclusions tirées par la Commission au sujet des facteurs énoncés dans l’arrêt *CCH* sont également raisonnables. Pour ce qui est de la nature de l’utilisation, les demandeurs citent des témoignages suivant lesquels, normalement, les élèves détruisent ou perdent les photocopies. La Commission a toutefois conclu que les élèves conservaient souvent leurs copies dans des cartables

found on the evidence that it was likely that the dealing hurt textbook sales. While the Board admitted there was no conclusive evidence to this effect, it did not act unreasonably in considering the overall decline in sales when conducting its fairness analysis.

#### (4) Conclusion

[48] I see no reviewable error in the Board's finding that the dealing with category 4 copies was unfair under the Act and the *CCH* test. It is important to restate that the step 2 fairness inquiry is a factual one and therefore merits a high degree of deference. Furthermore, the six factors outlined by the Supreme Court do not comprise a checklist of necessary or sufficient conditions; they are a non-exhaustive guideline. Therefore, the reasonableness of the Board's fairness decision must be assessed based on the Board's reasons as a whole. From this point of view, it is clear that the Board came to the conclusion that the applicants' dealing was unfair as it did not properly qualify as "research and private study". This is a legitimate conclusion that was open to the Board based on the evidence before it. The Board's reasons are also comprehensible and transparent, and therefore reasonable.

#### Section 29.4

##### *A. The law*

[49] Section 29.4 of the Act provides a separate exception that allows the reproduction of copyrighted work for educational purposes. This exception does not

pendant toute la durée de l'année scolaire. S'agissant de l'effet de l'utilisation, la Commission a conclu, vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait, qu'il était probable que l'utilisation avait nui à la vente de manuels scolaires. Bien que la Commission ait admis qu'elle ne disposait d'aucun élément de preuve déterminant en ce sens, elle n'a pas agi de façon déraisonnable en tenant compte de la baisse générale des ventes lorsqu'elle a procédé à son analyse de l'utilisation.

#### 4) Conclusion

[48] Je ne décèle aucune erreur qui justifierait notre intervention dans la conclusion de la Commission suivant laquelle l'utilisation des copies de la catégorie 4 était inéquitable au sens de la Loi et du critère posé dans l'arrêt *CCH*. Il est important de rappeler que la seconde étape de l'analyse de la question de l'équité est d'ordre factuel et que la conclusion tirée par la Commission commande un degré élevé de déférence. En outre, les six facteurs énumérés par la Cour suprême ne prévoient pas de liste de contrôle des conditions nécessaires ou suffisantes; ils se veulent simplement des lignes directrices non exhaustives. Le caractère raisonnable de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'équité doit donc être apprécié en fonction de l'ensemble des motifs de la Commission. Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, il est évident que la Commission a conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée ». Il s'agit d'une conclusion légitime qu'il était loisible à la Commission de tirer vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait. Les motifs de la Commission sont par ailleurs compréhensibles et transparents et, partant, raisonnables.

#### L'article 29.4

##### *A. La loi*

[49] L'article 29.4 de la Loi prévoit une exception particulière qui permet la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins pédagogiques.

fall under the category of “fair dealing”. Rather, it stands on its own as a separate provision.

Cette exception n’entre pas dans la catégorie des « utilisations équitables ». Il s’agit d’une exception à part entière qui constitue une disposition distincte et autonome.

Reproduction  
for  
instruction

**29.4 (1)** It is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority

**29.4 (1)** Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous l’autorité de celui-ci, à des fins pédagogiques et dans les locaux de l’établissement :

Reproduc-  
tion  
d’œuvres

(a) to make a manual reproduction of a work onto a dry-erase board, flip chart or other similar surface intended for displaying hand-written material, or

a) de faire une reproduction manuscrite d’une œuvre sur un tableau, un bloc de conférence ou une autre surface similaire destinée à recevoir des inscriptions manuscrites;

(b) to make a copy of a work to be used to project an image of that copy using an overhead projector or similar device

b) de reproduire une œuvre pour projeter une image de la reproduction au moyen d’un rétro-projecteur ou d’un dispositif similaire.

for the purposes of education or training on the premises of an educational institution.

Reproduction  
for  
examina-  
tions, etc.

(2) It is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority to

(2) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur, si elles sont faites par un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous l’autorité de celui-ci dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle :

Questions  
d’examen

(a) reproduce, translate or perform in public on the premises of the educational institution, or

a) la reproduction, la traduction ou l’exécution en public d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur dans les locaux de l’établissement;

(b) communicate by telecommunication to the public situated on the premises of the educational institution

b) la communication par télécommunication d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur au public se trouvant dans les locaux de l’établissement.

a work or other subject-matter as required for a test or examination.

Where work  
commercially  
available

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by paragraph (1)(b) and subsection (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in that paragraph or subsection, as the case may be.

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues à l’alinéa (1)b) et au paragraphe (2) ne s’appliquent pas si l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions.

Accessibilité  
sur le  
marché

## B. Decision of the Board

## B. La décision de la Commission

[50] The Board found that the section 29.4 exception does not apply to category 4 copies. In the interest of thoroughness, I reproduce its reasons on this point in full, at paragraphs 123–129:

The relevant provisions of the *Act* read as follows:

2 [...]

“commercially available” means, in relation to a work or other subject-matter,

(a) available on the Canadian market within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort, or

(b) for which a licence to reproduce, perform in public or communicate to the public by telecommunication is available from a collective society within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort;

[...]

29.4(2) It is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority to

(a) reproduce [...] on the premises of the educational institution

[...]

a work or other subject-matter as required for a test or examination.

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by [...] subsection (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in that paragraph or subsection, as the case may be.

Access submits that copies made for examinations trigger remuneration and should be subject to the tariff. A work is “commercially available” if a licence is available “within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort”. The certification of a tariff fulfils these three requirements. The price, which is set by the Board, is necessarily reasonable. The time and effort required to claim the benefit of the tariff are insignificant.

[50] La Commission a conclu que l’exception prévue à l’article 29.4 ne s’appliquait pas aux copies relevant de la catégorie 4. Par souci d’exhaustivité, je reproduis intégralement les motifs de la Commission sur la question, aux paragraphes 123 à 129 :

Les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

2 [...]

« accessible sur le marché » S’entend, en ce qui concerne une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur

a) qu’il est possible de se procurer, au Canada, à un prix et dans un délai raisonnables, et de trouver moyennant des efforts raisonnables;

b) pour lequel il est possible d’obtenir, à un prix et dans un délai raisonnables et moyennant des efforts raisonnables, une licence octroyée par une société de gestion pour la reproduction, l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, selon le cas.

[...]

29.4(2) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur, si elles sont faites par un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous l’autorité de celui-ci dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle :

a) la reproduction [...] d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur dans les locaux de l’établissement;

[...]

a work or other subject-matter as required for a test or examination.

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues [...] et au paragraphe (2) ne s’appliquent pas si l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions.

Access soutient que les copies faites dans le cadre d’examens devraient entraîner une rémunération et être assujetties au tarif. Une œuvre est « accessible sur le marché » s’il est possible d’obtenir une licence « à un prix et dans un délai raisonnables et moyennant des efforts raisonnables ». L’homologation d’un tarif fait en sorte que ces trois conditions sont remplies. Le prix, établi par la Commission, est nécessairement raisonnable. Le délai et l’effort requis pour se prévaloir du tarif sont insignifiants.

The Objectors argue that, on the contrary, subsection 29.4(3) of the *Act* concerns solely examinations that are published by publishing houses for sale to educational institutions. In their submission, to find otherwise would render the exception nugatory. If the intention had been to not extend the exception to works for which a licence is available, it would have been stipulated, as was done in subsections 30.8(8) and 30.9(6) of the *Act*, that the exception “does not apply [if/where] a licence is available from a collective society [...]”.

“Commercially available” must necessarily have the meaning Access ascribes to the expression. It is used only three times, namely, in the provision under examination and in the following provisions:

30.1(1) It is not an infringement of copyright for a library, archive or museum [...] to make, for the maintenance or management of its permanent collection [...], a copy of a work [...]

(a) if the original is rare or unpublished and is

(i) deteriorating, damaged or lost, or

(ii) at risk of deterioration or becoming damaged or lost;

(b) for the purposes of on-site consultation if the original cannot be viewed, handled or listened to because of its condition or because of the atmospheric conditions in which it must be kept;

(c) in an alternative format if the original is currently in an obsolete format or the technology required to use the original is unavailable;

[...]

(2) Paragraphs (1)(a) to (c) do not apply where an appropriate copy is commercially available in a medium and of a quality that is appropriate for the purposes of subsection (1).

[...]

32(1) It is not an infringement of copyright for a person, at the request of a person with a perceptual disability, or for a non-profit organization acting for his or her benefit, to

Les opposants soutiennent au contraire que les seuls examens visés dans le paragraphe 29.4(3) de la *Loi* sont ceux qui sont publiés par des éditeurs commerciaux pour vente à des établissements scolaires. À leur avis, conclure le contraire rendrait l’exception illusoire. Si l’intention était de ne pas étendre l’exception aux œuvres pour lesquelles une licence est disponible, on aurait stipulé, comme on l’a fait aux paragraphes 30.8(8) et 30.9(6) de la *Loi*, que l’exception « ne s’applique pas dans les cas où l’entreprise peut obtenir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, une licence [...] ».

L’expression « accessible sur le marché » doit nécessairement avoir le sens qu’Access lui attribue. Elle n’est utilisée qu’à trois reprises, soit dans la disposition qui nous intéresse et dans celles qui suivent :

30.1(1) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur les cas ci-après de reproduction, par une bibliothèque, un musée ou un service d’archives [...] d’une œuvre [...], en vue de la gestion ou de la conservation de leurs collections permanentes [...]:

a) reproduction dans les cas où l’original, qui est rare ou non publié, se détériore, s’est abîmé ou a été perdu ou risque de se détériorer, de s’abîmer ou d’être perdu;

b) reproduction, pour consultation sur place, dans les cas où l’original ne peut être regardé, écouté ou manipulé en raison de son état, ou doit être conservé dans des conditions atmosphériques particulières;

c) reproduction sur un autre support, le support original étant désuet ou faisant appel à une technique non disponible;

[...]

(2) Les alinéas (1)a) à c) ne s’appliquent pas si des exemplaires de l’œuvre ou de l’autre objet du droit d’auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support et d’une qualité appropriés aux fins visées au paragraphe (1).

[...]

32(1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une personne agissant à la demande d’une personne ayant une déficience perceptuelle, ou pour un organisme sans but lucratif agissant dans l’intérêt de cette dernière, de se livrer à l’une des activités suivantes :

(a) make a copy or sound recording of a literary, musical, artistic or dramatic work, other than a cinematographic work, in a format specially designed for persons with a perceptual disability;

(b) translate, adapt or reproduce in sign language a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in a format specially designed for persons with a perceptual disability; or

(c) perform in public a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in sign language, either live or in a format specially designed for persons with a perceptual disability.

[...]

(3) Subsection (1) does not apply where the work or sound recording is commercially available in a format specially designed to meet the needs of any person referred to in that subsection, within the meaning of paragraph (a) of the definition “commercially available”.

There are two components to the definition of “commercially available”. Paragraph (a) refers to the acquisition of copies. Paragraph (b) refers to the acquisition of licences. The relevant parts of the wording of subsections 29.4(3) and 30.1(2) of the *Act* are identical; they must be interpreted in the same manner. Subsection 32(3) specifically excludes access to a licence. To interpret subsection 29.4(3), and thus, by extension, subsection 30.1(2), as suggested by the Objectors, would render paragraph (b) of the definition meaningless.

Moreover, the Objectors mistakenly rely on the comment in *CCH* that the availability of a licence is not relevant. This comment concerns only fair dealing. The exception for copies made by educational institutions for examinations is a distinct exception. Furthermore, applying this proposal in this context would contradict the very wording of paragraph (b) of the definition.

The interpretation that we adopt does not make the exception nugatory. The exception will be available to institutions not only for the use of works that are not part of Access Copyright’s repertoire, but also for dealings for which Access offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format, such as examinations that must be taken electronically.

a) la production d’un exemplaire ou d’un enregistrement sonore d’une œuvre littéraire, dramatique – sauf cinématographique –, musicale ou artistique sur un support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

b) la traduction, l’adaptation ou la reproduction en langage gestuel d’une œuvre littéraire ou dramatique – sauf cinématographique – fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

c) l’exécution en public en langage gestuel d’une œuvre littéraire, dramatique – sauf cinématographique – ou l’exécution en public d’une telle œuvre fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle.

[...]

(3) Le paragraphe (1) ne s’applique pas si l’œuvre ou l’enregistrement sonore de l’œuvre est accessible sur le marché sur un tel support, selon l’alinéa a) de la définition « accessible sur le marché ».

L’expression « accessible sur le marché » comporte deux volets. L’alinéa a) vise l’acquisition de copies. L’alinéa b) vise l’acquisition de licences. Les parties pertinentes du libellé des paragraphes 29.4(3) et 30.1(2) de la *Loi* sont identiques; elles doivent être interprétées de la même façon. Le paragraphe 32(3) exclut expressément l’accès à une licence. Interpréter le paragraphe 29.4(3) et donc, par voie de conséquence le paragraphe 30.1(2) de la façon dont le proposent les opposants, rendrait superflu l’alinéa b) de la définition.

Par ailleurs, c’est par erreur que les opposants s’appuient sur le commentaire dans *CCH* voulant que la disponibilité d’une licence ne soit pas un facteur pertinent. Ce commentaire ne vise que l’utilisation équitable. L’exception relative aux reproductions faites dans le cadre d’examens par des établissements scolaires est une exception distincte. D’ailleurs, l’application de cette proposition dans le contexte sous examen irait à l’encontre du libellé même de l’alinéa b) de la définition.

L’interprétation que nous retenons ne vide pas l’exception de sens. Les établissements pourront s’en prévaloir non seulement à l’égard des utilisations d’œuvre ne faisant pas partie du répertoire d’Access, mais aussi à l’égard de celles pour lesquelles Access n’offre pas de licence autorisant l’utilisation de l’œuvre sur un support qui convient. Tel serait le cas de l’examen devant se faire électroniquement.

*C. Analysis*

[51] There are two key phrases in section 29.4 that are relevant to this application: “on the premises” and “in a medium that is appropriate for the purpose”.

(1) Standard of review

[52] The parties submit that the standard of review of the Board’s decision on section 29.4 is correctness. I agree.

(2) “On the premises”

[53] The applicants argue that the phrase “on the premises” in paragraph 29.4(2)(a) is intended to ensure that commercial publishers—for example, companies producing preparatory materials for standardized tests—cannot benefit from the section 29.4 exception, but that the exception is not meant to exclude teachers (applicants’ memorandum of fact and law, at paragraph 107). I fail to see how this proposition supports the applicants’ argument, as all parties agree that paragraph 29.4(2)(a) is triggered. The question is whether the exemption in paragraph 29.4(2)(a) is negated by subsection 29.4(3).

(3) “In a medium that is appropriate for the purpose”

[54] With respect to subsection 29.4(3), the applicants argue that, while the copied works were commercially available, the Board failed to consider whether they were available “in a medium that is appropriate for the purpose”. In this case, the applicants assert that the copied works were not available in an appropriate medium. For example, if a teacher wanted to reproduce a portion of a novel as part of a test, the only appropriate medium would be to photocopy the passage onto the test. According to the applicants, the entire printed book

*C. L’analyse*

[51] On trouve à l’article 29.4 deux expressions clés dont il y a lieu de tenir compte pour trancher la présente demande : « dans les locaux de l’établissement » et « sur un support approprié aux fins visées ».

1) La norme de contrôle

[52] Les parties font valoir que la norme de contrôle de la décision de la Commission en ce qui concerne l’article 29.4 est celle de la décision correcte. Je suis du même avis.

2) « Dans les locaux de l’établissement »

[53] Suivant les demandeurs, l’expression « dans les locaux de l’établissement » que l’on trouve à l’alinéa 29.4(2)a) vise à s’assurer que les éditeurs commerciaux — comme par exemple les sociétés qui produisent des documents préparatoires à des examens uniformisés — ne peuvent se prévaloir de l’exception prévue à l’article 29.4. Ils ajoutent toutefois que cette exception n’est pas censée exclure les enseignants (mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 107). Je ne vois pas comment cette affirmation appuie la thèse des demandeurs, étant donné que toutes les parties s’entendent pour dire que l’alinéa 29.4(2)a) s’applique. La question qui se pose est donc celle de savoir si l’exception prévue à l’alinéa 29.4(2)a) est supplantée par le paragraphe 29.4(3).

3) « Sur un support approprié aux fins visées »

[54] En ce qui concerne le paragraphe 29.4(3), les demandeurs affirment que, bien que les œuvres reproduites soient accessibles sur le marché, la Commission ne s’est pas demandé si elles étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées » (« *in a medium that is appropriate for the purpose* »). Dans le cas qui nous occupe, les demandeurs affirment que les œuvres qui ont été copiées n’étaient pas accessibles sur un support approprié. Par exemple, si un enseignant souhaite reproduire un extrait d’un roman dans un examen, le

would not be an appropriate medium for the purpose (decision, at paragraph 105).

[55] The respondent argues that the applicants confuse the words “medium” and “format”. It argues that “medium” in this case refers to the broader category of “printed matter”. The smaller category of “textbook” refers to a format, not a medium. Accordingly, a textbook and a photocopy made from it would both be of the same medium, albeit likely of different formats.

[56] Adopting either of these perspectives wholesale leads to absurd consequences. If a photocopy is always the same medium as a book, schools will have to pay for a licence each time a teacher wants to photocopy a three-line quotation from an 800-page book. In turn, under paragraph 29.4(1)(a) if the teacher instead wants to write the quotation on a chalkboard, the school will not have to acquire a licence. On the other hand, if a photocopy and a book are always different media, then that same teacher can photocopy the first 799 pages of an 800-page book and claim the exemption. Clearly, the determination of whether two works are of the same medium requires a contextual determination on the facts of a given case.

[57] I take no position on whether the category 4 copies were indeed available in a medium appropriate for the purpose, and intend to demonstrate only that the Board’s reasons are flawed because they are silent on the meaning to be given to the words “in a format appropriate for the purpose” and on the application of that meaning to the facts of this case.

[58] The Board’s reasons can be interpreted in two ways, neither of which is sufficient to ground its decision.

seul support approprié consisterait à photocopier le passage en question et à l’intégrer à l’examen. Suivant les demandeurs, l’ouvrage imprimé au complet ne constituerait pas un support approprié à la fin visée (décision, au paragraphe 105).

[55] La défenderesse affirme que les demandeurs confondent les mots anglais « *medium* » et « *format* ». Elle soutient que, dans le cas qui nous occupe, le mot anglais « *medium* » désigne la catégorie plus large des « imprimés ». La catégorie plus étroite des « manuels scolaires » désigne un « *format* » et non un « *medium* ». En conséquence, un manuel scolaire et la photocopie qui en est tirée seraient tous les deux sur le même « *medium* », mais constituent probablement un « *format* » différent.

[56] Accepter en bloc l’un ou l’autre de ces points de vue conduirait à des conséquences absurdes. Si une photocopie se trouve toujours sur le même « *medium* » qu’un livre, les écoles devraient payer pour obtenir une licence chaque fois qu’un enseignant souhaite photocopier une citation de trois lignes tirée d’un ouvrage de 800 pages. En revanche, aux termes de l’alinéa 29.4(1)a), si ce même enseignant veut plutôt écrire la citation au tableau, l’école n’aura pas à acquérir de licence. Par contre, si la photocopie et le livre sont toujours des « *media* » différents, le même enseignant peut photocopier les 799 premières pages d’un livre de 800 pages et bénéficier de l’exception. De toute évidence, pour savoir si les deux œuvres sont sur le même « *medium* », il faut tenir compte du contexte et des faits de l’espèce.

[57] Je ne me prononce pas sur la question de savoir si les copies qui appartiennent à la catégorie 4 étaient effectivement accessibles sur un support (« *medium* » dans la version anglaise) approprié aux fins visées. Je me propose de démontrer seulement que les motifs de la Commission sont viciés parce qu’ils ne disent rien au sujet de la signification des mots « sur un support approprié aux fins visées » ou de l’application de cette signification aux faits de l’espèce.

[58] Les motifs de la Commission peuvent être interprétés de deux manières et ni l’une ni l’autre n’est suffisante pour justifier sa décision.

*Interpretation 1: The Board does not address whether the works were available in a “medium appropriate for the purpose”*

[59] On their face, the Board’s reasons simply do not address whether or not the works were available in an appropriate medium; they only address whether the works were “commercially available”. The rules of statutory interpretation create a presumption against tautology: every word in a statute must be given meaning (see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ontario: LexisNexis Canada Inc., 2008, at page 210, citing *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28). Therefore, “commercially available” cannot be interpreted to mean “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

[60] The Board’s limited finding at paragraph 129 of its reasons, cited at paragraph 50 above, that “[t]he exception will be available ... for dealings for which Access offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format” (emphasis added) cannot be interpreted as a finding that the works were available in a medium appropriate for the purpose. Accepted rules of statutory interpretation dictate that a word must be presumed to have the same meaning throughout an act and that different words must be presumed to have different meanings (*R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at page 1387; *Peach Hill Management Ltd. v. Canada*, [2000] G.S.T.C. 45 (F.C.A.), at paragraph 12). In this case, the Act uses both the words format and medium.

[61] The word format appears on its own in the following provisions [ss. 2 “perceptual disability” (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 30.9 (as enacted *idem*, s. 18), 32 (as am. *idem*, s. 19)]:

*Première interprétation : La Commission ne répond pas à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées »*

[59] À première vue, les motifs de la Commission n’abordent tout simplement pas la question de savoir si les œuvres étaient accessibles ou non sur un support approprié; ils abordent seulement la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché ». Les règles d’interprétation législative créent une présomption contre toute tautologie : chaque mot de la Loi doit se voir attribuer un sens (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham (Ontario), LexisNexis Canada Inc., 2008, à la page 210, citant l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28). En conséquence, l’expression « accessibles sur le marché » ne peut être interprétée comme signifiant « accessibles sur le marché sur un support approprié aux fins visées ».

[60] La conclusion limitée que la Commission tire au paragraphe 129 de ses motifs (reproduite au paragraphe 50) suivant laquelle « [l]es établissements pourront s’en prévaloir [...] à l’égard des utilisations [...] pour lesquelles Access n’offre pas de licence autorisant l’utilisation de l’œuvre sur un support [« format » dans la version anglaise] qui convient » (non souligné dans l’original) ne peut pas être interprétée comme une conclusion que les œuvres sont accessibles sur un support (« medium » dans la version anglaise) approprié aux fins visées. Suivant les règles généralement admises en matière d’interprétation des lois, un mot est présumé avoir le même sens dans l’ensemble d’une loi et les mots différents sont présumés avoir un sens différent (*R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la page 1387; *Peach Hill Management Ltd. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (QL) (C.A.), au paragraphe 12). Dans le cas qui nous occupe, la Loi emploie dans sa version anglaise deux termes différents : « format » et « medium ».

[61] Le mot anglais « format » apparaît seul dans les dispositions suivantes [art. 2 « déficience perceptuelle » (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 30.9 (édicte, *idem*, art. 18), 32 (mod., *idem*, art. 19)] :

Definitions	<p><b>2. ...</b></p> <p>“perceptual disability” means a disability that prevents or inhibits a person from reading or hearing a literary, musical, dramatic or artistic work <u>in its original format</u>, and includes such a disability resulting from:</p> <p>(a) severe or total impairment of sight or hearing or the inability to focus or move one’s eyes,</p> <p>(b) the inability to hold or manipulate a book, or</p> <p>(c) an impairment relating to comprehension;</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>2. [...]</b></p> <p>« déficience perceptuelle » Déficience qui empêche la lecture ou l’écoute d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique <u>sur le support original</u> ou la rend difficile, en raison notamment:</p> <p>a) de la privation en tout ou en grande partie du sens de l’ouïe ou de la vue ou de l’incapacité d’orienter le regard;</p> <p>b) de l’incapacité de tenir ou de manipuler un livre;</p> <p>c) d’une insuffisance relative à la compréhension.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Définitions
Pre-recorded recordings	<p><b>30.9 (1)</b> It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer’s performance or work that is embodied in a sound recording, <u>solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking</u></p> <p>(a) owns the copy of the sound recording, performer’s performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;</p> <p>(b) is authorized to communicate the sound recording, performer’s performance or work to the public by telecommunication;</p> <p>(c) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;</p> <p>(d) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer’s performance or work; and</p> <p>(e) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>30.9 (1)</b> Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d’un enregistrement sonore <u>aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :</u></p> <p>a) elle en soit le propriétaire et qu’il s’agisse d’exemplaires autorisés par le titulaire du droit d’auteur;</p> <p>b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;</p> <p>c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;</p> <p>d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d’une autre œuvre ou prestation ou d’un autre enregistrement sonore;</p> <p>e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Enregistrements éphémères : entreprises de radiodiffusion
Reproduction in alternate format	<p><b>32. (1)</b> It is not an infringement of copyright for a person, at the request of a person with a perceptual disability, or for a non-profit organization acting for his or her benefit, to</p>	<p><b>32. (1)</b> Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une personne agissant à la demande d’une personne ayant une déficience perceptuelle, ou pour un organisme sans but</p>	Production d’un exemplaire sur un autre support

		lucratif agissant dans l'intérêt de cette dernière, de se livrer à l'une des activités suivantes :	
	(a) make a copy or sound recording of a literary, musical, artistic or dramatic work, other than a cinematographic work, <u>in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> ;	a) la production d'un exemplaire ou d'un enregistrement sonore d'une œuvre littéraire, dramatique — sauf cinématographique —, musicale ou artistique <u>sur un support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> ;	
	(b) translate, adapt or reproduce in sign language a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, <u>in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> ; or	b) la traduction, l'adaptation ou la reproduction en langage gestuel d'une œuvre littéraire ou dramatique — sauf cinématographique — <u>fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> ;	
	(c) perform in public a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in sign language, <u>either live or in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> .	c) l'exécution en public en langage gestuel d'une œuvre littéraire, dramatique — sauf cinématographique — ou l'exécution en public d'une telle œuvre fixée sur <u>un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> .	
Limitation	(2) Subsection (1) does not authorize the making of a large print book.	(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre la production d'un livre imprimé en gros caractères.	Exception
Limitation	(3) Subsection (1) does not apply where the work or sound recording is <u>commercially available in a format specially designed to meet the needs of any person referred to</u> in that subsection, within the meaning of paragraph (a) of the definition "commercially available". [Emphasis added.]	(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si l'œuvre ou l'enregistrement sonore de l'œuvre est accessible sur le marché sur un tel support, selon l'alinéa a) de la définition « accessible sur le marché ». [Non souligné dans l'original.]	Existence d'exemplaires sur le marché
[62]	The word medium appears on its own in the following provisions [ss. 13(1), (4) (as am. <i>idem</i> , s. 10), 38.1 (as enacted <i>idem</i> , s. 20), 79 "audio recording medium" (as enacted <i>idem</i> , s. 50), "blank audio recording medium" (as enacted <i>idem</i> ), 80 (as enacted <i>idem</i> )]:	[62] Le mot anglais « <i>medium</i> » apparaît seul dans les dispositions suivantes [art. 13(1), (4) (mod., <i>idem</i> , art. 10), 38.1 (édicte, <i>idem</i> , art. 20), 79 « support audio » (édicte, <i>idem</i> , art. 50), « support audio vierge » (édicte, <i>idem</i> ), 80 (édicte, <i>idem</i> )]:	
Ownership of copyright	<b>13.</b> (1) Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein.	<b>13.</b> (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre.	Possession du droit d'auteur
	...	[...]	
Assignments and licences	(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or <u>subject to limitations relating to territory, medium or sector</u> of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but	(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives <u>au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession</u> , pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la	Cession et licences

no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

...

[...]

Statutory  
damages

**38.1** (1) Subject to this section, a copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of damages and profits referred to in subsection 35(1), an award of statutory damages for all infringements involved in the proceedings, with respect to any one work or other subject-matter, for which any one infringer is liable individually, or for which any two or more infringers are liable jointly and severally, in a sum of not less than \$500 or more than \$20,000 as the court considers just.

**38.1** (1) Sous réserve du présent article, le titulaire du droit d'auteur, en sa qualité de demandeur, peut, avant le jugement ou l'ordonnance qui met fin au litige, choisir de recouvrer, au lieu des dommages-intérêts et des profits visés au paragraphe 35(1), des dommages-intérêts préétablis dont le montant, d'au moins 500 \$ et d'au plus 20 000 \$, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, pour toutes les violations — relatives à une œuvre donnée ou à un autre objet donné du droit d'auteur — reprochées en l'instance à un même défendeur ou à plusieurs défendeurs solidairement responsables.

Dommages-  
intérêts  
préétablis

...

[...]

Special case

(3) Where

(3) Dans les cas où plus d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur sont incorporés dans un même support matériel, le tribunal peut, selon ce qu'il estime équitable en l'occurrence, réduire, à l'égard de chaque œuvre ou autre objet du droit d'auteur, le montant minimal visé au paragraphe (1) ou (2), selon le cas, s'il est d'avis que même s'il accordait le montant minimal de dommages-intérêts préétablis le montant total de ces dommages-intérêts serait extrêmement disproportionné à la violation.

Cas  
particuliers

(a) there is more than one work or other subject-matter in a single medium, and

(b) the awarding of even the minimum amount referred to in subsection (1) or (2) would result in a total award that, in the court's opinion, is grossly out of proportion to the infringement the court may award, with respect to each work or other subject-matter, such lower amount than \$500 or \$200, as the case may be, as the court considers just.

...

[...]

Definitions

**79.** In this Part,

**79.** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

Définitions

[...]

“audio recording medium” means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium;

“blank audio recording medium” means

(a) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and

(b) any other prescribed audio recording medium;

...

Where no infringement of copyright

**80.** (1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of

(a) a musical work embodied in a sound recording,

(b) a performer’s performance of a musical work embodied in a sound recording, or

(c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a musical work, is embodied

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer’s performance or the sound recording. [Emphasis added.]

[63] Finally, the words medium and format both appear in section 30.1 [as enacted *idem*, s. 18; 1999, c. 31, s. 59(E)]:

Management and maintenance of collection

**30.1** (1) It is not an infringement of copyright for a library, archive or museum or a person acting under the authority of a library, archive or museum to make, for the maintenance or management of its permanent collection or the

« support audio » Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l’exception toutefois de ceux exclus par règlement.

« support audio vierge » Tout support audio sur lequel aucun son n’a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

[...]

**80.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d’auteur protégeant tant l’enregistrement sonore que l’œuvre musicale ou la prestation d’une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l’intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio. [Non souligné dans l’original.]

Non-violation du droit d’auteur

[63] Enfin, les mots « *medium* » et « *format* » figurent tous les deux dans la version anglaise de l’article 30.1 [édicte *idem*, art. 18; 1999, ch. 31, art. 59(A)]:

**30.1** (1) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur les cas ci-après de reproduction, par une bibliothèque, un musée ou un service d’archives ou une personne agissant sous l’autorité de ceux-ci, d’une œuvre ou de

Gestion et conservation de collections

permanent collection of another library, archive or museum, a copy of a work or other subject-matter, whether published or unpublished, in its permanent collection

(a) if the original is rare or unpublished and is

(i) deteriorating, damaged or lost, or

(ii) at risk of deterioration or becoming damaged or lost;

(b) for the purposes of on-site consultation if the original cannot be viewed, handled or listened to because of its condition or because of the atmospheric conditions in which it must be kept;

(c) in an alternative format if the original is currently in an obsolete format or the technology required to use the original is unavailable;

(d) for the purposes of internal record-keeping and cataloguing;

(e) for insurance purposes or police investigations; or

(f) if necessary for restoration.

Limitation

(2) Paragraphs (1)(a) to (c) do not apply where an appropriate copy is commercially available in a medium and of a quality that is appropriate for the purposes of subsection (1). [Emphasis added.]

[64] Since the Act uses both the words *format* and *medium*, they cannot have the same meaning. Accordingly, even if one interprets the Board's reasons as finding that the works were available in an appropriate *format*, they nevertheless cannot be understood as a finding that the works were available in an appropriate *medium*.

tout autre objet du droit d'auteur, publiés ou non, en vue de la gestion ou de la conservation de leurs collections permanentes ou des collections permanentes d'autres bibliothèques, musées ou services d'archives :

a) reproduction dans les cas où l'original, qui est rare ou non publié, se détériore, s'est abîmé ou a été perdu ou risque de se détériorer, de s'abîmer ou d'être perdu;

b) reproduction, pour consultation sur place, dans les cas où l'original ne peut être regardé, écouté ou manipulé en raison de son état, ou doit être conservé dans des conditions atmosphériques particulières;

c) reproduction sur un autre support, le support original étant désuet ou faisant appel à une technique non disponible;

d) reproduction à des fins internes liées à la tenue de dossier ou au catalogage;

e) reproduction aux fins d'assurance ou d'enquêtes policières;

f) reproduction nécessaire à la restauration.

(2) Les alinéas (1)a) à c) ne s'appliquent pas si des exemplaires de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support et d'une qualité appropriés aux fins visées au paragraphe (1). [Non souligné dans l'original.]

Existence d'exemplaires sur le marché

[64] Comme la Loi emploie dans sa version anglaise à la fois le mot « *medium* » et le mot « *format* », ces mots ne peuvent avoir le même sens. En conséquence, même si l'on interprète les motifs de la Commission comme une conclusion que les œuvres étaient accessibles en un « *format* » approprié, on ne peut pour autant considérer que la Commission a conclu que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié.

*Interpretation 2: When the Board wrote format it meant medium*

[65] It could be the case that when the Board wrote format, it meant medium. This interpretation is bolstered by the fact that the French version of the statute does not distinguish between medium and format. In both cases, it uses the word “support”. The French and English versions of legislation are equally authoritative.

[66] However, even assuming that the Board meant medium when it wrote format, it does not discuss what is and what is not appropriate, nor does it make any factual findings based on the evidence before it. It does not discuss the nature of any of the photocopies made from textbooks or discuss how many of them were made for the purposes of examination. It does not refer to the evidence before it regarding the photocopies at all. Simply put, the Board uses the word “format” but does not actually discuss whether or not the works were actually available in an acceptable format.

[67] A weak reference to an appropriate format simply cannot justify a finding under section 29.4 that the works were available in a medium appropriate for the purpose, even if “medium” is interpreted to mean “format”.

Conclusion

[68] In this case, the Board was required to determine whether the category 4 copies qualified as fair dealing and whether they qualified under the exception in section 29.4 of the Act. With respect to fair dealing, the Board laid out the appropriate test from *CCH* and, through clear and comprehensible reasons, came to a justifiable conclusion. I see no reviewable error in respect of this issue.

*Seconde interprétation : En écrivant « format », la Commission voulait dire « medium »*

[65] Il se pourrait que la Commission voulait dire « medium » lorsqu’elle a écrit « format ». Cette interprétation est renforcée par le fait que la version française de la Loi ne fait aucune distinction entre « medium » et « format » : dans les deux cas, elle emploie en français le terme « support ». Or, la version anglaise et la version française des lois font également foi.

[66] Toutefois, même en supposant que la Commission voulait dire « medium » lorsqu’elle a écrit « format », elle ne parle pas de ce qui est approprié ou ne l’est pas et elle ne tire aucune conclusion de fait sur le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés. Elle ne se penche pas sur la nature de l’une quelconque des photocopies d’extraits de manuels scolaires et ne précise pas combien d’entre elles ont été faites en vue de préparer un examen. Elle ne fait aucune mention des éléments de preuve qui lui ont été présentés au sujet des photocopies. La Commission emploie tout simplement le mot anglais « format » sans préciser si les œuvres étaient effectivement accessibles sur un support (« format », en anglais) acceptable.

[67] Une vague allusion à un « format » approprié ne saurait justifier une conclusion, fondée sur l’article 29.4, que les œuvres étaient accessibles en un « medium » approprié aux fins visées et ce, même si l’on interprète le mot anglais « medium » comme signifiant « format ».

Conclusion

[68] En l’espèce, la Commission était tenue de déterminer si les copies appartenant à la catégorie 4 copies répondaient à la définition d’utilisation équitable et si elles tombaient sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi. S’agissant de la question de l’utilisation équitable, la Commission a cité le critère applicable, celui de l’arrêt *CCH* et, par des motifs clairs et compréhensibles, elle en est arrivée à une conclusion justifiable. Je ne constate aucune erreur justifiant notre intervention sur ce point.

[69] However, with respect to the section 29.4 exception, the Board failed to address an issue that was essential to the disposition of the matter before it. The issue required that the words “in a medium appropriate for the purpose” be defined and applied to the facts of this case.

[70] This Court could endeavour to fulfill this task. However, it is for the Board, in first instance, to interpret its own statute, with which it has particular familiarity, and to make the appropriate findings of fact.

[71] I would therefore allow the application and remit the decision to the Copyright Board (a) to determine the meaning of the words “in a medium appropriate for the purpose”, as found in subsection 29.4(3); and (b) to assess whether category 4 copies come within the meaning of these words.

[72] In light of the mixed success of the application, I would award no costs.

BLAIS C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[69] Toutefois, en ce qui concerne l'exception prévue à l'article 29.4, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie. Elle devait définir l'expression « sur un support approprié aux fins visées » et appliquer cette définition aux faits de la présente affaire.

[70] Notre Cour pourrait entreprendre cette tâche. Il revient toutefois à la Commission d'interpréter en premier sa propre loi constitutive, qu'elle connaît bien, et de tirer les conclusions de fait qui s'imposent.

[71] Je suis par conséquent d'avis de faire droit à la demande et de renvoyer la décision à la Commission du droit d'auteur pour qu'elle a) définisse le sens de l'expression « sur un support approprié aux fins visées » (« *in a medium appropriate for the purpose* ») que l'on trouve au paragraphe 29.4(3); et b) décide si les copies appartenant à la catégorie 4 répondent à la définition de cette expression.

[72] Comme chacune des parties obtient en partie gain de cause, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

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

A-156-09  
2010 FCA 65

A-156-09  
2010 CAF 65

**Canadian National Railway Company** (*Appellant*)

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada**  
(*appelante*)

v.

c.

**Canadian Transportation Agency and Attorney  
General of Canada** (*Respondents*)

**Office des transports du Canada et Procureur général  
du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v.  
CANADA (TRANSPORTATION AGENCY)**

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX  
DU CANADA c. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Evans and Stratas  
J.J.A.—Montréal, February 2; Ottawa, February 25, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Evans et Stratas,  
J.C.A.—Montréal, 2 février; Ottawa, 25 février 2010.

*Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency (CTA) decision including in appellant's revenue cap pursuant to Canada Transportation Act, s. 150 earnings from carrying American-grown grain to ports for export to third countries; earnings from lifting grain-carrying containers; sum paid by shipper under penalty clause — CTA applying ordinary meaning of "imported" in Act, s. 147 — Concluding that "grain" including grain brought into Canada both for sale or consumption, export — Finding appellant lifting grain containers using own labour, equipment, operating on railway company land — Finding appellant not suffering detriment following shipper's failure to deliver grain — Whether CTA (1) unreasonably interpreting phrase "imported into Canada"; (2) unreasonably deciding that lifting of grain containers carriage of grain over railway line; (3) erring in finding that payment under penalty clause not reasonably characterized as performance penalty — Issue 1: "imported" having to be interpreted in context of international trade law — Parliament amending definition of "grain" in response to World Trade Organization decision to include foreign-grown grain "imported into Canada" under Act, s. 147(b) — Amendments including American grain entering Canada en route to west coast port for export to third country — CTA's interpretation thus reasonable — Issue 2: CTA not erring when framing issue in terms of integration of appellant's lifting service to carriage of grain over railway line — Lifting of grain-carrying containers not "pre-rail activity" — Lifting equipment essential in enabling grain to be carried by rail — Issue 3: CTA erring in not characterizing shipper's payment as performance penalty — Appellant may seek efficiencies by resorting to combination of incentives, penalties — Appeal allowed in part.*

*Transports — Appel à l'encontre de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (l'Office) a inclus, dans le calcul du plafond de revenu de l'appelante en vertu de l'art. 150 de la Loi sur les transports au Canada, les recettes tirées du transport de grain cultivé aux États-Unis vers des ports en vue de son exportation vers des pays tiers; les recettes tirées du chargement de conteneurs utilisés pour transporter le grain; et la somme payée par un expéditeur aux termes d'une clause pénale — L'Office a appliqué le sens ordinaire du mot « importé » à l'art. 147 de la Loi — Il a conclu que le mot « grain » englobait le grain introduit au Canada en vue de sa vente ou de sa consommation ou en vue de son exportation — L'Office a conclu que le levage des conteneurs se fait par l'appelante au moyen de sa main-d'œuvre et de son équipement sur son terrain — Il a déclaré que l'appelante n'avait pas subi de préjudice à la suite du défaut de l'expéditeur de livrer du grain — Il s'agissait de savoir si l'Office avait : 1) interprété de façon déraisonnable l'expression « importé au Canada »; 2) conclu de façon déraisonnable que le levage de conteneurs de grain constituait du transport de grain sur une ligne de chemin de fer; 3) commis une erreur en concluant que la somme versée aux termes d'une clause pénale ne pouvait raisonnablement être qualifiée d'amende pour non-exécution — Première question : le mot « importé » devait être interprété dans le contexte du droit du commerce international — À la suite d'une décision de l'Organisation mondiale du commerce, le législateur a modifié la définition du « grain » en y ajoutant le grain « importé au Canada » après avoir été cultivé à l'étranger en vertu de l'art. 147b) de la Loi — Les modifications avaient pour objet d'inclure le grain américain introduit au Canada en route vers un port de la côte ouest en vue de son exportation vers un pays tiers — L'interprétation de l'Office*

*était donc raisonnable — Deuxième question : l'Office n'a pas commis d'erreur en formulant la question en intégrant les services de levage de l'appelante au transport du grain sur une ligne de chemin de fer — Le levage de conteneurs utilisés pour transporter le grain ne constitue pas une « activité en amont » — L'équipement de levage est essentiel pour permettre le transport ferroviaire du grain — Troisième question : l'Office a commis une erreur en décidant que la somme versée par l'expéditeur ne pouvait être qualifiée d'amende pour nonexécution — L'appelante peut choisir de réclamer des avantages en recourant à une combinaison de mesures incitatives et d'amendes — Appel accueilli en partie.*

This was an appeal from a Canadian Transportation Agency (CTA) decision in which the CTA, in calculating the appellant's revenue cap pursuant to section 150 of the *Canada Transportation Act*, included the appellant's earnings from carrying American-grown grain from the U.S.–Canada border to ports in British Columbia for export to third countries; its earnings from lifting grain-carrying containers from a road truck onto a flat-bed rail car; and a sum paid by a shipper to the appellant under a penalty clause for failing to ship a promised amount of grain. The CTA applied the ordinary meaning of the word “imported” in the definition of “grain” in section 147 of the Act, and concluded that “grain” includes grain brought into Canada for sale or consumption in Canada, or for export by ship from a west coast port to a third country. Hence, the revenue earned by the appellant in transporting this grain was properly included in its revenue. The CTA also found that lifting grain containers is done by the railway companies using railway company labour and equipment, operating on railway company land. The lifting was thus an activity “over a railway line” and was not excluded from the appellants revenue. Finally, the CTA stated that the appellant had not suffered any detriment following the shipper's failure to deliver grain and that consequently, the payment at issue was not a penalty and thus not excluded from the appellant's revenue.

At issue was whether the CTA (1) unreasonably interpreted the phrase “imported into Canada”; (2) unreasonably decided that the appellant's lifting of grain containers onto a rail car was the carriage of grain over a railway line; and (3) erred in law by concluding that the payment by the shipper to the appellant for not fulfilling its contractual promise was not reasonably characterized as a performance penalty within the meaning of paragraph 150(3)(b) of the Act.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (l'Office) a inclus, dans le calcul du plafond de revenu de l'appelante en vertu de l'article 150 de la *Loi sur les transports au Canada*, les recettes tirées du transport de grain cultivé aux États-Unis entre la frontière canado-américaine et des ports de la Colombie-Britannique en vue de son exportation vers des pays tiers; les recettes tirées du chargement de conteneurs, utilisés pour transporter le grain, à bord de camions et de wagons plats; et la somme payée par un expéditeur à l'appelante aux termes d'une clause pénale pour avoir fait défaut d'expédier la quantité de grain convenue. L'Office a appliqué le sens ordinaire du mot « importé » dans la définition de « grain » à l'article 147 de la Loi, et a conclu que la définition du mot « grain » englobait le grain introduit au Canada en vue de sa vente ou de sa consommation ou en vue de son exportation par bateau à partir d'un port de la côte ouest vers un pays tiers. C'est donc à juste titre que le revenu tiré par l'appelante du transport du grain avait été inclus dans son revenu. De même, l'Office a conclu que le levage des conteneurs se fait par les compagnies de chemin de fer qui utilisent leur main-d'œuvre et leur équipement sur leur terrain. Le levage était donc une activité « qui se fait sur une ligne de chemin de fer » et n'était pas exclu du revenu de l'appelante. Enfin, l'Office a déclaré que l'appelante n'avait pas subi de préjudice à la suite du défaut de l'expéditeur de livrer du grain et que le paiement en cause n'était donc pas une amende et qu'il n'était donc pas exclu du revenu de l'appelante.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si l'Office avait : 1) interprété de façon déraisonnable l'expression « importé au Canada »; 2) conclu de façon déraisonnable que le levage de conteneurs de grain se trouvant à bord de camions et leur déchargement dans des wagons constituaient du transport de grain sur une ligne de chemin de fer; et 3) commis une erreur de droit en concluant que la somme versée par l'expéditeur à l'appelante en raison de son défaut de respecter son engagement contractuel ne pouvait raisonnablement être qualifiée d'amende pour non-exécution au sens de l'alinéa 150(3)(b) de la Loi.

*Held*, the appeal should be allowed in part.

(1) The CTA reasonably interpreted “imported” to include foreign-grown grain brought into Canada to be transported to a west coast port for re-export to a third country. The word “imported” was to be interpreted herein in the context of international trade law. Following a ruling by the World Trade Organization (WTO) that subsections 150(1) and (2) of the Act contravened Article III:4 of the *General Agreement on Tariffs and Trade* by affecting the competitive position of imported grain, Parliament amended the definition of “grain” to include foreign-grown grain “imported into Canada” under paragraph 147(b). An examination of the legislative record of paragraph 147(b) shows that the amendments to the Act were intended to include under the revenue cap American grain entering Canada en route to a west coast port for export to a third country. The amendments were necessary in order to comply with Article III:4 and avoid a subsequent complaint to the WTO by the United States.

(2) The CTA did not err in law when it framed the issue in terms of the integration of the appellant’s lifting service to the carriage of grain over a railway line. The appellant’s suggestion that the lifting of grain-carrying containers from a road truck onto a flat-bed rail car is a “pre-rail activity” undertaken to enable grain to be carried over a railway line is an unduly narrow and literal view of the definition of “movement” in section 147 and of the meaning that the disputed words may bear. On the basis of the Court’s explanation of “railway line” in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transportation Agency* (1999), 251 N.R. 245 (F.C.A.), the lifting equipment could be characterized as covered by the term “railway line”. It is situated alongside the track, has no function other than loading containers onto rail cars and *vice versa*, and is essential for enabling grain in containers to be carried by rail.

(3) The CTA erred in law in finding that the shipper’s payment was not reasonably characterized as a performance penalty, and should have excluded such payment from the appellant’s revenue cap calculation in accordance with paragraph 150(3)(b). In light of *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2009 FCA 46, the appellant may choose to seek efficiencies by resorting to a combination of incentives and penalties.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli en partie.

1) L’Office a interprété raisonnablement le mot « importé » en estimant qu’il englobait le grain cultivé à l’étranger qui est introduit au Canada pour être transporté vers un port de la côte ouest en vue d’être réexporté vers un pays tiers. En l’espèce, le mot « importé » devait être interprété dans le contexte du droit du commerce international. À la suite d’une décision de l’Organisation mondiale du commerce (l’OMC) portant que les paragraphes 150(1) et (2) de la Loi contrevenaient à l’Article III:4 de l’*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* en influant sur les conditions concurrentielles du grain importé, le législateur a modifié la définition du « grain » en y ajoutant le grain « importé au Canada » après avoir été cultivé à l’étranger en vertu de l’alinéa 147b). Il appert d’un examen de l’historique législatif de l’alinéa 147b) que les modifications apportées à la Loi avaient pour objet d’assujettir au plafond de revenu le grain américain introduit au Canada *en route* vers un port de la côte ouest en vue de son exportation vers un pays tiers. Les modifications s’imposaient pour pouvoir se conformer à l’Article III:4 et éviter une contestation ultérieure des États-Unis auprès de l’OMC.

2) L’Office n’a pas commis d’erreur de droit en formulant la question en intégrant les services de levage de l’appelante au transport du grain sur une ligne de chemin de fer. La suggestion de l’appelante selon laquelle le levage de conteneurs, utilisés pour transporter le grain, à bord de camions et de wagons plats constitue une « activité en amont » qui vise à assurer le transport du grain par chemin de fer est une conception indûment étroite et littérale de la définition de « mouvement » à l’article 147 et du sens des mots contestés. À la lumière de l’explication que la Cour a donnée à l’expression « ligne de chemin de fer » dans l’arrêt *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada v. Canada (Office des transports)*, 1999 CanLII 9117 (C.A.F.), l’équipement de levage est visé par l’expression « ligne de chemin de fer ». Il est situé le long de la voie, sert uniquement au chargement et au déchargement de conteneurs à bord de wagons et est en réalité essentiel pour permettre le transport ferroviaire de grain se trouvant dans des conteneurs.

3) L’Office a commis une erreur de droit en décidant que la somme versée par l’expéditeur ne pouvait raisonnablement être qualifiée d’amende pour nonexécution. Cette somme aurait dû, conformément à l’alinéa 150(3)b), être exclue en entier du calcul du plafond de revenu de l’appelante. À la lumière de l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2009 CAF 46, l’appelante peut choisir de réclamer des avantages en recourant à une combinaison de mesures incitatives et d’amendes.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-40, *An Act to amend the Canada Grain Act and the Canada Transportation Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004.  
*Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, s. 57 (as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 12; 2005, c. 24, s. 1).  
*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 31, 41(1), 147 “grain” (as am. by S.C. 2005, c. 24, s. 3) “movement”, 150 (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 10).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Agreement on Internal Trade*, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995).  
*General Agreement on Tariffs and Trade*, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31, Arts. III:4, V.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2009 FCA 46, 387 N.R. 353.

## APPLIED:

*Canadian National Railway Co. v. Canadian Transportation Agency* (1999), 251 N.R. 245 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, 309 D.L.R. (4th) 513, 92 Admin. L.R. (4th) 203; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, 313 D.L.R. (4th) 605, 395 N.R. 78; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, (1994), 114 D.L.R. (4th) 385, [1994] 1 W.W.R. 1; *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2003 FCA 271, [2003] 4 F.C. 558, 307 N.R. 378; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

## REFERRED TO:

*Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, (1983), 3 D.L.R. (4th) 385, 8 C.C.C. (3d) 97; *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 23, [2010] 3 F.C.R. 219, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 81 C.C.E.L. (3d) 207, leave to appeal to SCC refused [2010] 1 S.C.R.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 57 (mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 12; 2005, ch. 24, art. 1).  
*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 5.  
*Loi sur les transports*, L.C. 1996, ch. 10, art. 31, 41(1), 147 « grain » (mod. par L.C. 2005, ch. 24, art. 3), « mouvement », 150 (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 10).  
 Projet de loi C-40, *Loi modifiant la Loi sur les grains du Canada et la Loi sur les transports au Canada*, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 2004.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31, art. III:4, V.  
*Accord sur le commerce intérieur*, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2009 CAF 46.

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 1999 CanLII 9117 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Office des Transports)*, 2003 CAF 271, [2003] 4 C.F. 558; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; appel à la CSC refusé [2010] 1 R.C.S. xiv; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12,

xiv; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, 279 D.L.R. (4th) 1, 59 Admin. L.R. (4th) 1; *Canadian National Railway Co. v. Greenstone (Municipality)*, 2008 FCA 395, 52 M.P.L.R. (4th) 1, 384 N.R. 98; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2008 FCA 363, 89 Admin. L.R. (4th) 62, 383 N.R. 349; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, 249 D.L.R. (4th), 193 C.C.C. (3d) 289.

## AUTHORS CITED

Bhala, Raj. *Modern GATT Law*, London: Sweet & Maxwell, 2005.

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Agriculture and Agri-Food. *Evidence*, No. 039 (May 4, 2005), at pages 2 and 12 (Mr. Howard Migie and Ms. Janet Weiss).

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Agriculture and Agri-Food. *Evidence*, No. 041 (May 10, 2005), at page 4 (Mr. Howard Migie).

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

*House of Commons Debates*, No. 084 (April 18, 2005), at pages 5190 and 5200 (Hon. Carolyn Bennett and Mr. Tony Martin).

World Trade Organization. *Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, Panel Report, WT/DS276/R (6 April 2004).

APPEAL from a Canadian Transportation Agency decision (No. 628-R-2008) that included in the appellant's revenue cap earnings from carrying American-grown grain from the U.S.–Canada border to ports in British Columbia for export to third countries; earnings from lifting grain-carrying containers onto a rail car; and a sum paid by a shipper under a penalty clause for failing to deliver grain. Appeal allowed in part.

[2009] 1 R.C.S. 339; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Greenstone (Municipalité)*, 2008 CAF 395; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des Transports)*, 2008 CAF 363; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6.

## DOCTRINE CITÉE

Bhala, Raj. *Modern GATT Law*, Londres : Sweet & Maxwell, 2005.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'agriculture et de l'agroalimentaire, *Témoignages*, n° 039 (4 mai 2005), aux pages 2 et 12 (M. Howard Migie et M<sup>lle</sup> Janet Weiss).

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'agriculture et de l'agroalimentaire, *Témoignages*, n° 041 (10 mai 2005), à la page 4 (M. Howard Migie).

*Débats de la Chambre des communes*, n° 084 (18 avril 2005), aux pages 5190 et 5200 (l'hon. Carolyn Bennett et M. Tony Martin).

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

Organisation mondiale du commerce. *Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS276/R (6 avril 2004).

APPEL interjeté à l'encontre de la décision (n° 628-R-2008) par laquelle l'Office des transports du Canada a inclus, dans le calcul du plafond de revenu de l'appelante, les recettes tirées du transport de grain cultivé aux États-Unis entre la frontière canado-américaine et des ports de la Colombie-Britannique en vue de son exportation vers des pays tiers; les recettes tirées du chargement de conteneurs, utilisés pour transporter le grain, à bord de wagons plats; et la somme payée par un expéditeur aux termes d'une clause pénale pour avoir fait défaut d'expédier du grain. Appel accueilli en partie.

## APPEARANCES

*Eric Harvey* for appellant.  
*Elizabeth C. Barker* for respondent Canadian Transportation Agency.  
 No one appearing for respondent Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD

*Canadian National Railway Company*, Montréal, for appellant.  
*Canadian Transportation Agency*, Gatineau, Quebec, for respondent Canadian Transportation Agency.

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

EVANS J.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] Revenue earned in a crop year by prescribed railway companies for the movement of western grain is subject to a cap. The Canadian Transportation Agency (CTA) determines a prescribed railway company's revenue for a crop year and whether it exceeds the revenue cap. The Canadian National Railway Company (CN), a prescribed railway company, says that the CTA wrongly included certain items in its revenue; the inclusion of an item in a railway company's revenue pushes it closer to the cap.

[2] CN has appealed the decision of the CTA [*Determination by the Canadian Transportation Agency of the Western Grain Revenue Caps for the movement of western grain by prescribed railway companies for crop year 2007-2008*] (Decision No. 628-R-2008), dated December 30, 2008, and a decision in a confidential letter of the same date (File Nos. T6650-2 and T6650-7-7), in respect of the crop year 2007–2008.

## ONT COMPARU

*Eric Harvey* pour l'appelante.  
*Elizabeth C. Barker* pour l'intimé, l'Office des transports du Canada.  
 Aucune comparution pour le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, Montréal, pour l'appelante.  
*Office des transports du Canada*, Gatineau (Québec), pour l'intimé, l'Office des transports du Canada.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

## A. INTRODUCTION

[1] Un niveau maximal, appelé « plafond », est fixé pour le revenu que les compagnies de chemin de fer régies tirent au cours d'une campagne agricole du mouvement du grain de l'Ouest. L'Office des transports du Canada (l'Office) calcule le revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour une campagne agricole déterminée et décide si ce revenu excède le plafond. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN), une compagnie de chemin de fer régie, affirme que l'Office a inclus à tort certains éléments dans son revenu. L'inclusion d'un élément dans le revenu d'une compagnie de chemin de fer a pour effet de rapprocher son revenu du plafond qui a été fixé.

[2] Le CN a interjeté appel de la décision de l'Office [*Calcul par l'Office des transports du Canada du plafond de revenu pour le mouvement du grain de l'Ouest par les compagnies de chemin de fer régies, pendant la campagne agricole 2007-2008*] (décision n° 628-R-2008), datée du 30 décembre 2008, et de la décision contenue dans une lettre confidentielle portant la même date (dossiers n°s T6650-2 et T6650-7-7),

CN's principal submissions are that the CTA erred in law or jurisdiction by including the following three items in its revenue cap calculation:

a. earnings from carrying American-grown grain from the U.S.–Canada border to ports in British Columbia for export to third countries, without entering the Canadian market. CN says that this grain is not “imported into Canada” within the meaning of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, section 147 [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 9; 2001, c. 26, s. 282; 2005, c. 24, s. 3] (Act);

b. earnings from lifting grain-carrying containers from a truck onto a flat-bed rail car and *vice versa*. CN says [at paragraph 80] that this is not the “carriage of grain ... over a railway line” within the meaning of section 147; and

c. a sum paid by (a shipper) to CN under a penalty clause in their contract of carriage for failing to ship the promised amount of grain. CN says that this sum was reasonably characterized as a performance penalty and should have been excluded under paragraph 150(3)(b) [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 10].

[3] In my view, the standard of review applicable to these questions is unreasonableness. The CTA's decision on items (i) and (ii) was not unreasonable. A decision of this Court in *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2009 FCA 46, 387 N.R. 353 (CP), rendered after the CTA decision under appeal here, has effectively settled item (iii) in CN's favour.

[4] CN also argued that the CTA's decision respecting the nature of the payment by (the shipper) to CN was made in breach of the duty of fairness because CTA staff led CN to believe that the CTA would not decide this issue. However, since I am of the view that CN's

relativement à la campagne agricole 2007-2008. Les principaux moyens que fait valoir le CN sont que l'Office a commis une erreur de droit ou de compétence en incluant les trois éléments suivants dans son calcul du plafond de revenu :

a. les recettes tirées du transport de grain cultivé aux États-Unis entre la frontière canado-américaine et des ports de la Colombie-Britannique en vue de son exportation vers des pays tiers sans qu'il entre sur le marché canadien. Le CN affirme que ce grain n'est pas « importé au Canada » au sens de l'article 147 [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 9; 2001, ch. 26, art. 282; 2005, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi);

b. les recettes tirées du chargement et du déchargement de conteneurs, utilisés pour transporter le grain, à bord de camions et de wagons plats. Le CN affirme [au paragraphe 80] qu'il ne s'agit pas de « [t]ransport d[e] grain [...] sur une ligne de chemin de fer » au sens de l'article 147;

c. la somme payée par (un expéditeur) au CN aux termes d'une clause pénale stipulée dans leur contrat de transport en cas de défaut d'expédier la quantité de grain convenue. Le CN affirme que cette somme a été raisonnablement qualifiée d'amende pour non-exécution et qu'elle aurait dû être exclue en vertu de l'alinéa 150(3)b) [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 10].

[3] À mon avis, la norme de contrôle qui s'applique à ces questions est celle de la raisonabilité. La décision rendue par l'Office au sujet des éléments i) et ii) n'était pas déraisonnable. L'arrêt *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2009 CAF 46 (CP), que notre Cour a rendu après la décision de l'Office faisant l'objet du présent appel, a pour effet de résoudre l'élément iii) en faveur du CN.

[4] Le CN soutient également que la décision de l'Office au sujet de la nature du paiement fait par (l'expéditeur) en faveur du CN constitue un manquement à l'obligation d'équité parce que le personnel de l'Office a amené le CN à croire que l'Office ne trancherait pas

substantive challenge succeeds, the procedural fairness issue does not arise.

[5] Accordingly, I would allow the appeal in part and, because success is divided, award no costs.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[6] Before 1996, the price of shipping western grain by rail was regulated by the CTA through the setting of freight rates. In order to allow more flexibility in pricing and to give market forces a greater role, rate setting was replaced by a cap on the revenue that a railway company could earn in a crop year for shipping western grain by rail. Thus, the freight charged by a railway company to a producer is not directly regulated. However, if the CTA determines that a railway company's revenue has exceeded its cap in a crop year, the company must disgorge the amount by which its revenue exceeds its cap, and pay any penalty specified in the regulations (subsection 150(2) [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 10]).

[7] The Act also specifies what is included in and excluded from a railway company's revenue from the movement of grain (subsections 150(3) [as am. *idem*], (4) [as am. *idem*] and (5) [as am. *idem*]). The cap is calculated on the basis of a statutory formula, base year statistics, and the volume-related composite price index. Grain producers and, ultimately, consumers, are thus protected from excessively high rail freight costs.

[8] The Court granted CN leave to appeal on March 24, 2009. On the same date, it granted a motion by CN for a confidentiality order relating to the confidential decision of the CTA respecting the performance penalty issue.

cette question. Toutefois, comme je suis d'avis que la contestation de fond du CN est bien fondée, la question de l'équité procédurale ne se pose pas.

[5] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et de ne pas adjuger de dépens, étant donné que chacune des parties obtient en partie gain de cause.

## B. CONTEXTE FACTUEL

[6] Avant 1996, le prix de l'expédition du grain de l'Ouest par train était réglementé par l'Office par le truchement de la fixation d'un tarif-marchandises. Pour accorder une plus grande souplesse en matière de fixation des prix et pour permettre aux forces du marché de jouer un plus grand rôle, le régime de fixation de tarif a été remplacé par un régime imposant un plafond au revenu qu'une compagnie de chemin de fer peut tirer au cours d'une campagne agricole de l'expédition de grain de l'Ouest par chemin de fer. Ainsi, les frais de transport exigés par une compagnie de chemin de fer à un producteur ne sont pas directement réglementés. Toutefois, si l'Office constate que le revenu d'une compagnie de chemin de fer excède son plafond pour une campagne agricole déterminée, la compagnie doit verser l'excédent de son revenu sur son plafond ainsi que toute pénalité réglementaire (paragraphe 150(2) [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 10]).

[7] La Loi précise par ailleurs ce qui est inclus et ce qui est exclu du revenu tiré par une compagnie de chemin de fer du mouvement du grain (paragraphe 150(3) [mod., *idem*], (4) [mod., *idem*] et (5) [mod., *idem*]). Le plafond est calculé selon une formule prévue par la loi, les statistiques relatives à l'année de référence et l'indice des prix composite afférent au volume. Les producteurs de grain et, au bout du compte, les consommateurs, sont ainsi protégés contre les frais de transport par train excessifs.

[8] La Cour a autorisé le CN à interjeter appel le 24 mars 2009. Le même jour, la Cour a fait droit à la requête présentée par le CN en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité se rapportant à la décision confidentielle rendue par l'Office au sujet de la question de l'amende pour non-exécution.

## C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[9] An appeal lies from a decision of the CTA to this Court with leave of the Court on questions of law and jurisdiction. The CTA's determination of questions of fact within its jurisdiction is binding and conclusive (section 31 and subsection 41(1) of the Act):

Fact finding  
is conclusive

**31.** The finding or determination of the Agency on a question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive.

...

Appeal from  
Agency

**41.** (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

[10] Section 150 [as am. *idem*] contains the core provisions on the revenue cap imposed on a railway company's revenues from shipping western grain, lists inclusions in and exclusions from revenue for this purpose, and requires the CTA to determine a railway company's revenues in a crop year from the movement of grain. Paragraph 150(3)(b) is particularly relevant to this appeal:

Ceiling

**150.** (1) A prescribed railway company's revenues, as determined by the Agency, for the movement of grain in a crop year may not exceed the company's maximum revenue entitlement for that year as determined under subsection 151(1).

Payment of  
excess and  
penalty

(2) If a prescribed railway company's revenues, as determined by the Agency, for the movement of grain in a crop year exceed the company's maximum revenue entitlement for that year as determined under subsection 151(1), the company shall pay out the excess amount, and any penalty that may be specified in the regulations, in accordance with the regulations.

## C. CADRE LÉGISLATIF

[9] Les décisions de l'Office sont, avec l'autorisation de notre Cour, susceptibles d'appel devant notre Cour sur une question de droit ou de compétence. La décision de l'Office sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive (article 31 et paragraphe 41(1) de la Loi) :

**31.** La décision de l'Office sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive.

[...]

**41.** (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

[10] On trouve à l'article 150 [mod., *idem*] les dispositions essentielles en ce qui concerne le plafond de revenu imposé sur le revenu tiré par une compagnie de chemin de fer de l'expédition de grain de l'Ouest. Cette disposition énumère les éléments à inclure à cette fin dans le revenu et ceux à en exclure, et il oblige l'Office à calculer le revenu tiré du mouvement du grain par une compagnie de chemin de fer au cours d'une campagne agricole. L'alinéa 150(3)(b) nous intéresse en particulier dans le présent appel :

**150.** (1) Le revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole, calculé par l'Office, ne peut excéder son revenu admissible maximal, calculé conformément au paragraphe 151(1), pour cette campagne.

(2) Si le revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole, calculé par l'Office, excède son revenu admissible maximal, calculé conformément au paragraphe 151(1), pour cette campagne, la compagnie verse l'excédent et toute pénalité réglementaire en conformité avec les règlements.

Décision  
définitive

Appel

Plafond

Rembourse-  
ment et  
pénalité  
en cas  
d'excédent

Items not included in revenue	<p>(3) For the purposes of this section, a prescribed railway company's revenue for the movement of grain in a crop year shall not include</p> <p>(a) incentives, rebates or any similar reductions paid or allowed by the company;</p> <p>(b) any amount that is earned by the company and that the Agency determines is reasonable to characterize as a performance penalty or as being in respect of demurrage or for the storage of railway cars loaded with grain; or</p> <p>(c) compensation for running rights.</p>	<p>(3) Pour l'application du présent article, sont exclus du revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole :</p> <p>a) les incitatifs, rabais ou réductions semblables versés ou accordés par la compagnie;</p> <p>b) les recettes attribuables aux amendes pour non-exécution, aux droits de stationnement et aux droits de stockage des wagons chargés de grain que l'Office estime justifié de considérer comme telles;</p> <p>c) les indemnités pour les droits de circulation.</p>	Exclusion
Impermissible reductions	<p>(4) For the purposes of this section, a prescribed railway company's revenue for the movement of grain in a crop year shall not be reduced by amounts paid or allowed as dispatch by the company for loading or unloading grain before the expiry of the period agreed on for loading or unloading the grain.</p>	<p>(4) Pour l'application du présent article, ne sont pas déduites du revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole les sommes versées ou les réductions accordées par elle à titre de primes de célérité pour le chargement ou le déchargement du grain avant la fin du délai convenu.</p>	Sommes non déduites
Reductions from revenue	<p>(5) For the purposes of this section, if the Agency determines that it was reasonable for a prescribed railway company to make a contribution for the development of grain-related facilities to a grain handling undertaking that is not owned by the company, the company's revenue for the movement of grain in a crop year shall be reduced by any amount that the Agency determines constitutes the amortized amount of the contribution by the company in the crop year.</p>	<p>(5) Pour l'application du présent article, est déduite du revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole la somme qui, selon l'Office, constitue la portion amortie de toute contribution versée par la compagnie, au cours de la campagne, à une entreprise de manutention de grain n'appartenant pas à la compagnie pour l'aménagement d'installations liées au grain si l'Office estime qu'il était raisonnable de verser cette contribution.</p>	Déductions
Agency to determine revenue	<p>(6) The Agency shall make the determination of a prescribed railway company's revenues for the movement of grain in a crop year on or before December 31 of the following crop year.</p>	<p>(6) L'Office calcule le montant du revenu de chaque compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole au plus tard le 31 décembre de la campagne suivante.</p>	Calcul du revenu des compagnies
[11]	<p>Section 147 is a definitional provision. The definitions of "grain" [as am. by S.C. 2005, c. 24, s. 3] and "movement" are relevant to this appeal:</p>	<p>L'article 147 est une disposition définitoire. Les définitions des termes « grain » [mod. par L.C. 2005, ch. 24, art. 3] et « mouvement » sont celles qui nous intéressent dans le présent appel :</p>	
Definitions	<p><b>147.</b> ...</p> <p>“grain” means</p> <p>(a) any grain or crop included in Schedule II that is grown in the Western Division, or any</p>	<p><b>147.</b> [...]</p> <p>« grain »</p> <p>a) Grain ou plante mentionnés à l'annexe II et cultivés dans la région de l'Ouest, y étant</p>	Définitions

product of it included in Schedule II that is processed in the Western Division, or

(b) any grain or crop included in Schedule II that is grown outside Canada and imported into Canada, or any product of any grain or crop included in Schedule II that is itself included in Schedule II and is processed outside Canada and imported into Canada;

...

“movement”, in respect of grain, means the carriage of grain by a prescribed railway company over a railway line from a point on any line west of Thunder Bay or Armstrong, Ontario, to

(a) Thunder Bay or Armstrong, Ontario, or

(b) Churchill, Manitoba, or a port in British Columbia for export,

but does not include the carriage of grain to a port in British Columbia for export to the United States for consumption in that country; [Emphasis added.]

#### D. DECISION OF THE CTA

[12] The decision concerns the western grain revenue caps for the crop year 2007–2008 for the two prescribed railway companies under the Act, CN and Canadian Pacific Railway Company (CP). We are only concerned with the revenue inclusion issues raised by CN in its appeal.

(i) “imported into Canada”

assimilés les produits mentionnés à cette annexe provenant de leur transformation dans cette région;

b) grain ou plante mentionnés à l’annexe II et importés au Canada après avoir été cultivés à l’étranger, y étant assimilés les produits mentionnés à cette annexe qui, d’une part, proviennent de la transformation à l’étranger de grains ou plantes qui y sont également mentionnés et, d’autre part, ont été importés au Canada.

« mouvement du grain » Transport du grain par une compagnie de chemin de fer régie sur toute ligne soit dans le sens ouest-est à destination de Thunder Bay ou d’Armstrong (Ontario), soit au départ de tout point situé à l’ouest de Thunder Bay ou d’Armstrong et à destination de Churchill (Manitoba) ou d’un port de la Colombie-Britannique, pour exportation. La présente définition ne s’applique pas au grain exporté d’un port de la Colombie-Britannique aux États-Unis pour consommation. [Non souligné dans l’original.]

#### D. DÉCISION DE L’OFFICE

[12] La décision de l’Office portait sur le plafond de revenu de deux compagnies de chemin de fer régies par la Loi, le CN et le Chemin de fer Canadien Pacifique (le CP), pour la campagne agricole 2007–2008. Seules nous intéressent en l’espèce les questions d’inclusion dans le revenu soulevées par le CN dans son appel.

i) « importé au Canada »

[13] The CTA noted that a panel of the World Trade Organization (WTO) ruled in 2004 that subsections 150(1) and (2) of the Act as then drafted might adversely affect the competitive position of imported grain, because the revenue cap only applied to earnings of the prescribed railway companies from the movement of grain grown in Canada. In response to this ruling, Parliament amended the definition of “grain” in section 147 by adding paragraph (b), which expands the meaning of “grain” to include foreign-grown grain “imported into Canada”.

[14] Relying on the decision in *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, at page 488 (*Bell*), the CTA stated (at paragraph 34) that, since the Act did not provide a special definition of “imported” “its ordinary meaning should apply and that ordinary meaning is simply to bring into the country or to cause to be brought into the country.”

[15] Consequently, the CTA concluded, “grain” includes grain brought into Canada, whether for sale or consumption in Canada, or for export by ship from a west coast port to a third country. Hence, the revenue earned by CN in transporting this grain from the Canadian border to the port from which it was being exported was properly included in CN’s “revenue” for that crop year.

(ii) “carriage ... over a railway line”

[16] Whether revenue earned by CN for lifting grain containers from a truck and onto a railway car was included in its revenue was one of several items related to intermodal movements considered by the CTA in this proceeding.

[17] Revenue earned by grain companies for moving grain from an elevator into a hopper rail car is not rail transportation revenue. Hence, CN argued, revenue

[13] L’Office a rappelé qu’un groupe spécial de l’Organisation mondiale du commerce (l’OMC) avait jugé, en 2004, que les paragraphes 150(1) et (2) de la Loi, dans leur rédaction alors en vigueur, risquaient d’avoir une incidence négative sur les conditions concurrentielles du grain importé, parce que le plafond de revenu ne s’appliquait qu’aux recettes tirées par les compagnies de chemin de fer régies du mouvement du grain cultivé au Canada. En réponse à cette décision, le législateur fédéral canadien a modifié la définition du « grain » à l’article 147 de la Loi par l’adjonction de l’alinéa b), qui élargit la définition du « grain » en y ajoutant le grain « importé au Canada » après avoir été cultivé à l’étranger.

[14] S’appuyant sur l’arrêt *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, à la page 488 (*Bell*), l’Office déclare (au paragraphe 34) que « [l]a même définition doit donc s’appliquer à la [Loi] du fait que, comme elle ne fournit pas de définition particulière de ce mot, c’est son sens ordinaire qu’il faut retenir, c’est-à-dire simplement d’introduire ou de faire introduire au pays. »

[15] En conséquence, l’Office a conclu que la définition du mot « grain » englobait le grain introduit au Canada en vue de sa vente ou de sa consommation ou en vue de son exportation par bateau à partir d’un port de la côte ouest vers un pays tiers. C’est donc à juste titre que le revenu tiré par le CN du transport du grain en question entre la frontière canadienne et le port à partir duquel il était exporté avait été inclus dans le « revenu » du CN pour la campagne agricole en question.

ii) « Transport [...] sur toute ligne [de chemin de fer] »

[16] En l’espèce, l’Office s’est notamment demandé, en ce qui concerne les éléments relatifs aux mouvements intermodaux, si le revenu tiré par le CN du levage de conteneurs de grain se trouvant à bord de camions et de leur déchargement dans des wagons faisait partie de son revenu.

[17] Les recettes recueillies par les compagnies céréalieres pour le transbordement du grain à bord des wagons-trémies à partir de silos-élévateurs ne constituent

earned by CN from lifting grain containers from truck to rail car should also be excluded from its revenue cap, on the ground that the lifting is not an activity “over a railway line”.

[18] The CTA rejected this argument, noting (at paragraph 79) that, unlike loading grain from elevators, “the lifting of containers is done by the railway companies using railway company labour and equipment, operating on railway company land.”

[19] The CTA concluded (at paragraph 81):

The issue here is whether lifting relates to the carriage of grain by a prescribed railway company over a railway line. CN’s argument that lifting costs do not relate to the carriage of grain over a railway line simply because they are not an over a railway line activity, is not valid. Lifting is a service that the railway companies provide and which is integral to containerized rail movement.

Accordingly, the CTA included in CN’s revenue its earnings from the lifting services that it provided to customers.

(iii) the performance penalty issue

[20] In the confidential decision, the CTA stated that whether a payment by (the shipper) to CN for failure to perform a contractual obligation is reasonably characterized as a performance penalty depends on whether (the shipper)’s non-performance caused a corresponding detriment to CN. Finding no such detriment, the CTA concluded that the payment was not a penalty and thus not excluded from CN’s revenue by paragraph 150(3)(b).

pas des recettes provenant du transport ferroviaire. Le CN soutenait en conséquence que le revenu qu’il tirait du levage de conteneurs de grain se trouvant dans des camions et qui étaient ensuite déposés dans des wagons devait également être exclu de son plafond de revenu, au motif que le levage n’est pas une activité « qui se fait sur une ligne de chemin de fer ».

[18] L’Office a écarté cet argument, en signalant (au paragraphe 79) que, contrairement au levage du grain qui est fait par les compagnies de silo à grains « le levage des conteneurs se fait par les compagnies de chemin de fer qui utilisent leur main-d’œuvre et leur équipement sur leur terrain ».

[19] L’Office a conclu (au paragraphe 81) :

La question qui se pose consiste à déterminer si le levage des conteneurs fait partie du transport du grain par une compagnie de chemin de fer régie sur une ligne de chemin de fer. L’argument de CN selon lequel les coûts de levage ne font pas partie du transport du grain sur une ligne de chemin de fer, simplement du fait que ce n’est pas une activité qui se fait sur une ligne de chemin de fer, n’est pas valide. Le levage est un service que les compagnies de chemin de fer fournissent et qui fait partie intégrante du mouvement ferroviaire conteneurisé.

L’Office a donc inclus dans le revenu du CN les recettes tirées des services de levage qu’il offrait à ses clients.

iii) La question de l’amende pour non-exécution

[20] Dans sa décision confidentielle, l’Office a déclaré que la réponse à la question de savoir s’il était raisonnable de qualifier d’amende pour non-exécution la somme payée par (l’expéditeur) au CN en cas d’inexécution d’une obligation contractuelle dépendait de la réponse à la question de savoir si l’inexécution de (l’expéditeur) avait causé un préjudice correspondant au CN. Estimant qu’aucun préjudice n’avait été causé, l’Office a conclu que le paiement n’était pas une amende et qu’il n’était donc pas exclu du revenu du CN aux termes de l’alinéa 150(3)b).

## E. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: What is the standard of review applicable to the CTA's decision?

[21] CN argues that, since the questions in dispute involve the interpretation of statutory definitions and are thus either jurisdictional in nature or questions of law that are subject to a right of appeal, the applicable standard of review is correctness. I do not agree.

[22] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), stated (at paragraph 59) that administrative bodies must correctly decide “true” questions of jurisdiction. However, to the extent that provisions of a tribunal’s enabling legislation can be characterized as “jurisdictional questions”, without the need for a standard of review analysis, they constitute a narrow exception to the general principle that an adjudicative administrative tribunal’s interpretation of its enabling legislation is reviewable on a standard of unreasonableness: see *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, at paragraphs 36–52, leave to appeal to SCC refused [[2010] 1 S.C.R. xiv], 33362 (January 14, 2010).

[23] Writing for the Court in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraphs 33–34, Justice Rothstein emphasized the narrowness of the category, “jurisdictional questions”, as applied to a tribunal’s interpretation of its enabling statute. A reviewing court should apply a correctness standard only when the interpretation of a provision in its legislation “raises a broad question of the tribunal’s authority.” Subsequently, in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at paragraph 11, Justice Rothstein characterized as jurisdictional, and thus reviewable on a standard of correctness, the question of whether a non-Canadian supplier had standing to complain to the

## E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question : Quelle est la norme de contrôle qui s’applique à la décision de l’Office?

[21] Le CN fait valoir que, comme les questions en litige impliquent l’interprétation de définitions législatives et qu’elles sont donc des questions de compétence ou des questions de droit assujetties à un droit d’appel, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Je ne partage pas son avis.

[22] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada déclare (au paragraphe 59) que les organismes administratifs doivent statuer correctement sur les questions touchant « véritablement » à la compétence. Cependant, dès lors que l’on peut, sans recourir à l’analyse de la norme de contrôle applicable, qualifier les dispositions de la loi constitutive d’un tribunal administratif de questions touchant à la compétence, force est de reconnaître que de telles dispositions constituent une exception étroite au principe général suivant lequel l’interprétation qu’un tribunal administratif investi de pouvoirs juridictionnels fait de sa loi constitutive est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : voir l’arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, aux paragraphes 36 à 52, autorisation d’appel à la CSC refusée [[2010] 1 R.C.S. xiv], dossier 33362 (14 janvier 2010).

[23] Écrivant au nom de la Cour dans l’arrêt *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein a souligné, aux paragraphes 33 et 34, la portée étroite de la catégorie « questions de compétence » lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive. La cour de révision ne doit appliquer la norme de la décision correcte que lorsque l’interprétation de cette loi « soulève la question générale de la compétence du tribunal ». Par la suite, dans l’arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, au paragraphe 11, le juge Rothstein a qualifié de question de compétence, faisant donc l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte, la question de savoir si

Canadian International Trade Tribunal of a breach of the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995)].

[24] In my opinion, the interpretation of the phrases in the CTA's enabling Act, "imported into Canada" and "carriage over a railway line", do not raise broad questions of the CTA's authority, and thus are not jurisdictional in nature. Counsel for CN argued that the fact that the disputed provisions are definitional renders them "jurisdictional". I do not agree. There is no basis in the authorities for regarding the fact that a provision in an administrative agency's enabling statute is definitional as automatically warranting judicial review for correctness.

[25] Counsel also argued that, even if the phrases in dispute are not "jurisdictional", their interpretation is a question of law. Because Parliament has provided a right of appeal from the CTA to this Court on questions of law, he submitted, correctness is the applicable standard of review. In my opinion, this argument is untenable.

[26] First, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 23 and 26, the Court specifically reaffirmed its decision in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. In that case, the Court held that an agency's interpretation of a provision of its enabling legislation may be reviewable on the standard of unreasonableness, even if Parliament has provided a right of appeal to a court. However, the presence of a right of appeal may be a contextual factor to be taken into account at the stage of determining whether an appellant has established that the decision under appeal was unreasonable.

le Tribunal canadien du commerce extérieur pouvait connaître d'une plainte présentée par un fournisseur non canadien au sujet d'une violation de l'*Accord sur le commerce intérieur* [*Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)].

[24] À mon avis, l'interprétation des expressions « importé au Canada » et « [t]ransport [...] sur toute ligne [de chemin de fer] » que l'on trouve dans la loi constitutive de l'Office ne soulève pas la question générale de la compétence du tribunal et elle ne constitue donc pas une question touchant à la compétence. L'avocat du CN fait valoir que, comme les dispositions contestées sont des dispositions définitives, elles soulèvent des questions « de compétence ». Je ne suis pas de cet avis. Il n'y a rien dans les précédents qui permette de conclure que le fait qu'une disposition de la loi constitutive d'un organisme administratif est une disposition définitive justifie automatiquement un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte.

[25] L'avocat soutient également que, même si les expressions en litige ne soulèvent pas des questions de « compétence », leur interprétation est une question de droit. Comme le législateur a prévu un droit d'appel devant notre Cour sur des questions de droit en ce qui concerne les décisions de l'Office, la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable. À mon avis, cet argument ne tient pas.

[26] En premier lieu, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 23 et 26, la Cour a expressément réaffirmé la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, dans laquelle la Cour avait jugé que l'interprétation qu'un organisme fait d'une disposition de sa loi constitutive était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, même si le législateur a prévu un droit d'appel à une cour de justice. Toutefois, l'existence d'un droit d'appel peut être un facteur contextuel dont on peut tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'appellant a établi que la décision frappée d'appel était déraisonnable.

[27] Second, in order to reduce unnecessary complexities in determining the standard of review, a court should not conduct a standard of review analysis when prior judicial decisions have resolved in a satisfactory manner the standard applicable to the same category of question decided by the same agency: *Dunsmuir*, at paragraphs 54, 57, and 62. Prior jurisprudence has satisfactorily dealt with the standard of review applicable to the CTA's interpretation of the Act.

[28] Thus, a pre-*Dunsmuir* decision from the Supreme Court of Canada (*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650), and two post-*Dunsmuir* decisions of this Court (*Canadian National Railway Co. v. Greenstone (Municipality)*, 2008 FCA 395, 52 M.P.L.R. (4th) 1, at paragraph 46, and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2008 FCA 363, 89 Admin. L.R. (4th) 62, at paragraphs 49–51), have held that the CTA is entitled to deference in the interpretation of provisions of the Act.

[29] CN did not argue that these cases are distinguishable on the ground that the statutory provisions in dispute in the present appeal raise “question[s] of ... ‘central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise’ of the administrative decision maker”, and that their interpretation is therefore subject to review for correctness (*Dunsmuir*, at paragraph 55). Accordingly, unreasonableness is the standard of review applicable to the CTA's interpretation of the phrases in the Act, “imported into Canada” and “over a railway line”.

[30] Recent developments in the law of judicial review have overtaken the statement by Justice Rothstein, then of this Court, in *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2003 FCA 271, [2003] 4 F.C. 558, at paragraph 18, that the CTA's interpretation of its enabling statute was reviewable on a standard of correctness, because “questions of statutory interpretation are generally within the province of the judiciary”, not the expertise of the CTA.

[27] En second lieu, pour atténuer les difficultés suscitées par la détermination de la norme de contrôle, la cour de révision ne devrait pas se livrer à une analyse de la norme de contrôle lorsque la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à la même catégorie de questions décidées par le même organisme (*Dunsmuir*, aux paragraphes 54, 57 et 62). Or, la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la Loi par l'Office.

[28] Ainsi, un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu avant l'arrêt *Dunsmuir* (*Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650) et deux décisions rendues après l'arrêt *Dunsmuir* par notre Cour (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Greenstone (Municipalité)*, 2008 CAF 395, au paragraphe 46, et *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des Transports)*, 2008 CAF 363, aux paragraphes 49 à 51), établissent que l'Office a droit à la déférence en ce qui concerne son interprétation des dispositions de la Loi.

[29] Le CN n'a pas prétendu qu'il convenait d'établir une distinction entre ces affaires, au motif que les dispositions législatives en litige dans le présent appel soulèvent des questions qui revêtent « une importance capitale pour le système juridique [et qui sont] étrangère[s] au domaine d'expertise » du décideur administratif » et dont l'interprétation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, au paragraphe 55). En conséquence, la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à l'interprétation, par l'Office, des expressions « importé au Canada » et « [t]ransport [...] sur toute ligne [de chemin de fer] » que l'on trouve dans la Loi.

[30] Des développements récents en matière de contrôle judiciaire ont supplanté l'affirmation qu'avait faite le juge Rothstein, alors juge de notre Cour, dans l'arrêt *Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Office des Transports)*, 2003 CAF 271, [2003] 4 C.F. 558, au paragraphe 18, suivant laquelle l'interprétation que l'Office fait de sa loi constitutive est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, parce que « les questions d'interprétation de la loi relèvent

[31] As for the standard of review applicable on the performance penalty issue, this Court in *CP* did not decide whether the standard was correctness or unreasonableness because it concluded that the CTA's decision not to treat a payment as a penalty was both wrong and unreasonable. In my view, it is not necessary here to say more. The decision in *CP* is dispositive of the appeal on this issue.

Issue 2: Did the CTA unreasonably interpret "imported into Canada" by including foreign-grown grain transported by rail in Canada for re-export from a Canadian port?

[32] CN argued that the CTA erred by deciding that the meaning of the words "imported into Canada" was settled by the decision of the Supreme Court in *Bell*. In that case, the Court was interpreting the words in the context of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Counsel argued that it was consistent with the objectives of that Act to conclude that the offence of importing drugs into Canada, created in section 5, was complete as soon as the drugs were brought across the border. However, it did not follow that a similarly broad approach should be taken to the phrase as used in the Act because quite different legislative objectives are in play.

[33] Counsel submitted that paragraph (b) was added to the definition of "grain" in section 147 in response to a decision of a Panel of the WTO, *Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, dated April 6, 2004 [WT/DS276/R]. That decision upheld a claim by the United States that the benefit of the railway revenue cap available to Canadian grain growers should be equally available to growers of American grain destined for the Canadian market and transported by rail in Canada, in order to ensure that foreign products received the same treatment as like

généralement de la compétence des cours de justice » et non de la compétence de l'Office.

[31] Quant à la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la question de l'amende pour non-exécution, notre Cour n'a pas, dans l'arrêt *CP*, tranché la question de savoir si la norme applicable était celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable parce qu'elle a conclu que la décision de l'Office de ne pas considérer un paiement comme une amende était à la fois erronée et déraisonnable. À mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce d'en dire plus. La décision *CP* est déterminante quant à l'issue de l'appel sur cette question.

Deuxième question : L'Office a-t-il interprété de façon déraisonnable l'expression « importé au Canada » en incluant le grain cultivé à l'étranger qui est transporté par train au Canada en vue d'être réexporté depuis un port canadien?

[32] Le CN soutient que l'Office a commis une erreur en décidant que le sens des mots « importé au Canada » a déjà été précisé par la Cour suprême dans l'arrêt *Bell*. Dans cette affaire, la Cour interprétait cette expression à la lumière de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1. L'avocat affirme qu'il est conforme aux objectifs de cette Loi de conclure que l'infraction d'importation de stupéfiants au Canada, qui est créée par l'article 5, est consommée dès que les stupéfiants franchissent la frontière. Il ne s'ensuit cependant pas qu'une approche aussi large devrait être adoptée en ce qui concerne l'expression employée dans la Loi puisque les objectifs législatifs en jeu sont très différents.

[33] L'avocat soutient que l'alinéa b) a été ajouté à la définition du « grain » à l'article 147 en réponse à une décision rendue le 6 avril 2004 par un groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés* [WT/DS276/R]. Dans cette décision, l'OMC a fait droit à la prétention des États-Unis suivant laquelle l'avantage conféré par le plafond de revenu ferroviaire dont les producteurs de grain canadiens pouvaient se prévaloir devait également être offert aux producteurs de grain américain destiné au marché canadien et transporté par

products of national origin. Consequently, counsel argued, since the definition of “imported grain” was amended to bring Canada into compliance with the WTO Panel’s decision, it should be interpreted as only applying to foreign-grown grain entering the Canadian market.

[34] The preferable approach to statutory interpretation was said in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, to be best expressed by the following passage in Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

This same idea is also captured by the principle that legislation is to be interpreted by reference to its text, context, and purpose, in order to “find a meaning that is harmonious with the Act as a whole”: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10.

(i) text

[35] No doubt, as the CTA stated, the words “imported into Canada” are “ordinary” words in the sense that they are used and understood in “ordinary” speech by those who have no legal training. It is not suggested by counsel that they have some technical meaning in section 147.

[36] However, that does not end the inquiry because words rarely have a single “ordinary” meaning. Rather, they normally have a range of “ordinary” meanings and the particular statutory context in which a word is used, in its “ordinary” sense, will often determine where on

train au Canada, pour s’assurer que les produits étrangers reçoivent le même traitement que les produits analogues d’origine nationale. L’avocat soutient en conséquence que, comme la définition du « grain importé » a été modifiée pour rendre la législation conforme à la décision du groupe spécial de l’OMC, on doit l’interpréter comme ne s’appliquant qu’au grain introduit sur le marché canadien après avoir été cultivé à l’étranger.

[34] La méthode à privilégier en matière d’interprétation des lois a été exposée dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Le passage suivant de l’ouvrage d’Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87, exprime bien la méthode :

[TRADUCTION] De nos jours, il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens courant et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

La même idée est également exprimée par le principe suivant lequel la loi doit être interprétée en tenant compte de son libellé, de son contexte et de l’objet de ses dispositions en vue de « dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

i) Libellé

[35] Il n’y a aucun doute que, comme l’Office l’a affirmé, les mots « importé au Canada » sont des mots « courants » en ce sens qu’ils sont employés et compris dans le langage « courant » par des personnes sans formation juridique. L’avocat n’a pas laissé entendre que ces mots avaient un sens technique quelconque à l’article 147.

[36] Mais l’analyse ne se termine pas là. En effet, il est rare qu’un terme n’ait qu’un seul sens « courant ». Normalement, un mot possède plutôt divers sens « courants » et la connotation précise que le législateur entend lui donner dépend souvent du contexte dans

that range the particular shade of meaning of the word is located: *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at paragraph 44.

[37] So it is with the word “imported” when used in connection with grain that has entered Canada. One possible meaning is that selected in *Bell*, and adopted in the present case by the CTA, namely, brought across the border into Canada. Grain may equally be described as “imported” when it enters the Canadian market for sale or consumption in Canada. In my opinion, either is linguistically possible. The question to be decided, therefore, is whether the shade of meaning selected by the CTA was unreasonable, given the context in which the words are used and the statutory purpose.

(ii) context

[38] International trade law is the context against which the word “imported” is to be interpreted in this case and, in particular the WTO Panel’s report. This report concerned, among other things, complaints by the United States that Canadian legislation, section 57 [as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 12] of the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10 (CGA) and subsections 150(1) and (2) of the Act, contravened Article III:4 of the *General Agreement on Tariffs and Trade* [October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31] (GATT) in that it accorded less favourable treatment to grain imported into Canada than to domestic grain. Thus, as a result of paragraph 57(c) of the CGA, Canadian grain had access as of right to grain elevators in Canada, while foreign grain could only be received if elevator operators requested and obtained authorization from the Governor General in Council. The United States argued that this differential treatment imposed costs and inefficiencies and thus jeopardized American grain’s access to the Canadian market. The Panel agreed (at paragraph 6.187) and rejected the various defences raised by Canada.

lequel ce terme est employé dans la loi (*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 44).

[37] Il en va de même pour le mot « importé » lorsqu’il est employé en liaison avec du grain qui a été introduit au Canada. Un des sens possibles de ce mot est celui qui a été retenu dans l’arrêt *Bell*, et que l’Office a repris en l’espèce, en l’occurrence celui d’introduire du grain au Canada après lui avoir fait franchir la frontière. Du grain peut également être qualifié de grain « importé » lorsqu’il est introduit sur le marché canadien en vue de sa vente ou de sa consommation au Canada. À mon avis, l’une et l’autre interprétation se justifient sur le plan linguistique. La question à trancher est donc celle de savoir si la connotation précise qu’a retenue l’Office était déraisonnable, compte tenu du contexte dans lequel ces mots sont employés et compte tenu de l’objet de la loi.

ii) Contexte

[38] Le droit du commerce international — et notamment le rapport du groupe spécial de l’OMC — est, en l’espèce, le contexte dans lequel il faut interpréter le mot « importé ». Ce rapport portait notamment sur les plaintes par lesquelles les États-Unis alléguaient que la législation canadienne, et plus précisément l’article 57 [mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 12] de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10 (la Loi sur les grains) et les paragraphes 150(1) et (2) de la Loi contrevenaient à l’article III:4 de l’*Accord général de 1994 sur les tarifs douaniers et le commerce* [30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31] (le GATT) parce que le grain importé était traité d’une manière moins favorable que le grain d’origine nationale. Ainsi, aux termes de l’alinéa 57c) de la Loi sur les grains, le grain canadien avait accès de plein droit aux silos-élevateurs au Canada, alors que le grain étranger ne pouvait être reçu que si les exploitants de silos demandaient et obtenaient l’autorisation du gouverneur général en conseil. Les États-Unis faisaient valoir que cette différence de traitement entraînait des coûts et des inefficacités, compromettant ainsi l’accès du grain américain au marché canadien. Le groupe spécial a souscrit à cet argument (au paragraphe 6.187) et a rejeté les divers moyens de défense invoqués par le Canada.

[39] As for the revenue cap provisions, the Panel held (at paragraph 6.337) that, since subsections 150(1) and (2) affected some movements of grain destined for the Canadian domestic market, they affected the internal transportation of “imported” grain and were therefore subject to Article III:4. The Panel concluded (at paragraph 6.352) that since the revenue cap in subsections 150(1) and (2) applied only to western Canadian grain, and not to foreign-grown grain, railways had an incentive to hold their rates for the transportation of western Canadian grain, an incentive which was not provided for imported grain. Hence, because subsections 150(1) and (2) treated imported grain less favourably than domestic grain, they were not consistent with Article III:4.

[40] Canada had argued before the WTO Panel that some of the American grain affected by section 57 of the CGA and subsections 150(1) and (2) of the Act was not “imported” into Canada, but was “in transit” and thus fell outside the scope of Article III:4 and within the scope of Article V. This provides, among other things, for the free movement of goods in transit within the territory of each contracting party. For the purpose of Article V, goods are “in transit” across the territory of a contracting state when the passage across that territory:

... with or without ... change in the mode of transport, is only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the contracting party across whose territory the traffic passes.

[41] Article V would thus appear to apply to grain that has entered Canada from the United States and is then transported in Canada to a Canadian port for export to a third country (see Raj Bhala, *Modern GATT Law* (London: Sweet & Maxwell, 2005), at page 471). Indeed, Canada also argued (at paragraph 6:169) that a portion of the American grain that entered the bulk grain handling system was destined for re-export to third countries. Hence, it said, to the extent that section 57 affects grain that is in transit, and is therefore not

[39] S’agissant des dispositions relatives au plafond de revenu, le groupe spécial a conclu (au paragraphe 6.337) que, comme ils visaient certains mouvements du grain destiné au marché intérieur canadien, les paragraphes 150(1) et (2) affectaient le transport intérieur du grain « importé » au Canada et étaient donc soumis aux dispositions de l’article III:4. Le groupe spécial a conclu (au paragraphe 6.352) que, comme le plafond de revenu prévu aux paragraphes 150(1) et (2) ne s’appliquait qu’au grain de l’Ouest canadien et non au grain cultivé à l’étranger, les compagnies de chemins de fer canadiennes étaient incitées à maintenir leurs tarifs de transport du grain de l’Ouest canadien à un certain niveau, alors qu’aucune incitation comparable n’existait dans le cas du grain importé. Les paragraphes 150(1) et (2) étaient donc incompatibles avec l’article III:4 parce qu’ils soumettaient le grain importé à un traitement moins favorable que le grain d’origine nationale.

[40] Le Canada avait soutenu devant le groupe spécial de l’OMC que le grain américain affecté par l’article 57 de la Loi sur les grains et par les paragraphes 150(1) et (2) de la Loi n’était pas « importé » au Canada, mais était « en transit » de sorte qu’il ne relevait pas de l’article III:4 et qu’il tombait sous le coup de l’article V, qui prévoit notamment la libre circulation des marchandises en transit sur le territoire de chacune des parties contractantes. Pour l’application de l’article V, des marchandises sont « en transit » sur le territoire d’un État contractant lorsqu’un tel passage :

[...] qu’il s’effectue ou non avec [...] changement dans le mode de transport, ne constituera qu’une fraction d’un voyage complet commençant et se terminant au-delà des frontières de la partie contractante sur le territoire de laquelle il a lieu.

[41] Il semble donc que l’article V s’applique au grain qui a été introduit au Canada en provenance des États-Unis et qui est ensuite transporté au Canada vers un port canadien en vue de son exportation vers un pays tiers (voir l’ouvrage de Raj Bhala, *Modern GATT Law* (Londres : Sweet & Maxwell, 2005), à la page 471). D’ailleurs, le Canada soutenait également (au paragraphe 6:169) qu’une partie du grain des États-Unis qui entrait dans le réseau canadien de manutention du grain en vrac était destinée à être réexportée vers des pays

“imported”, it is outside the scope of Article III:4 and the Panel’s terms of reference.

[42] The Panel did not deal with this argument since it was satisfied that at least some of the grain in question had been imported into Canada within the meaning of Article III:4, and the United States had not claimed a violation of Article V.

[43] To summarize, the WTO Panel decided that the impugned measures (paragraph 57(c) of the CGA, and subsections 150(1) and (2) of the Act) violated Article III:4 in so far as they affected grain imported into Canada. Canada took the position that the impugned measures did not violate Article III:4 to the extent that they affected foreign-grown grain that was merely in transit in Canada within the meaning of Article V, including grain that was destined for re-export from Canada to a third country. However, the Panel expressly declined to decide this issue, since it was clear that some of the grain affected by the impugned measures was imported, in the sense that it was destined for the domestic Canadian market.

(iii) purpose

[44] One can infer from the WTO Panel’s ruling no more than that it did not regard it as obvious that grain in transit through Canada for re-export from Canada to a third country was thereby “imported” into Canada.

[45] In adding paragraph (b) so as to extend the benefit of the revenue cap to “imported” grain, was Parliament’s purpose to amend the law only to the extent necessary to comply with the Panel’s decision respecting foreign grain imported for the Canadian market? Or did it also intend paragraph (b) to apply to grain brought into Canada for the purpose of re-export from a Canadian port, with the objective of pre-empting a subsequent complaint to the WTO by the United States that, contrary to Canada’s position before the Panel, such grain was

tiers. Il affirmait en conséquence que, dans la mesure où l’article 57 de la Loi sur les grains affectait le grain qui est en transit et qui n’est par conséquent pas « importé », il ne relevait ni de l’article III:4 ni du mandat du groupe spécial.

[42] Le groupe spécial n’a pas abordé cet argument étant donné qu’il était convaincu qu’au moins une partie du grain en question avait été importée au Canada au sens de l’article III:4 et que les États-Unis ne prétendaient pas que l’article V avait été violé.

[43] Pour résumer, le groupe spécial a décidé que les mesures contestées (l’alinéa 57c) de la Loi sur les grains et les paragraphes 150(1) et (2) de la Loi) violaient l’article III:4 dans la mesure où elles affectaient le grain importé au Canada. Le Canada soutenait que les mesures contestées ne violaient pas l’article III:4 dans la mesure où elles affectaient le grain cultivé à l’étranger qui se trouvait seulement en transit au Canada au sens de l’article V, y compris le grain destiné à être réexporté vers des pays tiers à partir du Canada. Le groupe spécial a toutefois expressément refusé de trancher cette question, puisqu’il était clair qu’une partie du grain affecté par les mesures contestées était importée, en ce sens qu’elle était destinée au marché intérieur canadien.

iii) Objet

[44] Tout ce qu’on peut déduire de la décision du groupe spécial, c’est qu’il ne considérait pas comme évident que le grain en transit au Canada en vue d’être réexporté du Canada vers un pays tiers était de ce fait « importé » au Canada.

[45] En ajoutant l’alinéa b) en vue d’étendre au grain « importé » les avantages conférés par le plafond de revenu, le législateur cherchait-il à ne modifier la loi que dans la mesure nécessaire pour se conformer à la décision du groupe spécial en ce qui concerne le grain étranger importé pour le marché canadien? Ou voulait-il aussi que l’alinéa b) s’applique au grain introduit au Canada en vue d’être réexporté à partir d’un port canadien pour empêcher par la suite les États-Unis de porter plainte devant l’OMC pour affirmer que,

nonetheless “imported” for the purpose of Article III:4, and not “in transit”?

[46] If the legislative record makes it clear that paragraph (b) was introduced to achieve the former, more limited objective, this would support CN’s contention that the CTA’s broader interpretation of “imported”, as including grain brought into Canada for re-export, was unreasonable. I turn therefore to examine that record.

[47] Testimony was given to the Standing Committee on Bill C-40, *An Act to amend the Canada Grain Act and the Canada Transportation Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004 (as passed by the House of Commons, May 19, 2005), which proposed amendments to the Act to include imported grain under the revenue cap. This testimony supports the view that the amendments were intended to apply to American grain that entered Canada *en route* to a west coast port for export to a third country.

[48] Thus, Mr. Howard Migie, Director General, Strategic Policy Branch, Department of Agriculture and Agri-Food, said in his opening remark (House of Commons. Standing Committee on Agriculture and Agri-Food, *Evidence*, 1st Sess., 38th Parl., No. 039 (4 May, 2005) (Standing Committee Evidence), at page 2):

The provisions we have put forward do not apply to grain in transit. It’s clear it’s only for imported grain. But grain that is imported and then exported is eligible. That way we are meeting the national treatment provisions. [Emphasis added.]

[49] Mr. Migie noted that the amendments had originally been drafted so as to exclude from the revenue cap foreign-grown grain shipped through Canada for re-export to a third country. However, it was thought that a broader amendment was necessary in order to comply

contrairement à la thèse défendue par le Canada devant le groupe spécial, ce grain était néanmoins « importé » au sens de l’article III:4, et n’était pas « en transit »?

[46] Si l’historique législatif de l’alinéa b) démontrait de façon évidente que cette disposition a été adoptée pour atteindre le premier objectif susmentionné, qui est plus restreint, on y trouverait un appui en faveur de la thèse du CN suivant laquelle l’interprétation plus large que l’Office a faite du mot « importé » en considérant qu’il englobe le grain introduit au Canada en vue de sa réexportation était déraisonnable. Je vais examiner l’historique législatif en question.

[47] Le Comité permanent sur le projet de loi C-40, *Loi modifiant la Loi sur les grains du Canada et la Loi sur les transports au Canada*, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 2004 (adopté par la Chambre des communes le 19 mai 2005), qui proposait des modifications à la Loi de manière à assujettir également le grain importé au plafond de revenu, a entendu certains témoignages. Ces témoignages appuient l’opinion que les modifications étaient censées s’appliquer au grain américain introduit au Canada *en route* vers un port de la côte ouest en vue de son exportation vers un pays tiers.

[48] Voici ce que M. Howard Migie (directeur général, Direction générale des politiques stratégiques, ministère de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire) déclare dans ses observations préliminaires (Chambre des communes. Comité permanent de l’agriculture et de l’agroalimentaire, *Témoignages*, fascicule n° 039, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 4 mai 2005, à la page 2 (Témoignages devant le comité permanent)) :

Les dispositions que nous avons prévues ne s’appliquent pas au grain en transit au Canada, mais seulement au grain importé. Par contre, le grain importé pour être exporté est admissible. Nous respectons ainsi les dispositions sur le traitement national. [Non souligné dans l’original.]

[49] Monsieur Migie a fait remarquer que les modifications avaient d’abord été rédigées de manière à exclure du plafond de revenu le grain cultivé à l’étranger expédié au Canada en vue d’être réexporté vers un pays tiers. On estimait toutefois qu’une modification plus

with Article III:4. He explained the Government's position as follows (at page 2):

We would be out of compliance if we were to say grain that was legally imported into Canada and then later exported would be from now on called "grain in transit" under this bill. Because our traditional view of the words "import" and "grain in transit" means if it's imported and then exported, that is considered imported. If grain is in transit now, the way we have it — where it doesn't stop anywhere and doesn't get unloaded — that is in transit. We feel we would be challenged by the U.S. and out of compliance again; therefore, we have not gone that route.

[50] This passage indicates that those responsible for the proposed amendments intended to include export-bound foreign grain in the revenue cap, in order to avoid another American challenge. This supports the CTA's interpretation of "imported".

[51] However, as noted above, Canada had taken the position in the WTO proceeding that subsections 150(1) and (2) did not violate Article III:4 in so far as they affected the movement by rail of foreign-grown grain that entered Canada for re-export to a third country. Such grain was not "imported", it was argued, but "in transit" and covered by Article V, not Article III:4. Mr. Migie, on the other hand, seemed to be of the view that American grain is "in transit" only if it enters Canada from the United States, is transported through Canada, and then re-enters the United States, without stopping or being unloaded.

[52] Officials from CN and CP who testified at the Committee hearing were critical of the proposed amendments and argued that the revenue cap should not apply to export-bound foreign grain. As Ms. Janet Weiss, General Manager, Grain, Bulk Commodities and Government Affairs, Canadian Pacific Railway Company, put it, the amendment should only apply to foreign grain that "truly is being imported and is not simply being moved to position for export out of Canada" (Standing Committee Evidence, at page 12). In response to this

large était nécessaire pour pouvoir se conformer à l'article III:4. Il a expliqué comme suit la position du gouvernement (à la page 2) :

Nous croyons que cette disposition ne respecterait pas les exigences. Ce serait contraire aux règles si le grain importé légalement au Canada en vue d'être exporté était considéré comme du « grain en transit » conformément au projet de loi. D'après la définition en vigueur des mots « importation » et « en transit », le grain importé puis exporté est considéré importé. Le grain est considéré être en transit s'il n'arrête nulle part et n'est pas déchargé. Si ce n'était pas le cas, nous pensons que cela inciterait les États-Unis à contester la disposition devant l'OMC et que le Canada perdrait cette contestation encore une fois; par conséquent, nous ne le ferons pas.

[50] Il ressort de cet extrait que les auteurs des modifications proposées entendaient inclure le grain étranger destiné à l'exportation dans le plafond de revenu, pour éviter une autre contestation des États-Unis. Cet extrait confirme l'interprétation du mot « importé » qu'a retenue l'Office.

[51] Toutefois, comme nous l'avons déjà signalé, le Canada avait adopté le point de vue, devant l'OMC, que les paragraphes 150(1) et (2) ne violaient pas l'article III:4 dans la mesure où ils affectaient le mouvement par voie ferrée du grain cultivé à l'étranger qui était introduit au Canada en vue d'être réexporté vers un pays tiers. Suivant le Canada, ce grain n'était pas « importé », mais était « en transit » de sorte qu'il relevait de l'article V, et non de l'article III:4. Monsieur Migie, en revanche, semblait estimer que le grain américain n'était « en transit » que s'il était introduit au Canada en provenance des États-Unis pour être ensuite transporté sur le territoire canadien et être réintroduit aux États-Unis, sans être déchargé et sans qu'il y ait un arrêt.

[52] Les représentants du CN et du CP qui ont témoigné lors des audiences du comité ont critiqué les modifications proposées et ont soutenu que le plafond de revenu ne devait pas s'appliquer au grain étranger destiné à l'exportation. Ainsi que M<sup>lle</sup> Janet Weiss (directrice générale, Céréales, Marketing et ventes (vrac), Chemin de fer Canadien Pacifique) l'a expliqué, les modifications devaient s'appliquer seulement au grain étranger « qui est vraiment importé et non à celui qui est destiné à un marché d'exportation » (Témoignages

argument, Mr. Migie said that that approach would be contrary to Canada's traditional understanding of the difference between "imports" and "in transit" (House of Commons. Standing Committee on Agriculture and Agri-Food, *Evidence*, 1st Sess., 38th Parl., No. 041 (10 May, 2005), at page 4):

... and we would have another challenge to the decision that would probably be successful. The ruling the WTO made said we have to provide national treatment to imports. We do not have to provide national treatment to something in transit, and that's what this amendment does. What CP's amendment does, in my view, is change the definition; it puts in a definition of "in transit" that would cover imports that then go to B.C. ports for export.

[53] This interchange underlines the Government's view that if foreign grain that entered Canada for re-export from a west coast port was not brought under the revenue cap, Canada would probably be found to be in breach of Article III:4. Again, this is the very opposite of the position that Canada had taken before the WTO, namely that, for the purpose of Article III:4, such grain was not "imported" but in transit.

[54] The debates on Bill C-40 provide no support for the view that the proposed amendments were only intended to include in the revenue cap earnings from the rail movement of foreign grain in Canada that had been imported for sale or consumption in the domestic Canadian market. Indeed, Mr. Tony Martin MP criticized the Bill precisely because, in his view, by including grain entering Canada for re-export to a third country, it went further than was required to comply with the WTO Panel's ruling (*House of Commons Debates*, No. 084 (18 April, 2005), at page 5200).

[55] Only the following statement (at page 5190) by the Hon. Carolyn Bennett, Minister of State (Public Health) might be thought to lend support to a narrower interpretation of "imported":

devant le comité permanent, à la page 12). En réponse à cet argument, M. Migie a déclaré que cette façon de voir sera incompatible avec la conception canadienne traditionnelle de la différence entre les expressions « importations » et « en transit » (Chambre des communes. Comité permanent de l'agriculture et de l'agroalimentaire, *Témoignages*, fascicule n° 041, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 10 mai 2005, à la page 4) :

[...] et nous serions alors confrontés à une autre contestation qui aurait probablement gain de cause. La décision rendue par l'OMC stipule que nous devons offrir le traitement national aux importations. Nous n'avons pas besoin d'accorder le traitement national aux biens en transit et c'est ce que prévoit de faire cet amendement. L'amendement du CP, à mon avis, change la définition; il propose une définition de « en transit » qui engloberait les importations transportées ensuite vers des ports de Colombie-Britannique pour exportation.

[53] Cet échange fait ressortir l'avis du gouvernement selon lequel si le grain étranger introduit au Canada en vue d'être réexporté depuis un port de la côte ouest n'était pas introduit en respectant le plafond de revenu, on reprocherait probablement au Canada d'avoir violé l'article III:4. Là encore, cette proposition contredit carrément la position que le Canada avait adoptée devant l'OMC, en l'occurrence que, pour l'application de l'article III:4, ce grain n'est pas « importé » mais est en transit.

[54] Les débats sur le projet de loi C-40 n'appuient pas l'opinion que les modifications proposées ne visaient qu'à inclure dans le plafond de revenu les recettes tirées du mouvement ferroviaire de grain étranger importé au Canada en vue d'être vendu ou consommé sur le marché intérieur canadien. D'ailleurs le député Tony Martin critiquait le projet de loi précisément parce qu'à son avis, en incluant le grain introduit au Canada en vue d'être réexporté vers un pays tiers, ce projet de loi allait plus loin que ce qui était nécessaire pour se conformer à la décision du groupe spécial (*Débats de la Chambre des communes*, n° 084 (18 avril 2005), à la page 5200).

[55] Seule l'intervention suivante (à la page 5190) de l'honorable Carolyn Bennett, (ministre d'État (Santé publique)) pourrait être considérée comme appuyant une interprétation plus étroite du terme « importé » :

... the revenue cap will be extended to foreign grain that is imported into Canada. It will not apply to foreign grain that is in transit through Canada to some other destination.

[56] In my opinion, however, when read in light of Mr. Migie’s more detailed explanation of the intended scope of the word “imported”, the Minister may have meant simply that the cap did not include grain that was “in transit” in Mr. Migie’s sense. That is, she was referring to grain that enters Canada, and is transported in Canada before re-entering the United States, without stopping or being unloaded, not to grain that enters Canada to be re-exported from a west coast port to a third country.

(iv) conclusion

[57] On the basis of the legislative history of paragraph (b) of the definition of “grain” in section 147 of the Act, I have concluded that the CTA reasonably interpreted “imported” to include foreign-grown grain brought into Canada to be transported to a west coast port for re-export to a third country. Accordingly, it did not err in law when it included CN’s earnings from these movements in its revenue cap. That the CTA’s reasons did not explore this history does not render its decision unreasonable.

Issue 3: Was it unreasonable for the CTA to decide that CN’s lifting of grain containers from a road truck onto a rail car was “the carriage of grain over a railway line”?

[58] The revenue cap is imposed by subsection 150(1) with respect to a prescribed railway company’s revenues “from the movement of grain”. The issue under consideration here arises from the definition in section

Ce plafond sera même étendu aux céréales étrangères qui sont importées au Canada. Il ne s’appliquera pas, cependant, aux céréales étrangères en transit dans notre pays vers une autre destination.

[56] J’estime toutefois que, lorsqu’on lit cette intervention à la lumière des explications plus détaillées données par M. Migie au sujet de la portée que l’on entendait donner au mot « importé », le ministre voulait sans doute simplement dire que le plafond n’englobait pas le grain qui était « en transit » au sens où M. Migie employait cette expression. Autrement dit, la ministre songeait au grain qui est introduit au Canada pour être transporté au Canada avant d’être réintroduit aux États-Unis sans être déchargé et sans qu’il y ait un arrêt, et non au grain qui est introduit au Canada en vue d’être réexporté depuis un port de la côte ouest vers un pays tiers.

iv) Conclusion

[57] À la lumière de l’historique législatif de l’alinéa b) de la définition du mot « grain » à l’article 147 de la Loi, j’en arrive à la conclusion que l’Office a interprété raisonnablement le mot « importé » en estimant qu’il englobait le grain cultivé à l’étranger qui est introduit au Canada pour être transporté vers un port de la côte ouest en vue d’être réexporté vers un pays tiers. En conséquence, l’Office n’a pas commis d’erreur de droit en incluant les recettes tirées par le CN de ces mouvements dans son plafond de revenu. Le fait que l’Office n’a pas analysé l’historique en question dans ses motifs ne rend pas sa décision déraisonnable.

Troisième question : Était-il déraisonnable de la part de l’Office de conclure que le levage de conteneurs de grain se trouvant à bord de camions et leur déchargement dans des wagons constituaient « du transport du grain sur une ligne de chemin de fer »?

[58] Le plafond de revenu est, aux termes du paragraphe 150(1), imposé sur les recettes tirées « du mouvement du grain » par une compagnie de chemin de fer régie. La question à examiner découle de la définition

147 of “movement”. It says: “‘movement’, in respect of grain, means the carriage of grain ... over a railway line” (“sur toute ligne”).

[59] CN argues that the words “carriage ... over a railway line” have a clear meaning and cannot reasonably be interpreted as including the activity of lifting containers from a truck onto a flat-bed rail car. Hence, the earnings of CN from lifting grain containers from truck to rail car cannot be included in its cap revenues.

[60] Moreover, counsel says, the CTA misstated the legally relevant question when it said (at paragraph 81):

The issue here is whether lifting relates to the carriage of grain by a prescribed railway company over a railway line. CN’s argument that lifting costs do not relate to the carriage of grain over a railway line simply because they are not an over a railway line activity, is not valid. Lifting is a service that the railway companies provide and which is integral to containerized rail movement.

The error here, counsel alleges, is that the question is not whether lifting “relates to the carriage of grain ... over a railway line” or is “integral to containerized rail movement”, but whether lifting is carriage over a railway line. Rather, it is said, lifting is a “pre-rail activity” undertaken to enable grain to be carried over a railway line; it is not itself the carriage of grain “over a railway line”.

[61] In my view, this is an unduly narrow and literal view of the text and of the meaning that the disputed words may reasonably bear. Again, context is an important factor in determining the reasonableness of the CTA’s interpretation. As the CTA indicated (at paragraph 79), the function of the definition is to distinguish between the rail and non-rail activities of railway companies.

du terme « mouvement du grain » à l’article 147 : « Transport du grain par une compagnie de chemin de fer régie sur toute ligne » (« *over a railway line* »).

[59] Le CN soutient que le sens des mots « [t]ransport [...] sur toute ligne » est clair et qu’on ne saurait raisonnablement interpréter ces mots comme englobant l’activité consistant à transborder des conteneurs se trouvant à bord d’un camion pour les décharger dans un wagon plat. Les recettes tirées par le CN du transbordement de conteneurs de camions dans des wagons plats ne peuvent être incluses dans ses revenus assujettis au plafond.

[60] L’avocat ajoute que l’Office a mal formulé la question juridique pertinente lorsqu’il dit ce qui suit (au paragraphe 81) :

La question qui se pose consiste à déterminer si le levage des conteneurs fait partie du transport du grain par une compagnie de chemin de fer régie sur une ligne de chemin de fer. L’argument de CN selon lequel les coûts de levage ne font pas partie du transport du grain sur une ligne de chemin de fer, simplement du fait que ce n’est pas une activité qui se fait sur une ligne de chemin de fer, n’est pas valide. Le levage est un service que les compagnies de chemin de fer fournissent et qui fait partie intégrante du mouvement ferroviaire conteneurisé.

Suivant l’avocat, l’erreur réside ici dans le fait que la question qui se pose ne consiste pas à déterminer si le levage des conteneurs « fait partie du transport du grain [...] sur une ligne de chemin de fer » ou « fait partie intégrante du mouvement ferroviaire conteneurisé », mais bien celle de savoir si le levage constitue du transport sur une ligne de chemin de fer. Le levage constituerait plutôt une « activité en amont » qui vise à assurer le transport du grain par chemin de fer; il ne constitue pas en soi du transport du grain « sur toute ligne [de chemin de fer] ».

[61] À mon avis, il s’agit d’une conception indûment étroite et littérale du texte et du sens que l’on peut raisonnablement attribuer aux mots contestés. Là encore, le contexte joue un rôle important lorsqu’il s’agit de déterminer si l’interprétation de l’Office est raisonnable. Ainsi que l’Office l’a expliqué (au paragraphe 79), la définition vise à établir une distinction entre les activités

Only revenue derived from the former is included in the calculation of the revenue cap.

[62] To turn to the text of the provision in question, the Act does not define the term “railway line”. However, in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transportation Agency* (1999), 251 N.R. 245 (F.C.A.), Justice Rothstein [at he then was] distinguished “railway” from “railway line” by saying (at paragraph 14):

Although the term “railway line” is narrower than “railway”, it still covers the structure and communication or signalling system, whether between termini or in a railway yard.

[63] On the basis of this explanation, the lifting equipment could reasonably be characterized as covered by the term “railway line”. It is situated alongside the track, has no function other than loading containers onto rail cars and *vice versa*, and for all practical purposes is essential for enabling grain in containers to be carried by rail.

[64] Unless clearly prohibited by the text of the definition, the CTA’s interpretation of “over a railway line” should be able to demarcate rail from non-rail activities in the light of technological changes and other developments in transportation. The developments relevant to the present case are the greater efficiencies of intermodal road/rail transportation and the increased use of containers to achieve this. As a result, railway companies can offer their customers a door-to-door delivery service at a single composite price. In contrast, the use of grain elevators has declined, because of the expense of trucking grain by road from the farm gate to the nearest point on the railway line, unloading it into an elevator, unloading it from the elevator into a hopper car, and maintaining the necessary railway lines.

ferroviaires et les activités non ferroviaires des compagnies de chemin de fer : seul le revenu tiré des premières est inclus dans le calcul du plafond de revenu.

[62] Pour ce qui est du libellé de la disposition en question, la Loi ne définit pas l’expression « ligne de chemin de fer ». Toutefois, dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 1999 CanLII 9117 (C.A.F.), le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême] établit une distinction entre les expressions « chemin de fer » et « ligne de chemin de fer » (au paragraphe 14) :

Il est vrai que l’expression « ligne de chemin de fer » a un sens plus étroit que le terme « chemin de fer », mais elle englobe néanmoins la superstructure et le système de communication ou de signalisation, que la ligne de chemin de fer se trouve entre des terminus ou dans une cour de triage.

[63] À la lumière de ces explications, il serait raisonnable de penser que l’équipement de levage est visé par l’expression « ligne de chemin de fer ». Il est situé le long de la voie, sert uniquement au chargement et au déchargement de conteneurs à bord de wagons et est en réalité essentiel pour permettre le transport ferroviaire de grain se trouvant dans des conteneurs.

[64] Sauf si le libellé de la définition l’interdit clairement, l’interprétation que l’Office a faite de l’expression « sur toute ligne [de chemin de fer] » devrait permettre d’établir une distinction entre les activités ferroviaires et les activités non ferroviaires en tenant compte des changements technologiques et des développements survenus dans le domaine du transport. Les développements qui nous intéressent en l’espèce sont la plus grande efficacité du transport intermodal route-rail et l’utilisation accrue de conteneurs pour y parvenir. Les compagnies de chemin de fer sont ainsi en mesure d’offrir à leurs clients un service de livraison à la porte en facturant un prix composite unique. En revanche, on recourt de moins en moins aux silos-élévateurs, en raison des frais engendrés par le transport par camion de la ferme au point le plus rapproché de la ligne de chemin de fer, le déchargement du grain dans un silo, le déchargement du grain dans un wagon-trémie et l’entretien nécessaire de la voie ferrée.

[65] Loading grain from an elevator into a hopper car is not considered a rail activity. However, the CTA concluded (at paragraph 79) that lifting a grain container from a truck onto a rail car and *vice versa* was different because it:

... is done by the railway companies using railway company labour and equipment, operating on railway company land.

These seem to me reasonable grounds on which to distinguish CN's lifting service from loading grain into a hopper from an elevator.

[66] In my opinion, the CTA did not err in law when it framed the issue in terms of the integration of CN's lifting service to the carriage of grain over a railway line. Its conclusion that, because of the high degree of integration, the lifting was properly characterized as a rail activity or "carriage ... over a railway line" was not unreasonable, particularly in view of Justice Rothstein's elucidation of the scope of the words "railway line", and of the context and purpose of the provision.

Issue 4: Did the CTA err in law by concluding that the payment by (the shipper) to CN for not fulfilling its contractual promise to ship a specified percentage of its grain with CN was not reasonably characterized as a "performance penalty" within the meaning of paragraph 150(3)(b)?

[67] As already indicated, this issue is effectively determined by the decision of this Court in *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2009 FCA 46. Referring to contractual provisions analogous to those in the present case, Justice Pelletier, writing for the Court, said (at paragraph 24):

The fact that CP could receive revenue on two accounts—one of which is to be included in the revenue cap calculation, and one which is not—does not mean that it must choose to structure its affairs so that all revenue is included in the

[65] Le déchargement du grain d'un silo et son chargement dans un wagon-trémie n'est pas considéré comme une activité ferroviaire. L'Office conclut toutefois (au paragraphe 79) que le chargement et le déchargement de conteneurs à bord de camions et de wagons est une opération différente car dans ce cas le levage des conteneurs :

[...] se fait par les compagnies de chemin de fer qui utilisent leur main-d'œuvre et leur équipement sur leur terrain.

Il s'agit, me semble-t-il, de motifs raisonnables de distinguer les services de levage offerts par le CN du déchargement du grain d'un silo dans un wagon-trémie.

[66] À mon avis, l'Office n'a pas commis d'erreur de droit en formulant la question en intégrant les services de levage du CN au transport du grain sur une ligne de chemin de fer. Sa conclusion qu'en raison du degré élevé d'intégration, le levage était à juste titre qualifié d'activité ferroviaire ou de « [t]ransport [...] sur toute ligne [de chemin de fer] » n'était pas déraisonnable, surtout si l'on tient compte des éclaircissements donnés par le juge Rothstein au sujet de la portée des mots « ligne de chemin de fer » et si l'on tient compte du contexte et de l'objet de la disposition en cause.

Quatrième question : L'Office a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la somme versée par (l'expéditeur) au CN en raison de son défaut de respecter son engagement contractuel d'expédier un pourcentage déterminé de son grain au CN ne pouvait raisonnablement être qualifiée d'« amende[] pour non-exécution » au sens de l'alinéa 150(3)b)?

[67] Comme nous l'avons déjà expliqué, l'arrêt *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2009 CAF 46, de notre Cour a pour effet de résoudre cette question. Citant des dispositions contractuelles semblables à celles dont il s'agit en l'espèce, le juge Pelletier, qui écrivait au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit (au paragraphe 24) :

Le fait que CP pouvait toucher des recettes à deux titres — et que, dans un cas, il pouvait tenir compte de ce montant dans le calcul du plafond de revenu, mais pas dans le second cas — ne signifie pas qu'il doit choisir de structurer ses affaires de

revenue cap calculation. In this case, it is clear that the Agency regarded the scheme contained in the three relevant tariffs as a graduated incentive scheme. CP may well have been able to obtain the efficiencies it sought by structuring its incentive program to provide for graduated incentives. Instead, it chose to seek those efficiencies by resorting to a combination of incentives and penalties. The fact that CP could have proceeded by way of a graduated incentive scheme is not a reason for concluding, contrary to the legal form and effect of the relevant tariffs, that it did so.

[68] Counsel for the CTA had no submissions to make in response to CN's argument that the above passage is equally applicable to the facts of the present case. I agree that, in light of the above decision, which was rendered after the CTA's decision under review in this appeal, the CTA erred in law when it decided that (the shipper)'s payment was not reasonably characterized as a performance penalty. It should have been excluded entirely from CN's revenue cap calculation in accordance with paragraph 150(3)(b).

## F. CONCLUSIONS

[69] For these reasons, I would allow the appeal in part, set aside the decision of the Canadian Transportation Agency relating to the performance penalty, and remit that matter to the CTA for re-determination on the basis that the payment is reasonably characterized as a performance penalty, no part of which is to be included in the calculation of CN's revenue cap. In all other respects, I would dismiss the appeal. Since success on the appeal is divided, I would award no costs.

NADON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

manière à ce que tous ses revenus entrent dans le calcul du plafond de revenu. En l'espèce, il est évident que l'Office estimait que le mécanisme prévu par les trois tarifs applicables constituait un régime progressif de primes d'incitation. CP aurait fort bien pu obtenir les avantages qu'il recherchait en structurant son programme de primes d'incitation de manière à prévoir le versement de primes d'incitation progressives. Il a plutôt choisi de réclamer ces avantages en recourant à une combinaison de mesures incitatives et d'amendes. Le fait que CP aurait pu opter pour un système de primes d'incitation progressives ne permet pas de conclure, en contradiction avec la forme et l'effet juridiques des tarifs applicables, qu'il a agi de la sorte.

[68] L'avocate de l'Office n'a présenté aucune observation en réponse à l'argument du CN suivant lequel le passage précité s'applique également aux faits de la présente affaire. Je suis d'accord pour dire que compte tenu de l'arrêt précité, qui a été rendu après la décision de l'Office qui fait l'objet du présent appel, l'Office a commis une erreur de droit en décidant que la somme versée par (l'expéditeur) au CN ne pouvait raisonnablement être qualifiée d'« amende pour non-exécution ». Cette somme aurait dû, conformément à l'alinéa 150(3)b), être exclue en entier du calcul du plafond de revenu du CN.

## F. CONCLUSIONS

[69] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie, d'annuler la décision de l'Office des transports du Canada se rapportant à l'amende pour non-exécution et de renvoyer l'affaire à l'Office pour qu'il rende une nouvelle décision en partant du principe que la somme payée est raisonnablement qualifiée d'amende pour non-exécution, et qu'aucune partie de cette somme ne doit entrer dans le calcul du plafond de revenu du CN. À tous autres égards, je rejeterais l'appel. Comme chacune des parties obtient en partie gain de cause, je n'adjudgerai pas de dépens.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-311-09  
2010 FCA 100

A-311-09  
2010 CAF 100

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant)

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

v.

c.

**Sharareh Saji** (Respondent)

**Sharareh Saji** (intimée)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**  
**v. SAJI**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**  
**c. SAJI**

Federal Court of Appeal, Noël, Evans and Dawson  
J.J.A.—Toronto, April 12 and 14, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Evans et Dawson,  
J.C.A.—Toronto, 12 et 14 avril 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal under Federal Courts Act, s. 27 from Federal Court order dismissing motion to strike as out of time respondent's notice of application to appeal Citizenship Judge's negative decision — Citizenship Judge mailing notice of decision to respondent, but that notice misplaced — As a result, respondent filing notice of application to appeal outside prescribed time limit — Issues whether Citizenship Act, s. 14(6) ousting jurisdiction of Court to hear appeal from Federal Court interlocutory judgment; whether motions Judge erring in dismissing motion — S. 14(6) not ousting Court's jurisdiction herein — Decision of Federal Court disposing of motion not related to ultimate question not precluded from being appealed to Federal Court of Appeal — S. 14(6) also not applying to questions of unconstitutionality, procedural unfairness — Applying only to procedurally fair determination by Federal Court of whether Citizenship Judge erring in deciding citizenship application — Motions Judge erring in dismissing motion to strike — Sixty-day period under Act, s. 14(5)(b) starting at date of mailing — Words "or otherwise given under subsection (3)" applying only where notice given other than by mail — Limitation period mandatory — Appeal allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel interjeté en vertu de l'art. 27 de la Loi sur les Cours fédérales à l'encontre d'une ordonnance rejetant la requête visant à faire radier, pour cause de retard, l'avis d'appel déposé par l'intimée à l'égard de la décision d'un juge de la citoyenneté de rejeter sa demande de citoyenneté — Un juge de la citoyenneté a posté un avis de la décision à l'intimée, mais l'avis a été égaré — En conséquence, l'intimée n'a pas déposé son avis d'appel dans le délai prescrit — Il s'agissait de savoir si l'art. 14(6) de la Loi sur la citoyenneté écarte la compétence conférée à la Cour d'entendre l'appel d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale et si le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la requête — L'art. 14(6) n'écarte pas la compétence de la Cour en l'espèce — Il n'est pas interdit d'interjeter appel d'une décision de la Cour fédérale sur une requête qui ne porte pas sur la question ultime devant la Cour d'appel fédérale — De même, l'art. 14(6) ne s'applique pas aux questions relatives au caractère anticonstitutionnel ou au fait que l'audience aurait été inéquitable sur le plan de la procédure — Il ne s'applique qu'aux décisions de la Cour fédérale rendues conformément à l'équité procédurale sur la question de savoir si le juge de la citoyenneté avait commis une erreur en tranchant la demande de citoyenneté — Le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la requête visant à faire radier l'appel — Le délai de 60 jours prévu à l'art. 14(5)(b) de la Loi commence à la date de la mise à la poste — Les mots « ou tout autre moyen » (« or otherwise given under subsection (3) ») s'appliquent seulement dans les cas où la communication est donnée autrement que par courrier — Le délai est de rigueur — Appel accueilli.*

*Federal Court of Appeal Jurisdiction — Federal Court dismissing motion to strike as out of time respondent's notice of application to appeal Citizenship Judge's negative decision — Whether Citizenship Act, s. 14(6) ousting jurisdiction of*

*Compétence de la Cour d'appel fédérale — La Cour fédérale a rejeté la requête visant à faire radier, pour cause de retard, l'avis d'appel déposé par l'intimée à l'égard de la décision défavorable d'un juge de la citoyenneté de rejeter*

*Court under Federal Courts Act, s. 27(1)(c) to hear appeal from Federal Court interlocutory judgment — S. 14(6) not ousting Court’s jurisdiction herein — Words “pursuant to an appeal under subsection (5)” not broadening scope of s. 14(6) beyond ultimate question appealed to Federal Court — S. 14(6) thus not precluding appeal from Federal Court decision disposing of motion not related to ultimate question — S. 14(6) also not applying to questions of unconstitutionality, procedural unfairness.*

This was an appeal under section 27 of the *Federal Courts Act* from an order of the Federal Court dismissing the Minister’s motion to strike as out of time the respondent’s notice of application to appeal a citizenship judge’s refusal to approve her application for citizenship.

The respondent had not filed the notice of application to appeal within the time limit prescribed by paragraph 14(5)(b) of the *Citizenship Act*. The letter containing the notice of the Citizenship Judge’s decision was misplaced. As a result, the respondent filed a notice of application to appeal more than 60 days after the letter was mailed, but less than 60 days after the respondent became aware of the letter.

At issue was whether subsection 14(6) of the *Citizenship Act* ousts the appellate jurisdiction of the Court under paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act* to hear an appeal from an interlocutory judgment of the Federal Court, and whether, if the Court has jurisdiction to hear this appeal, the motions Judge committed a reversible error in dismissing the Minister’s motion to strike the respondent’s appeal.

*Held*, the appeal should be allowed.

Subsection 14(6) does not oust the Court’s jurisdiction under paragraph 27(1)(c) over the motions Judge’s dismissal of the motion to strike. While subsection 14(6) precludes an appeal to the Court from a decision of the Federal Court “pursuant to an appeal under subsection (5)”, those words do not broaden the scope of subsection 14(6) beyond the ultimate question appealed to the Federal Court, i.e. whether the Citizenship Judge erred in approving or not an application for citizenship, as is revealed by the French version, which suggests a narrower meaning. The words “pursuant to” do not include every Federal Court decision made in the context of a citizenship appeal. Thus, a decision by the Federal Court

*sa demande de citoyenneté — Il s’agissait de savoir si l’art. 14(6) de la Loi sur la citoyenneté écarte la compétence conférée à la Cour par l’art. 27(1)(c) de la Loi sur les Cours fédérales d’entendre l’appel d’un jugement interlocutoire de la Cour fédérale — L’art. 14(6) n’écarte pas la compétence de la Cour en l’espèce — Les mots « rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) » n’élargissent pas la portée de l’art. 14(6) au-delà de la question ultime qui fait l’objet de l’appel à la Cour fédérale — L’art. 14(6) ne fait pas donc obstacle à un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale sur une requête visant à faire radier un appel qui ne porte pas sur la question ultime — De même, l’art. 14(6) ne s’applique pas aux questions relatives au caractère anticonstitutionnel ou au fait que l’audience aurait été inéquitable sur le plan de la procédure.*

Il s’agissait d’un appel interjeté en vertu de l’article 27 de la *Loi sur les Cours fédérales* à l’encontre d’une ordonnance de la Cour fédérale rejetant la requête du ministre visant à faire radier, pour cause de retard, l’avis d’appel déposé par l’intimée à l’égard de la décision d’un juge de la citoyenneté de rejeter sa demande de citoyenneté.

L’intimée n’avait pas déposé son avis d’appel dans le délai prévu à l’alinéa 14(5)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*. La lettre contenant l’avis de la décision du juge de la citoyenneté avait été égarée. En conséquence, l’intimée avait déposé un avis d’appel plus de 60 jours après la mise à la poste, mais moins de 60 jours après que l’intimée a pris connaissance de la lettre.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le paragraphe 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté* écarte la compétence conférée à la Cour par l’alinéa 27(1)(c) de la *Loi sur les Cours fédérales* d’entendre l’appel d’un jugement interlocutoire de la Cour fédérale et, si la Cour est compétente pour entendre l’appel, si le juge des requêtes avait commis une erreur susceptible de révision en rejetant la requête du ministre visant à faire radier l’appel de l’intimée.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

Le paragraphe 14(6) n’écarte pas la compétence conférée à la Cour par l’alinéa 27(1)(c) d’entendre l’appel de la décision par laquelle le juge des requêtes a rejeté la requête en radiation. Bien que le paragraphe 14(6) interdit d’interjeter appel à la Cour d’une décision de la Cour fédérale « rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) », ces mots n’élargissent pas la portée du paragraphe 14(6) au-delà de la question qui fait l’objet de l’appel à la Cour fédérale, soit la question de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur en approuvant ou en rejetant une demande de citoyenneté, tel qu’il appert de la version française, qui fait ressortir un sens plus étroit. Les termes « *pursuant to* » (« *rendue sur* ») ne

disposing of a motion that is not related to the ultimate question is not precluded by subsection 14(6) from being appealed to the Federal Court of Appeal. Neither does subsection 14(6) apply if the ground of appeal is the unconstitutionality of the legislation or procedural unfairness before the Federal Court. The preclusion of an appeal by subsection 14(6) applies only to a procedurally fair determination by the Federal Court of whether the Citizenship Judge erred in deciding the citizenship application.

The motions Judge erred in dismissing the Minister's motion to strike the respondent's appeal. The plain meaning of paragraph 14(5)(b) of the Act is that when a notice is mailed, the 60-day period starts at the date of mailing. The words "or otherwise given under subsection (3)" apply only where the notice is given other than by mail. In addition, the limitation period in subsection 14(5) of the Act is mandatory and may not be extended by the Federal Court.

couvrent pas toutes les décisions rendues par la Cour fédérale dans le contexte d'un appel en matière de citoyenneté. Donc, le paragraphe 14(6) ne fait pas obstacle à un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale sur une requête visant à faire radier un appel qui ne porte pas sur la question ultime devant la Cour d'appel fédérale. De même, le paragraphe 14(6) ne s'applique pas si le motif d'appel est le caractère anticonstitutionnel de la législation ou le fait que l'audience aurait été inéquitable sur le plan de la procédure devant la Cour fédérale. L'interdiction d'interjeter appel prévue au paragraphe 14(6) ne s'applique qu'aux décisions de la Cour fédérale rendues conformément à l'équité procédurale sur la question de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur en tranchant la demande de citoyenneté.

Le juge des requêtes a commis une erreur en rejetant la requête du ministre visant à faire radier l'appel de l'intimée. Le sens manifeste de l'alinéa 14(5)b) de la Loi est que, lorsque l'avis est posté, le délai de 60 jours commence à la date de la mise à la poste. Les mots « ou tout autre moyen » (« *or otherwise given under subsection (3)* ») s'appliquent seulement dans les cas où la communication est donnée autrement que par courrier. En outre, le délai prévu au paragraphe 14(5) de la Loi est de rigueur et ne peut pas être prolongé par la Cour fédérale.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2(1) "Court", 14 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 230; 2008 c. 14, s. 10), 18(1),(3).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27 (as am. *idem*, s. 34).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 80(3).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 225.2(2), (8),(13).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1, affg [1997] 1 F.C. 828, (1997), 142 D.L.R. (4th) 270, 208 N.R. 21 (C.A.); *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 94, 61 Imm. L.R. (3d) 171, 362 N.R. 81.

##### DISTINGUISHED:

*Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, [2010] 3 C.T.C. 173, 2010 DTC 5029, 401 N.R. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 225.2(2),(8),(13).  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2(1) « Cour », 14 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 230; 2008, ch. 14, art. 10), 18(1),(3).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27 (mod., *idem*, art. 34).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 80(3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391, confirmant [1997] 1 C.F. 828 (C.A.); *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 94.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Tennina c. Canada (Revenu national)*, 2010 CAF 25.

## CONSIDERED:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2002 FCA 518, [2003] 2 F.C. 657, 224 D.L.R. (4th) 158, 26 Imm. L.R. (3d) 1.

## REFERRED TO:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *Papa (Re)*, 2009 FCA 112, 2009 DTC 5090, 388 N.R. 397; *So (Re)*, [1978] F.C.J. No. 922 (T.D.) (QL); *Conroy (Re)* (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

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

APPEAL from an order of the Federal Court dismissing the Minister's motion to strike as out of time the respondent's notice of application to appeal a citizenship judge's refusal to approve her application for citizenship.

## APPEARANCES

*Kristina S. Dragaitis* and *Neil Sampson* for appellant.  
*Wennie Lee* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Lee & Company*, Toronto, for respondent.

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

EVANS J.A.:

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2002 CAF 518, [2003] 2 C.F. 657.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *Papa (Re)*, 2009 CAF 112; *So (Re)*, [1978] A.C.F. n° 922 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Conroy (Re)*, [1979] A.C.F. n° 307 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale rejetant la requête du ministre visant à faire radier, pour cause de retard, l'avis d'appel déposé par l'intimée à l'égard de la décision d'une juge de la citoyenneté de rejeter sa demande de citoyenneté.

## ONT COMPARU

*Kristina S. Dragaitis* et *Neil Sampson* pour l'appelante.  
*Wennie Lee* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Lee & Company*, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

## A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal under section 27 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], by the Minister of Citizenship and Immigration from an order of the Federal Court, dated July 30, 2009, in Court File No. T-548-09. In that order, Justice Hughes (the motions Judge) dismissed the Minister's motion to strike the notice of application filed by Sharareh Saji to appeal a citizenship judge's refusal to approve her application for citizenship on the ground that she had not met the statutory residence requirement.

[2] The basis of the Minister's motion was that Ms. Saji had not filed her notice of application to appeal to the Federal Court within the time limit prescribed by paragraph 14(5)(b) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, that is, 60 days from the day when notice of the Citizenship Judge's decision "was mailed or otherwise given".

[3] The appeal raises two issues. First, is the jurisdiction of this Court under paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act* to hear an appeal from an interlocutory judgment of the Federal Court ousted by subsection 14(6) of the *Citizenship Act*? This provides that a decision of the Federal Court pursuant to an appeal from a decision of a citizenship judge is "final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom." Second, if the Court has jurisdiction to hear this appeal, did the motions Judge commit a reversible error in dismissing the Minister's motion to strike Ms. Saji's appeal as out of time?

[4] In my opinion, the motions Judge's dismissal of the Minister's motion to strike Ms. Saji's application on the ground that it was statute-barred was not a decision "pursuant to an appeal made under subsection (5)" of the *Citizenship Act*, because it was unrelated to the ultimate question to be decided by the Federal Court on the appeal under subsection 14(5), namely, whether the

## A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'article 27 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], concernant une ordonnance de la Cour fédérale, datée du 30 juillet 2009 et portant le numéro de dossier T-548-09. Par cette ordonnance, le juge Hughes (le juge des requêtes) a rejeté la requête du ministre visant à faire radier l'avis d'appel déposé par Sharareh Saji à l'égard de la décision d'un juge de la citoyenneté de rejeter la demande de citoyenneté de celle-ci au motif qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence de cohabitation prévue par la loi.

[2] La requête du ministre reposait sur le fait que M<sup>me</sup> Saji n'avait pas déposé son avis d'appel à la Cour fédérale dans le délai prévu à l'alinéa 14(5)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, soit dans les 60 jours suivant la date de la communication « par courrier ou tout autre moyen » de la décision du juge de la citoyenneté.

[3] L'appel soulève deux questions. Premièrement, le paragraphe 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté* écarte-t-il la compétence conférée à la Cour par l'alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales* d'entendre l'appel d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale? Aux termes de ce paragraphe, la décision de la Cour fédérale rendue sur l'appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté est « définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ». Deuxièmement, si la Cour est compétente pour entendre l'appel, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de révision en rejetant la requête du ministre visant à faire radier l'appel de M<sup>me</sup> Saji pour cause de retard?

[4] À mon avis, la décision par laquelle le juge des requêtes a rejeté la requête du ministre visant à faire radier la demande de M<sup>me</sup> Saji, au motif que cette demande était prescrite, n'était pas une décision rendue « sur l'appel prévu au paragraphe (5) » de la *Loi sur la citoyenneté*, car elle ne se rapportait nullement à la question ultime devant être tranchée par la Cour fédérale

citizenship court judge had erred in not approving Ms. Saji's application. Accordingly, subsection 14(6) does not oust this Court's appellate jurisdiction under paragraph 27(1)(c) over the motions Judge's dismissal of the motion to strike.

[5] I am also of the view that the motions Judge erred in not striking the appeal. When notice of a citizenship judge's decision is sent to an applicant by registered mail, and is properly addressed, the 60-day limitation period for filing a notice of appeal in the Federal Court, which the judge has no discretion to extend, starts on the day that notice is mailed, not when it is received by the applicant.

[6] Accordingly, I would allow the Minister's appeal with costs and, making the order that the motions Judge should have made, grant the Minister's motion to strike Ms. Saji's notice of application, and dismiss her appeal to the Federal Court.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[7] The relevant facts are not in dispute. The Citizenship Judge refused to approve Ms. Saji's application for Canadian citizenship in a decision dated July 9, 2008. Notice of the decision, together with information about the right of appeal and the time within which a notice of appeal must be filed with the Registry of the Federal Court, was mailed on January 23, 2009, to the address indicated on the Use of Representative Form submitted by Ms. Saji's spouse on behalf of himself and his family.

[8] The letter was delivered to this address on January 26, 2009, where it was signed for by Lisa Moradi, a receptionist for a paralegal firm with which the immigration consultant representing Ms. Saji shared office space. However, as a result of an error by Ms. Moradi, the letter was misplaced and Ms. Saji's representative did not learn of the decision until February 6, 2009.

relativement à l'appel interjeté en vertu du paragraphe 14(5), soit celle de savoir si le juge de la Cour de la citoyenneté avait commis une erreur en n'approuvant pas la demande de M<sup>me</sup> Saji. Par conséquent, le paragraphe 14(6) n'écarte pas la compétence conférée à la Cour par l'alinéa 27(1)c) d'entendre l'appel de la décision par laquelle le juge des requêtes a rejeté la requête en radiation.

[5] Je suis aussi d'avis que le juge des requêtes a commis une erreur en ne radiant pas l'appel. Lorsque l'avis de la décision du juge de la citoyenneté est envoyé au demandeur par courrier recommandé et qu'il est adressé correctement, le délai de 60 jours prévu pour le dépôt d'un avis d'appel à la Cour fédérale, que le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire de prolonger, commence à courir dès le jour où l'avis est posté et non le jour où il est reçu par le demandeur.

[6] Par conséquent, j'accueillerais l'appel du ministre avec dépens et, rendant l'ordonnance que le juge des requêtes aurait dû rendre, j'accueillerais la requête du ministre visant à faire radier l'avis d'appel de M<sup>me</sup> Saji et rejetterais son appel à la Cour fédérale.

## B. LES FAITS

[7] Les faits pertinents ne sont pas en litige. Dans une décision datée du 9 juillet 2008, le juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne présentée par M<sup>me</sup> Saji. L'avis communiquant la décision et l'information relative au droit d'appel et au délai prescrit pour le dépôt de l'avis d'appel au greffe de la Cour fédérale a été posté le 23 janvier 2009 à l'adresse indiquée dans le formulaire, « Recours aux services d'un représentant », soumis par l'époux de M<sup>me</sup> Saji en son nom et en celui de sa famille.

[8] La lettre a été livrée à cette adresse le 26 janvier 2009 et Lisa Moradi, réceptionniste d'une firme parajuridique avec laquelle le consultant en immigration représentant M<sup>me</sup> Saji partageait un espace de bureau, en a accusé réception. Cependant, en raison d'une erreur commise par M<sup>me</sup> Moradi, la lettre a été placée à un mauvais endroit et le représentant de M<sup>me</sup> Saji n'a pas pris connaissance de la décision avant le 6 février 2009.

[9] Ms. Saji filed a notice of application to appeal with the Registry of the Federal Court on April 6, 2009. This was more than 60 days after notice of the Citizenship Judge's decision was mailed, but less than 60 days after Ms. Saji's representative became aware of it.

### C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[10] Subsection 27(1) of the *Federal Courts Act* creates a right of appeal to the Federal Court of Appeal from interlocutory and final judgments of the Federal Court:

Appeals from Federal Court **27. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any of the following decisions of the Federal Court:**

(a) a final judgment;

...

(c) an interlocutory judgment; or [Emphasis added.]

[11] Section 14 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 230; 2008, c. 14, s. 10] of the *Citizenship Act* governs the decision-making process respecting applications for citizenship and appeals. Subsection 14(1) provides that a citizenship judge must consider applications for citizenship referred to the judge, and determine whether the applicant satisfies the statutory requirements for citizenship:

Consideration by citizenship judge **14. (1) An application for**

(a) a grant of citizenship under subsection 5(1) or (5),

...

shall be considered by a citizenship judge who shall, within sixty days of the day the application was referred to the judge, determine whether or not the person who made the application meets the requirements of this Act and the regulations with respect to the application.

[9] M<sup>me</sup> Saji a déposé un avis d'appel auprès du greffe de la Cour fédérale le 6 avril 2009, soit plus de 60 jours après la mise à la poste de l'avis de la décision du juge de la citoyenneté, mais moins de 60 jours après que le représentant de M<sup>me</sup> Saji en ait pris connaissance.

### C. CADRE LÉGISLATIF

[10] Le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* crée un droit d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale des jugements interlocutoires et définitifs de la Cour fédérale :

**27. (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d'appel fédérale, des décisions suivantes de la Cour fédérale :**

a) jugement définitif;

[...]

c) jugement interlocutoire; [Non souligné dans l'original.]

Appels des jugements de la Cour fédérale

[11] L'article 14 [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 230; 2008, ch. 14, art. 10] de la *Loi sur la citoyenneté* régit le processus de décision à l'égard des demandes de citoyenneté et des appels. Le paragraphe 14(1) prévoit que le juge de la citoyenneté statue sur les demandes de citoyenneté dont il est saisi et détermine si le demandeur satisfait aux exigences prévues par la loi pour l'attribution de la citoyenneté :

**14. (1) Dans les soixante jours de sa saisine, le juge de la citoyenneté statue sur la conformité — avec les dispositions applicables en l'espèce de la présente loi et de ses règlements — des demandes déposées en vue de :**

a) l'attribution de la citoyenneté, au titre des paragraphes 5(1) ou (5);

Examen par un juge de la citoyenneté

[12] Subsection 14(2) requires the citizenship judge to approve, or not to approve, the application as she or he has determined under subsection 14(1), and to notify the Minister of the decision and the reasons for it:

14. ...

Advice to  
Minister

(2) Forthwith after making a determination under subsection (1) in respect of an application referred to therein but subject to section 15, the citizenship judge shall approve or not approve the application in accordance with his determination, notify the Minister accordingly and provide the Minister with the reasons therefor.

[13] Subsections 14(3) and (4) provide for the notification of the applicant if the citizenship judge does not approve the application for citizenship, and permits notice of the decision to be sent to the applicant by registered mail at his or her last known address:

14. ...

Notice to  
applicant

(3) Where a citizenship judge does not approve an application under subsection (2), the judge shall forthwith notify the applicant of his decision, of the reasons therefor and of the right to appeal.

Sufficiency

(4) A notice referred to in subsection (3) is sufficient if it is sent by registered mail to the applicant at his latest known address. [Emphasis added.]

[14] Subsection 14(5) enables the Minister or the applicant to appeal a decision of a citizenship judge to the Court, which is defined in subsection 2(1) as the Federal Court, and prescribes the time permitted for filing a notice of appeal:

14. ...

Appeal

(5) The Minister or the applicant may appeal to the Court from the decision of the citizenship judge under subsection (2) by filing a notice of appeal in the Registry of the Court within sixty days after the day on which

(a) the citizenship judge approved the application under subsection (2); or

(b) notice was mailed or otherwise given under subsection (3) with respect to the application. [Emphasis added.]

[12] Le paragraphe 14(2) prévoit que le juge de la citoyenneté approuve ou rejette la demande sur laquelle il a statué en vertu du paragraphe 14(1) et transmet au ministre sa décision motivée.

14. [...]

(2) Aussitôt après avoir statué sur la demande visée au paragraphe (1), le juge de la citoyenneté, sous réserve de l'article 15, approuve ou rejette la demande selon qu'il conclut ou non à la conformité de celle-ci et transmet sa décision motivée au ministre.

Information  
du ministre

[13] En cas de rejet de la demande de citoyenneté, les paragraphes 14(3) et (4) prévoient que le juge de la citoyenneté en informe le demandeur et qu'il peut le faire par courrier recommandé au demandeur à sa dernière adresse connue :

14. [...]

(3) En cas de rejet de la demande, le juge de la citoyenneté en informe sans délai le demandeur en lui faisant connaître les motifs de sa décision et l'existence d'un droit d'appel.

Information  
du  
demandeur

(4) L'obligation d'informer prévue au paragraphe (3) peut être remplie par avis expédié par courrier recommandé au demandeur à sa dernière adresse connue. [Non souligné dans l'original.]

Transmission

[14] Le paragraphe 14(5) permet au ministre ou au demandeur d'interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté à la Cour, soit à la Cour fédérale au sens du paragraphe 2(1), et prévoit le délai à l'intérieur duquel l'avis d'appel doit être déposé :

14. [...]

(5) Le ministre et le demandeur peuvent interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté en déposant un avis d'appel au greffe de la Cour dans les soixante jours suivant la date, selon le cas :

Appel

a) de l'approbation de la demande;

b) de la communication, par courrier ou tout autre moyen, de la décision de rejet. [Non souligné dans l'original.]

[15] Subsection 14(6) provides that a decision of the Federal Court “pursuant to an appeal made under subsection (5)” is final and not subject to appeal.

14. ...

Decision  
final

(6) A decision of the Court pursuant to an appeal made under subsection (5) is, subject to section 20, final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

[15] Le paragraphe 14(6) prévoit que la décision de la Cour fédérale « rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) » est définitive et non susceptible d’appel.

14. [...]

(6) La décision de la Cour rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) est, sous réserve de l’article 20, définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d’appel.

Caractère  
définitif de  
la décision

#### D. ISSUES AND ANALYSIS

[16] As is not unusual in the disposition of motions in writing, the motions Judge gave no formal reasons for his decision. Instead, he issued a speaking order, from which it would appear that he was of the view that the appeal should not be struck for delay because it would be unfair to prejudice Ms. Saji by visiting on her the negligence of a receptionist in failing to bring the registered letter to the attention of her representative.

[17] The basis of the motions Judge’s order seems to be either that the Act implicitly confers a discretion on the Federal Court to extend the 60-day limitation period or that, in order to avoid prejudice to an applicant, the limitation period runs from the date when, through no fault of either the applicant or her representative, the representative learns of the citizenship judge’s decision. In my view, despite this lack of clarity, the record enables a proper determination to be made, on the standard of correctness, of the legal questions arising from this appeal.

[18] Despite its almost wearisome familiarity, the statement of the contemporary approach to the interpretation of legislation, adopted by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, from Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), still bears repeating in a case where the issues concern statutory interpretation.

#### D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[16] Comme cela n’est pas rare dans les décisions rendues sur les requêtes présentées par écrit, le juge des requêtes n’a fourni aucun motif écrit au soutien de sa décision. Il a plutôt rendu une ordonnance motivée, dont il semble ressortir qu’il était d’avis que l’appel ne devait pas être radié pour cause de retard parce qu’il serait injuste de nuire à M<sup>me</sup> Saji en reportant sur elle la négligence de la réceptionniste qui a omis de porter la lettre à l’attention de son représentant.

[17] L’ordonnance du juge des requêtes s’expliquerait soit par le fait que la Loi confère implicitement à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de 60 jours, soit par le fait que, pour éviter de nuire à un demandeur, le délai de prescription court à compter de la date à laquelle, sans qu’il y soit de la faute ni du demandeur, ni de son représentant, ce dernier prend connaissance de la décision du juge de la citoyenneté. À mon avis, malgré ce manque de précision, le dossier permet de rendre une décision appropriée, selon la norme de la décision correcte, sur les questions juridiques soulevées par le présent appel.

[18] Malgré qu’elle soit largement connue, presque trop même, la méthode contemporaine d’interprétation législative, adoptée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, et énoncée par Elmer A. Driedger dans *The Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983), mérite toujours d’être répétée lorsque les questions soulevées concernent l’interprétation législative.

Today there is only one principle or approach, namely, the words of the Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

However, as will become apparent, the first of the interpretative issues is largely resolved by the application of prior jurisprudence.

Issue 1: Does subsection 14(6) of the *Citizenship Act* oust the appellate jurisdiction of this Court under paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act* over the interlocutory judgment of the Federal Court not to strike Ms. Saji's appeal as out of time?

[19] For ease of reference, I set out again the text of subsection 14(6):

14. ...

Decision  
final

(6) A decision of the Court pursuant to an appeal made under subsection (5) is, subject to section 20, final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom. [Emphasis added.]

[20] Subsection 14(5) refers to the right of “the Minister or the applicant [to] appeal to the Court from the decision of a citizenship judge under subsection (2)”. Subsection 14(2) requires the citizenship judge to approve or not to approve a citizenship application in accordance with the citizenship judge's determination under subsection 14(1) of whether the applicant meets the statutory requirements of citizenship.

[21] It is asserted in the memorandum of fact and law submitted on behalf of the Minister in this appeal that subsection 14(6) applies only to a decision by the Federal Court “under subsection (5)”, that is the citizenship judge's approval or non-approval of the citizenship application.

[22] This is not quite accurate: subsection 14(6) precludes an appeal to this Court from a decision of the

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Cependant, comme il ressortira de ce qui suit, la première de ces questions d'interprétation peut, dans une grande mesure, se résoudre par l'application de la jurisprudence.

Question 1 : Le paragraphe 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté* écarte-t-il la compétence conférée à la Cour par le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* d'entendre l'appel de la décision interlocutoire de la Cour fédérale de ne pas radier l'appel de M<sup>me</sup> Saji pour cause de retard?

[19] Pour en faciliter la consultation, je reproduis le texte du paragraphe 14(6) :

14. [...]

(6) La décision de la Cour rendue sur l'appel prévu au paragraphe (5) est, sous réserve de l'article 20, définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel. [Non souligné dans l'original.]

Caractère  
définitif de  
la décision

[20] Le paragraphe 14(5) prévoit que « [l]e ministre et le demandeur peuvent interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté ». Le paragraphe 14(2) prévoit que le juge de la citoyenneté doit approuver ou rejeter la demande de citoyenneté selon qu'il conclut ou non à la conformité de celle-ci avec les exigences en matière d'attribution de citoyenneté prévues au paragraphe 14(1).

[21] Dans le mémoire des faits et du droit présenté dans le cadre du présent appel pour le compte du ministre, il est dit que le paragraphe 14(6) ne s'applique qu'à la décision de la Cour fédérale (sur l'appel) « prévu au paragraphe (5) », c.-à-d. la décision du juge de la citoyenneté d'approuver ou de rejeter la demande de citoyenneté.

[22] Cela n'est pas tout à fait exact : le paragraphe 14(6) interdit d'interjeter appel à la Cour d'une décision de

Federal Court “pursuant to an appeal under subsection (5)” [emphasis added]. On their face, the words “pursuant to” may seem to broaden the scope of subsection 14(6) beyond the question appealed to the Federal Court, namely, whether the citizenship judge erred in approving or not approving an application for citizenship. In contrast, subsection 18(3) precludes an appeal to this Court from the Federal Court of “[a] decision . . . under” [emphasis added] subsection 14(1), which concerns, among other things, the revocation of citizenship. It is presumed that when Parliament uses different words on the same topic, in the same statute, it intends them to have different meanings.

[23] However, the French version of subsection 14(6), “La décision de la Cour rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5)” [emphasis added] suggests a narrower meaning. In addition, jurisprudence arising from the interpretation of another preclusive provision of the *Citizenship Act*, subsection 18(3), indicates that the words “pursuant to” in subsection 14(6), do not include every Federal Court decision made in the context of a citizenship appeal.

[24] Thus, one issue in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 (*Tobiass*), was whether the Court had jurisdiction to hear an appeal from a decision of a Federal Court judge to grant a stay of a citizenship revocation proceeding. Subsection 18(3) of the *Citizenship Act* provides that no appeal lies from a decision of the Federal Court “made under subsection (1)”, which deals with decisions of the Court as to whether a person had, among other things, obtained citizenship on the basis of false representation or fraud.

[25] Upholding the decision of this Court ([1997] 1 F.C. 828), the Supreme Court concluded (at paragraphs 50–53) that the decision of the Federal Court Judge at first instance to stay the proceeding was not made under subsection 18(1), since proceedings are stayed for reasons unrelated to the circumstances surrounding the

la Cour fédérale « rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) » [non souligné dans l’original] (en anglais, « *pursuant to an appeal under subsection (5)* »). Selon leur sens manifeste, les mots « *pursuant to* » (en français, « *rendue sur* ») peuvent sembler élargir la portée du paragraphe 14(6) au-delà de la question qui fait l’objet de l’appel à la Cour, soit, la question de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur en approuvant ou en rejetant une demande de citoyenneté. À l’opposé, le paragraphe 18(3) interdit d’interjeter appel à la Cour d’une « décision de la Cour [fédérale] visée au » [non souligné dans l’original] paragraphe 14(1), qui concerne, entre autres choses, la révocation de la citoyenneté. Il faut supposer que, lorsque le législateur emploie des termes différents sur un même sujet et dans une même loi, il entend leur donner des sens différents.

[23] Cependant, la version française du paragraphe 14(6), « La décision de la Cour rendue sur l’appel prévu au paragraphe (5) » [non souligné dans l’original], fait ressortir un sens plus étroit. De plus, la jurisprudence issue de l’interprétation d’une autre disposition limitative de la *Loi sur la citoyenneté*, le paragraphe 18(3), indique que les termes anglais « *pursuant to* » (en français, « *rendue sur* ») au paragraphe 14(6) ne couvrent pas toutes les décisions rendues par la Cour fédérale dans le contexte d’un appel en matière de citoyenneté.

[24] Ainsi, l’une des questions soulevées dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 (*Tobiass*), était celle de savoir si la Cour avait compétence pour entendre un pourvoi formé contre la décision d’un juge de la Cour fédérale d’accorder la suspension d’une procédure de révocation de la citoyenneté. L’article 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* prévoit qu’il ne peut être interjeté appel d’une décision de la Cour fédérale « visée au paragraphe (1) », qui traite des décisions de la Cour sur la question de savoir si une personne a, entre autres choses, obtenu la citoyenneté par fraude ou fausse déclaration.

[25] Confirmant la décision de la Cour ([1997] 1 C.F. 828), la Cour suprême a conclu (aux paragraphes 50 à 53) que la décision du juge de première instance de la Cour fédérale de suspendre la procédure n’avait pas été rendue en vertu du paragraphe 18(1), puisque la suspension des procédures est ordonnée pour des motifs

obtaining of citizenship. Rather, the decision to stay was made under the general power conferred by section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], as it then was. Consequently, the appeal was not barred by subsection 18(3).

[26] The Court also stated (at paragraph 56) that there was “[much] force” in the argument that subsection 18(1) includes not only the ultimate decision on the circumstances in which a person obtained citizenship, but also

... those decisions made during the course of a s. 18 reference which are related to this determination. This would encompass all the interlocutory decisions which the court is empowered to make in the context of a s. 18 reference. ...

[27] Without deciding whether subsection 18(1) should be read this broadly, the Court said this (at paragraphs 57–58):

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

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

[28] *Tobiass* was applied by this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2002 FCA 518, [2003] 2 F.C. 657, where (at paragraph 38) the Court likened to the stay considered in *Tobiass* a decision by a Federal Court judge in the course of a citizenship revocation matter as to whether it was appropriate to proceed by way of summary judgment. Hence, the Judge’s decision respecting the motion concerning summary judgment was not covered by the preclusive provision of subsection 18(3).

qui n’ont absolument rien à voir avec les circonstances de l’obtention de la citoyenneté. La décision de suspendre la procédure avait plutôt été rendue en vertu du pouvoir général conféré par l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], tel qu’il était alors. Par conséquent, le paragraphe 18(3) n’a pas rendu l’appel irrecevable.

[26] La Cour a également statué (au paragraphe 56) que l’argument était « très séduisant », à savoir que le paragraphe 18(1) visait non seulement la décision ultime tranchant la question de savoir dans quelles circonstances la citoyenneté a été obtenu, mais également

[...] les décisions rendues au cours du renvoi prévu à l’art. 18 s’y rapportant. Cela comprendrait tous les jugements interlocutoires que le tribunal a le pouvoir de rendre dans le contexte d’un renvoi prévu à l’art. 18 [...]

[27] Sans décider s’il convient de donner une interprétation aussi large du paragraphe 18(1), la Cour dit ceci (aux paragraphes 57 et 58) :

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

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

[28] L’arrêt *Tobiass* a été appliqué par la Cour dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Obodzinsky*, 2002 CAF 518, [2003] 2 C.F. 657, où (au paragraphe 38) la Cour a comparé la suspension considérée dans l’arrêt *Tobiass* et la décision d’un juge de la Cour fédérale, prononcée dans le cadre d’une affaire de révocation de citoyenneté, sur la question de savoir s’il convenait de procéder par voie de jugement sommaire. Par conséquent, la décision du juge à l’égard de la requête concernant le jugement

[29] By analogy to the present case, an appeal from the Federal Court to this Court is only precluded by subsection 14(6) as a decision made “pursuant to an appeal made under subsection (5)” if the decision in question relates to the ultimate question, namely, whether the citizenship judge erred in approving or not approving a citizenship application, or in determining a question related to it. In my view, a decision by a Federal Court judge disposing of a motion to strike an appeal as being out of time is not related to the ultimate question to be decided on that appeal, regardless of whether the motion is granted or denied. This is because, in the words used in *Tobiass* at paragraph 58, the decision “will not be made in order to more efficiently determine the ultimate question”.

[30] It is also relevant to note that the former subsection 80(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, which precluded appeals from a Federal Court judge on the reasonableness of a security certificate, has been held not to apply when the ground of the appeal is that there was a reasonable apprehension that the judge was not impartial or the legislation is unconstitutional: see *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 136, approving *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180 and *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraph 47, where the relevant authorities are marshalled.

[31] In my opinion, the same would be true under subsection 14(6) if the ground of appeal was that the legislation was unconstitutional or that the hearing before the Federal Court judge had been procedurally unfair, either because there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Federal Court judge or the applicant had been denied an adequate opportunity to participate in the hearing, regardless of whether the judge had allowed or dismissed the appeal from the citizenship judge. The propriety of the hearing conducted by a Federal Court judge in a citizenship appeal

sommaire n’était pas visée par la disposition limitative du paragraphe 18(3).

[29] Par analogie à la présente affaire, le paragraphe 14(6) n’interdit d’interjeter appel à la Cour d’une décision de la Cour fédérale, à titre de décision rendue « sur l’appel prévu au paragraphe (5) », que si la décision en question a trait à la question ultime, soit celle de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur en approuvant ou en rejetant la demande de citoyenneté ou en tranchant une question connexe. À mon avis, la décision d’un juge de la Cour fédérale sur une requête visant à faire radier un appel pour cause de retard ne porte pas sur la question ultime à trancher dans cet appel, sans égard à la question de savoir si la requête est accordée ou rejetée. Il en est ainsi parce que, selon les termes utilisés dans l’arrêt *Tobiass* au paragraphe 58, la décision « ne sera pas prononcée afin de trancher plus efficacement la question ultime ».

[30] Il convient également de noter qu’il a été statué que l’ancien paragraphe 80(3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, qui proscrivait d’interjeter appel de la décision d’un juge de la Cour fédérale sur le caractère raisonnable d’une attestation de sécurité, ne s’appliquait pas lorsque le motif de l’appel était qu’il existait une crainte raisonnable que le juge n’ait pas été impartial ou que la loi ait été anticonstitutionnelle : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 136, confirmant *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394 et *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, au paragraphe 47, où il est fait référence à la jurisprudence pertinente.

[31] À mon avis, il en irait également de même aux termes du paragraphe 14(6) dans les cas où le motif d’appel serait le caractère anticonstitutionnel de la législation ou le fait que l’audience tenue devant le juge de la Cour fédérale aurait été inéquitable sur le plan de la procédure en raison soit d’une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de la Cour fédérale ou du fait que l’appelant se serait vu refuser une occasion appropriée de participer à l’audience, sans égard à la question de savoir si le juge a accueilli ou rejeté l’appel de la décision du juge de la citoyenneté. La régularité

is unrelated to the ultimate question: the preclusion of an appeal by subsection 14(6) applies only to a procedurally fair determination by the Federal Court of whether the citizenship judge erred in deciding the citizenship application. However, a mere unsupported allegation of procedural unfairness will not suffice to avoid a clause precluding an appeal: *Papa (Re)*, 2009 FCA 112, 2009 DTC 5090 (*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, subsection 225.2(13) (ITA)).

[32] Counsel for the respondent also brought to the Court's attention *Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, [2010] 3 C.T.C. 173. However, that case concerned a different issue. It held that there was no right of appeal to this Court against a jeopardy order made by a Federal Court judge under subsection 225.2(2) of the ITA, because Parliament had specifically provided a remedy in subsection 225.2(8), namely, a right to apply to another Federal Court judge to review the order.

[33] Accordingly, in my opinion, this Court has jurisdiction to entertain the Minister's appeal, and I turn now to the second issue.

Issue 2: Did the motions Judge err in law by not granting the Minister's motion to strike Ms. Saji's appeal as out of time?

[34] Counsel for Ms. Saji points out that paragraph 14(5)(b) specifies that notice of an appeal must be filed in the Federal Court within 60 days after the day on which:

14. ...

Appeal

(5) ...

(b) notice was mailed or otherwise given under subsection (3) with respect to the application. [Emphasis added.]

de l'audience tenue par un juge de la Cour fédérale dans le cadre d'un appel en matière de citoyenneté est sans rapport avec la question ultime : l'interdiction d'interjeter appel prévue au paragraphe 14(6) ne s'applique qu'aux décisions de la Cour fédérale rendues conformément à l'équité procédurale sur la question de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur en tranchant la demande de citoyenneté. Une simple allégation sans fondement d'iniquité procédurale ne suffit toutefois pas à éviter l'application d'une disposition proscrivant un appel : *Papa (Re)*, 2009 CAF 112 (*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, paragraphe 225.2(13) (LIR)).

[32] L'avocat de l'appelant a également porté à l'attention de la Cour l'arrêt *Tennina c. Canada (Revenu national)*, 2010 CAF 25. Cependant, cette cause portait sur une question différente. La Cour y a statué qu'il ne pouvait être interjeté appel à la Cour d'une ordonnance conservatoire prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu du paragraphe 225.2(2) de la LIR, parce que le législateur avait expressément prévu un recours, au paragraphe 225.2(8), soit le droit de demander à un autre juge de la Cour fédérale de contrôler l'ordonnance.

[33] Par conséquent, à mon avis, la Cour a compétence pour entendre l'appel du ministre et je me pencherai maintenant sur la deuxième question.

Question 2 : Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de droit en n'accordant pas la requête du ministre de radier l'appel de M<sup>me</sup> Saji pour cause de retard?

[34] L'avocate de M<sup>me</sup> Saji fait remarquer que l'alinéa 14(5)(b) prévoit que l'avis d'appel doit être déposé à la Cour fédérale dans les 60 jours suivant la date :

14. [...]

(5) [...]

b) de la communication, par courrier ou tout autre moyen, de la décision de rejet. [Non souligné dans l'original.]

Appel

She argues that, in the circumstances of the present case, the underlined words authorize the motions Judge to decide that time runs from the day that Ms. Saji's representative received the notice.

[35] I do not agree. First, the plain meaning of paragraph 14(5)(b) is that when notice is mailed, as it was here, the 60-day period starts at the date of mailing, as Federal Court jurisprudence has held: see, for example, *So (Re)*, [1978] F.C.J. No. 922 (T.D.) (QL); *Conroy (Re)* (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (F.C.T.D.). The words "or otherwise given under subsection (3)" apply only in a case where notice is given other than by mail, as the French text makes even plainer, "par courrier ou tout autre moyen" [emphasis added].

[36] Second, in *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 94, 61 Imm. L.R. (3d) 171 (*Liu*), the Court held that the limitation period in subsection 14(5) is mandatory and may not be extended by the Federal Court judge which, in effect, the motions Judge's order did in this case. Incidentally, the Court in *Liu* appears to have assumed that it had jurisdiction to hear the appeal. The Court's short oral reasons for decision do not deal with the question of whether the Federal Court of Appeal's jurisdiction under subsection 27(1) [of the *Federal Courts Act*] to hear appeals from the Federal Court had been ousted by subsection 14(6) so as to bar an appeal from the judge's decision to allow a motion to extend the time for appealing.

[37] Finally, this interpretation of paragraph 14(5)(b) cannot be said to have prejudiced Ms. Saji. First, the notice of the Citizenship Judge's decision referred to the time within which an appeal may be filed; her representative still had 45 days, from the day when the representative became aware of the letter, to file a timely notice of appeal. There is no evidence explaining this delay; a person delays at their peril filing a document in a legal proceeding until what he or she has calculated to be the last, or almost the last, minute. Second,

Elle soutient que, en l'espèce, les mots soulignés autorisaient le juge des requêtes à décider que le délai courait à compter de la date à laquelle le représentant de M<sup>me</sup> Saji avait reçu l'avis.

[35] Je ne suis pas d'accord. Premièrement, le sens manifeste de l'alinéa 14(5)b) est que, lorsque l'avis est posté, comme c'était le cas en l'espèce, le délai de 60 jours commence à la date de la mise à la poste, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour fédérale : voir, par exemple, *So (Re)*, [1978] A.C.F. n° 922 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Conroy (Re)*, [1979] A.C.F. n° 307 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Les mots « ou tout autre moyen » (en anglais, « *or otherwise given under subsection (3)* ») s'appliquent seulement dans les cas où la communication est donnée autrement que par courrier, comme il ressort encore plus clairement du texte français : « par courrier ou tout autre moyen » [non souligné dans l'original].

[36] Deuxièmement, dans *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 94 (*Liu*), la Cour a statué que le délai prévu au paragraphe 14(5) est de rigueur et ne peut pas être prolongé par le juge de la Cour fédérale, ce que l'ordonnance du juge des requêtes a effectivement fait dans la présente affaire. Incidemment dans *Liu*, la Cour semble avoir pensé qu'elle avait compétence pour entendre l'appel. Dans les brefs motifs qu'elle a prononcés oralement, la Cour ne traite pas de la question de savoir si le paragraphe 14(6) écartait la compétence conférée à la Cour d'appel fédérale par le paragraphe 27(1) [de la *Loi sur les Cours fédérales*] d'entendre les appels de décisions de la Cour fédérale de manière à exclure un appel de la décision du juge d'accorder une requête en prorogation du délai pour interjeter appel.

[37] Enfin, on ne peut pas dire que l'interprétation de l'alinéa 14(5)b) a causé un préjudice à M<sup>me</sup> Saji. Premièrement, l'avis de la décision du juge de la citoyenneté mentionnait le délai prescrit pour le dépôt d'un avis d'appel; le représentant de M<sup>me</sup> Saji avait encore 45 jours, à compter du jour où il a pris connaissance de la lettre, pour déposer en temps opportun un avis d'appel. Aucune preuve n'a été présentée pour expliquer ce retard. C'est à ses risques que l'on retarde le dépôt d'un document dans une procédure légale jusqu'au

the Citizenship Judge's decision is not definitive of Ms. Saji's ability to apply to become a Canadian citizen since she may renew her application at any time.

#### E. CONCLUSION

[38] For these reasons, I would allow the Minister's appeal with costs here and below, grant the Minister's motion to strike Ms. Saji's appeal, and dismiss her appeal from the Citizenship Judge's decision not to approve her citizenship application.

NOËL J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

moment que l'on estime être la dernière, presque la dernière, minute. Deuxièmement, la décision du juge de la citoyenneté n'empêche pas M<sup>me</sup> Saji de présenter une demande de citoyenneté, puisqu'elle peut présenter une nouvelle demande en tout temps.

#### E. CONCLUSION

[38] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel du ministre avec dépens devant notre Cour et devant la juridiction inférieure; j'accueillerais la requête du ministre en radiation de l'appel de M<sup>me</sup> Saji et je rejetterais l'appel interjeté par celle-ci à l'encontre de la décision du juge de la citoyenneté de ne pas approuver sa demande de citoyenneté.

Le juge Noël, J.C.A. : Je suis d'accord.

La juge Dawson, J.C.A. : Je suis d'accord.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ABORIGINAL PEOPLES

### ELECTIONS

Judicial review of decisions, actions of Bears paw First Nation (BFN), Stoney First Nation resulting in election for Bears paw Chief, councillors not being held as scheduled—Applicants challenging decisions, actions of Bears paw Chief, councillors to extend two-year terms of office to December 2012—Procedures for conducting BFN elections set out in written band council resolutions (BCRs)—BFN election resolutions in record containing eligibility requirements, procedures for voting, etc.—Under previous BCR, next election to have been held on, before December 10, 2010—Survey conducted proposing changes in governance, i.e. conditions candidates for band council (Council) must meet before able to stand for office, terms of office—No direct communication by Chief, Council to BFN members to advise electorate that 2010 election cancelled, that Chief, Council had extended terms of office for further two years—Clear from evidence that no transparency about course of action followed by Chief, Council—Failure to hold December 2010 election, extension of Chief, Council’s terms breaching BFN custom—While Band entitled to determine own leadership selection practices, collective right must be tempered by respect for rights of members to participate in process—Weight of evidence is that BFN custom to hold elections every two years—Current Chief, Council elected to serve two-year term of office, not given four-year mandate—Evidence uncontroversial that not custom of BFN to use surveys to change election process—Clear majority of those completing survey not supporting extension of councillors’ terms—Applicants denied procedural fairness since BFN members had reason to expect that any changes to electoral practices would be preceded by fair notice, opportunity to be heard, vote on changes—Reasonable apprehension of bias arising from facts given process followed, Chief, Council’s direct interest in outcome of matter—Applicants having legitimate expectation that would be consulted regarding proposed changes, opportunity to vote thereon—Application allowed.

SHOTCLOSE V. STONEY FIRST NATION (T-2085-10, 2011 FC 750, Mosley J., judgment dated June 22, 2011, 41 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of visa officer’s decision refusing application for permanent resident visa as skilled worker because applicant criminally inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(b)—Applicant convicted of criminal offence in Korea—Advised of refusal because determined that if committed in Canada, offence convicted of in Korea would be punishable under Canadian *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249(3) by maximum term of imprisonment of at least 10 years—Applicant meeting all conditions for rehabilitation set out in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 18(2)(a) except for s. 18(2)(a)(i), namely that offence punishable in Canada by maximum term of imprisonment of less than 10 years—Whether term “not exceeding ten years” in *Criminal Code* falling within maximum term of “less than 10 years” in Regulations, s. 18—Under Act, s. 36(3)(c) person may overcome criminal inadmissibility arising from offences committed outside Canada by applying to Minister for rehabilitation or if person falling within prescribed class deemed to have

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

been rehabilitated—*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kelley*, 2007 FC 82, dealing with similar issue; decision holding that offence punishable for term “not exceeding ten years” necessarily including possibility of 10 year sentence—Federal Court not only bound to follow interpretation in *Kelley* but interpretation therein correct, only interpretation possible in present case—Language of *Criminal Code*, s. 249(3) clear; French version thereof making extremely clear that maximum sentence of 10 years included—Little case law existing dealing with rehabilitation section of Regulations, Act as whole—Application dismissed.

SUN V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2875-10, 2011 FC 708, Gauthier J., judgment dated June 16, 2011, 16 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Motion under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 397(1)(b) for reconsideration of judgment on basis that matter of costs that should have been dealt with overlooked—Appellant successfully appealed Federal Court judgment dismissing application for judicial review of Minister’s decision under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—Therefore, motion for costs subject to *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 22, which precludes awarding of costs in absence of “special reasons”—No statutory definition of “special reasons” as used in Rules, r. 22, no definition developed in case law—Cases involving application of r. 22 providing some examples of circumstances that have been held to comprise “special reasons”, such as nature of case, applicant’s behaviour, Minister or immigration official’s behaviour, counsel’s behaviour—In determining whether “special reasons” existing for awarding costs, not relevant appellant unable to obtain legal aid funding— “[S]pecial reasons” cannot be based on importance of issue raised in appeal since certified question of general importance required in all appeals in immigration matters—Given particular circumstances, Minister not erring by refusing to join appellant’s judicial review application with another application—Taking into account all relevant circumstances, no “special reasons” existing in present case justifying award of costs—Motion dismissed.

NDUNGU V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-501-09, 2011 FCA 208, Sharlow J.A., judgment dated June 21, 2011, 9 pp.)

**FOREIGN TRADE**

Judicial review seeking to quash three determinations of Canadian International Trade Tribunal—Applicant arguing Tribunal not having jurisdiction to determine respondent’s complaints because respondent not submitting bid; Tribunal finding that no act of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) in procurement process precluded respondent from submitting bid—Because respondent not meeting statutory definition of “potential supplier” as set out in *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, Tribunal obliged as matter of law to dismiss complaints for want of jurisdiction—One of respondent’s complaints relating to issue of when permissible for procurement to specify item to be procured by brand name—In determining whether PWGSC entitled to specify equipment by brand name, Tribunal considering interpretation, application of *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* (NAFTA), December 17, 1992, [1994] Can T.S. No. 2, Art. 1007(3)—Discounting or ignoring evidence, justification offered by PWGSC rendered conclusion of Tribunal’s majority on interpretation, application of NAFTA, Art. 1007(3) wrong in principle; therefore unreasonable—In determining whether particular procurement may use brand name specification, Tribunal cannot disregard or discount as irrelevant evidence submitted by PWGSC in support of position that use of brand names in relation to particular procurement necessary to avoid unacceptable operational risk—Applications allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LTD. (A-264-10, A-312-10, A-321-10, 2011 FCA 207, Sharlow J.A., judgment dated June 20, 2011, 13 pp.)

**PENITENTIARIES**

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 747) dismissing judicial review of decision by Correctional Service of Canada (CSC) denying inmate grievance concerning validity of Institutional Standing Order 770 (ISO 770), cancellation of visiting clearance of two of appellant’s visitors—CSC Review Panel submitting report wherein visitors to penitentiaries identified as

**PENITENTIARIES—Concluded**

major source of drugs therein—In response to this report, CSC issuing security bulletin requiring that screening of new visitors include verification of visits to any other offender, that visitor without adequate justification for such visits be refused clearance—ISO 770 issued as visitor screening tool following CSC security bulletin—Two of appellant’s visitors identified as visiting more than one inmate—Appellant’s visitors not providing justification for these visits—Visiting clearances therefore cancelled pursuant to ISO 770 process—Applications Judge finding, *inter alia*, that ISO 770 lawfully enacted, consistent with *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 71(1), consistent with duty to act fairly, not violating inmates’ right to be consulted—Principal issues whether (1) applications Judge erring in finding that warden having authority to adopt ISO 770; (2) cancellation of visiting clearance contravening *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 91(1)—Issue 1: Clear that warden able to adopt, implement ISO 770 pursuant to Act, Regulations—ISO 770 not conflicting with s. 91(1)—Any incompatibility with s. 91(1) would flow from application of ISO 770, not from adoption or terms of ISO 770—Issue 2: Appellant arguing that Regulations, s. 91(1)(a) placing onus on warden to establish risk to security before suspending visit—As a consequence, refusal to answer inquiries, lack of justification by visitor not forming basis for belief on reasonable ground that risk to security existing—Such reasoning ignoring principle in Act, s. 4(a) regarding protection of society—Protection of society including control of entry of illicit drugs in penitentiaries—Argument improperly importing into administration of federal penitentiaries, administrative decision-making process concerning inmate visits notion of “reasonable belief” applicable in search, seizure, detention context—Absence of explanation from visitor objectively verifiable indication sustaining CSC belief on reasonable grounds that visitor jeopardizing security of penitentiary—Subject of inquiry concerning administrative action relating to secure access to penitentiary, not to matter relating to search, seizure or detention—Inappropriate to confuse administrative law concept of reasonableness with unrelated notion of “reasonable belief” applicable in search, seizure, detention context—Appeal dismissed.

McDOUGALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-338-10, 2011 FCA 184, Mainville J.A., judgment dated June 2, 2011, 23 pp.)

**PRACTICE**

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Appeal by St. John’s Port Authority (Port Authority) from Federal Court order (2009 FC 746) dismissing its appeal from Prothonotary’s order—Motion brought before Prothonotary to strike out most of respondent’s (Adventure Tours Inc.) statement of claim in which respondent claiming significant damages for tort of abuse of public office—Issue on appeal herein, before Federal Court, concerning requirement under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 174 that party plead material facts in support of allegations party making in pleading—Specifically, whether respondent must plead as material fact in statement of claim identity of individuals at Port Authority whose actions said to constitute abuse of public office—Federal Court of Appeal rendering decision in *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, after Federal Court, Prothonotary issuing orders in present case—*Merchant* representing one of only cases in Canada concerning how requirement of material facts applying to tort of abuse of public office; clarifying law concerning material facts that must be pleaded when asserting tort of abuse of public office—In circumstances of present case, Federal Court of Appeal examining matter afresh without deference to decisions below—On basis of *Merchant*, statement of claim not pleading sufficient material facts under Rules, r. 174—Respondent not successfully establishing *Merchant* “manifestly wrong” so as not to be followed—Therefore, *Merchant* binding herein—Appeal allowed.

ADVENTURE TOURS INC. V. ST. JOHN’S PORT AUTHORITY (A-307-09, 2011 FCA 198, Stratas J.A., judgment dated June 10, 2011, 25 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de travailleur qualifié, le demandeur étant interdit de territoire pour criminalité en vertu de l'art. 36(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur avait été reconnu coupable d'un acte criminel en Corée—Le demandeur avait appris que sa demande avait été rejetée parce qu'on avait conclu que l'infraction dont il a été reconnu coupable en Corée constituerait, si elle était commise au Canada, une infraction punissable en vertu de l'art. 249(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans—Le demandeur satisfaisait à toutes les conditions de réadaptation exposées à l'art. 18(2)a) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, exception faite de l'art. 18(2)a)(i), soit que l'infraction est punissable au Canada d'un emprisonnement maximal de moins de 10 ans—Il s'agissait de savoir si l'expression « maximal de dix ans » paraissant dans le *Code criminel* est comprise dans l'emprisonnement maximal « de moins de dix ans » paraissant à l'art. 18 du Règlement—En vertu de l'art. 36(3)c) de la Loi, une personne peut triompher de l'interdiction de territoire pour criminalité découlant d'infractions commises à l'extérieur du Canada en présentant une demande de réadaptation au ministre ou si elle appartient à une catégorie réglementaire de personnes présumées réadaptées—L'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kelley*, 2007 CF 82, portait sur une question semblable; selon cette affaire, l'infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans comprend nécessairement la possibilité d'un emprisonnement de 10 ans—La Cour fédérale est non seulement tenue de suivre l'interprétation donnée dans l'affaire *Kelley*, mais cette interprétation est exacte, c'est la seule interprétation possible en l'espèce—Le libellé de l'art. 249(3) du *Code criminel* est clair; la version française indique très clairement que l'emprisonnement maximal de 10 ans est compris—Très peu de jurisprudence traite des dispositions en matière de réadaptation du Règlement et de la Loi dans leur ensemble—Demande rejetée.

SUN C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2875-10, 2011 CF 708, juge Gauthier, jugement en date du 16 juin 2011, 16 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requête présentée en vertu de la règle 397(1)b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, sollicitant le réexamen d'un jugement au motif que la question des dépens qui aurait dû être traitée avait été oubliée—L'appelant avait eu gain de cause dans le cadre de l'appel qu'il avait interjeté contre la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Par conséquent, la requête pour l'obtention de dépens est assujettie à la règle 22 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, qui fait obstacle à l'octroi de dépens en l'absence de « raisons spéciales »—Aucune définition n'est attribuée dans la loi à l'expression « raisons spéciales » au sens de la règle 22 des Règles et aucune définition

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

n'a été élaborée dans la jurisprudence—Les affaires portant sur l'application de la règle 22 donnent certains exemples de circonstances qui ont été déclarées constituer des « raisons spéciales », notamment la nature de l'affaire, le comportement du demandeur, le comportement du ministre ou de l'agent d'immigration, le comportement du conseil—Pour trancher la question de savoir si des « raisons spéciales » existent pour accorder des dépens, il importe peu que l'appelant n'ait pas pu obtenir d'aide juridique—Les « raisons spéciales » ne peuvent pas reposer sur l'importance de la question soulevée en appel parce qu'une question certifiée de portée générale est requise dans le cadre de tous les appels en matière d'immigration—Compte tenu des circonstances particulières, le ministre n'a pas commis d'erreur en refusant de joindre la demande de contrôle judiciaire de l'appelant à une autre demande—Compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, il n'y avait pas de « raisons spéciales » en l'espèce qui justifiaient l'octroi de dépens—Requête rejetée.

NDUNGU C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (A-501-09, 2011 CAF 208, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21 juin 2011, 9 p.)

## COMMERCE EXTÉRIEUR

Demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de trois décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur—Le demandeur affirmait que le Tribunal n'avait pas compétence pour entendre les plaintes de la défenderesse parce que celle-ci n'a pas présenté de soumission; le Tribunal a conclu que les actes de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) quant à la procédure des marchés publics n'ont pas empêché la défenderesse de présenter une soumission—Comme la défenderesse ne répondait pas à la définition de « fournisseur potentiel » donnée dans la *Loi sur le Tribunal canadien de commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, le Tribunal était légalement tenu de rejeter les plaintes pour défaut de compétence—L'une des plaintes de la défenderesse avait trait à la question de savoir à quel moment il est possible pour une procédure de marchés publics de spécifier un produit par son appellation commerciale—Pour trancher la question de savoir si TPSGC avait le droit de désigner l'équipement par son appellation commerciale, le Tribunal a pris en considération l'interprétation et l'application de l'art. 1007(3) de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (ALENA), 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can n° 2—Le fait que la majorité ait écarté ou ignoré la preuve et les explications présentées par TPSGC a rendu sa conclusion sur l'interprétation et l'application de l'art. 1007(3) de l'ALENA erronée en principe et donc déraisonnable—Pour décider si un marché public particulier peut spécifier une appellation commerciale, le Tribunal ne peut écarter ou considérer comme non pertinentes des preuves présentées par TPSGC à l'appui de sa position selon laquelle l'utilisation d'appellations commerciales en liaison avec un marché particulier était nécessaire pour éviter un risque opérationnel inacceptable—Demandes accueillies.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LTD. (A-264-10, A-312-10, A-321-10, 2011 CAF 207, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 20 juin 2011, 13 p.)

## PÉNITENCIERS

Appel de la décision (2010 CF 747) par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision du Service correctionnel du Canada (SCC) rejetant le grief d'un détenu quant à la validité de l'ordre permanent n° 770 et à la suppression des droits de visite de deux des visiteurs de l'appelant—Le comité d'examen du SCC a présenté un rapport établissant que les visiteurs dans les pénitenciers constituent une importante source de drogues—À la suite de ce rapport, le SCC a émis un bulletin de sécurité précisant que le contrôle auquel les nouveaux visiteurs sont assujettis comprend une vérification de visites effectuées avec un autre détenu et que le visiteur qui ne peut fournir une justification suffisante à l'égard de ces visites n'obtiendrait pas l'autorisation nécessaire—L'ordre permanent 770 a été édicté à titre de mécanisme de contrôle des visiteurs après l'émission du bulletin de sécurité du SCC—Deux des visiteurs de l'appelant avaient visité plus d'un détenu—Les visiteurs de l'appelant n'avaient pas justifié ces visites—Les autorisations de visite ont donc été annulées aux termes du processus prévu par l'ordre permanent 770—Le juge de première instance a notamment conclu que l'ordre permanent 770 avait été légitimement adopté, était conforme à l'art. 71(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, respectait le devoir d'agir équitablement et ne violait pas le droit du détenu d'être consulté—Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si : 1) le juge de première instance avait commis une erreur lorsqu'il a statué que le directeur était habilité à adopter l'ordre permanent 770; et 2) l'annulation de l'autorisation de visite contrevenait à l'art. 91(1) du *Règlement sur le système*

**PÉNITENCIERS—Fin**

*correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620—Première question : le directeur peut manifestement adopter et mettre en œuvre l'ordre permanent 770 en vertu de la Loi et du Règlement—L'ordre permanent 770 n'est pas incompatible avec l'art. 91(1)—Toute incompatibilité avec l'art. 91(1) découlerait de l'application de l'ordre permanent 770, pas de son adoption ou de ses modalités—Deuxième question : l'appelant soutenait que l'art. 91(1)a) du Règlement place le fardeau de la preuve sur le directeur pour que celui-ci démontre qu'il existe un risque pour la sécurité avant de suspendre une visite—En conséquence, le refus de répondre aux demandes et l'absence de justification de la part du visiteur ne constituent pas un fondement pour un motif raisonnable qu'il y a un risque pour la sécurité—Ce raisonnement fait abstraction du principe posé à l'art. 4a) de la Loi quant à la protection de la société—La protection de la société comprend le contrôle de l'entrée de drogues illicites dans les pénitenciers—L'argument a importé de façon irrégulière dans l'administration de pénitenciers fédéraux et le processus décisionnel administratif relatif aux visites des détenus la notion de [TRADUCTION] « croyance raisonnable » qui s'applique dans le contexte d'une fouille, d'une saisie et de la détention—L'absence d'explications de la part du visiteur est une indication qui peut être vérifiée de façon objective et qui étaye la croyance du SCC selon des motifs raisonnables que le visiteur met en péril la sécurité du pénitencier—L'objet de l'enquête avait trait à la mesure administrative quant à l'accès sécuritaire au pénitencier, pas à la question relative à la fouille, à la saisie et à la détention—Il était inopportun de confondre la raisonnable, une notion du droit administratif, à la notion non liée de [TRADUCTION] « croyance raisonnable » qui s'applique dans le contexte d'une fouille, d'une saisie et de la détention—Appel rejeté.

McDOUGALL C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-338-10, 2011 CAF 184, juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 2 juin 2011, 23 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****ÉLECTIONS**

Contrôle judiciaire de décisions et d'actions prises par la Première nation de Bears paw (PNB) et la Première nation des Stoney qui ont fait en sorte que l'élection en vue d'élire le chef et les conseillers de la PNB n'a pas eu lieu comme prévue—Les demandeurs contestaient les décisions et les actions du chef et des conseillers de la PNB pour prolonger la durée du mandat de deux ans, jusqu'en décembre 2012—La procédure relative à la tenue des élections de la PNB est exposée dans des résolutions écrites du conseil de bande (les résolutions)—Les résolutions en matière d'élections de la PNB versées au dossier contenaient des conditions d'admission, des procédures de vote et ainsi de suite—Selon les résolutions antérieures, la prochaine élection devait avoir lieu au plus tard le 10 décembre 2010—Un sondage a été effectué pour proposer des changements à la gouvernance, c.-à-d. les conditions auxquelles les candidats au conseil de bande (le conseil) doivent satisfaire avant de pouvoir se présenter à une élection, le mandat—Aucune communication directe n'avait été adressée par le chef ou le conseil aux membres de la PNB pour annoncer au corps électoral que l'élection de 2010 avait été annulée et que le chef et le conseil avaient prolongé la durée du mandat pendant deux autres années—Il appert manifestement de la preuve qu'il y avait une absence de transparence à l'égard du plan d'action du chef et du conseil—L'omission de tenir l'élection de décembre 2010 et la prolongation du mandat du chef et du conseil contrevenaient à la coutume de la PNB—Bien que la bande soit habilitée à établir ses propres pratiques en matière de choix de dirigeants, le droit collectif doit être atténué par respect pour le droit des membres de participer au processus—La preuve démontrait que les élections, selon la coutume de la PNB, ont lieu tous les deux ans—Le chef et le conseil en poste ont été élus pour siéger pendant deux ans; ils n'avaient pas un mandat de quatre ans—Selon la preuve non contestée, la coutume de la PNB n'est pas d'employer des sondages pour modifier le processus d'élection—La majorité franche des membres qui avaient rempli le sondage n'étaient pas en faveur de la prolongation du mandat des conseillers—Les demandeurs avaient été privés de l'équité procédurale, les membres de la PNB ayant raison de s'attendre à être raisonnablement prévenus, à avoir l'occasion d'être entendus et à avoir le droit de voter à l'égard des modifications avant qu'une modification soit apportée aux pratiques électorales—Une crainte de partialité raisonnable découlait des faits compte tenu du processus qui a été suivi et de l'intérêt direct du chef et du conseil dans l'issue de l'affaire—Les demandeurs avaient une attente légitime d'être consultés à l'égard des modifications envisagées et d'avoir l'occasion de voter à cet égard—Demande accueillie.

SHOTCLOSE C. PREMIÈRE NATION DES STONEY (T-2085-10, 2011 CF 750, juge Mosley, jugement en date du 22 juin 2011, 41 p.)

**PRATIQUE**

## ACTES DE PROCÉDURE

*Requête en radiation*

Appel interjeté par l'administration portuaire de St. John's (l'administration portuaire) à l'encontre de l'ordonnance (2009 CF 746) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel formé contre l'ordonnance du protonotaire—Une requête avait été soumise au protonotaire pour faire radier la presque totalité de la déclaration déposée par l'intimée (Adventure Tours Inc.) dans laquelle celle-ci réclamait des dommages-intérêts considérables au titre du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique—La question litigieuse contestée en l'espèce et devant la Cour fédérale avait trait à l'exigence prévue à la règle 174 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, selon laquelle une partie doit faire valoir les faits substantiels à l'appui des allégations qu'elle soulève dans l'acte de procédure—Plus particulièrement, il s'agissait de savoir si l'intimée doit faire valoir au titre de fait substantiel dans son acte de procédure l'identité des employés de l'administration portuaire dont les actions sont réputées constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique—La Cour d'appel fédérale a rendu une décision dans l'arrêt *Merchant Law Group c. Agence du revenu du Canada*, 2010 CAF 184, après que la Cour fédérale et le protonotaire ont délivré les ordonnances en l'espèce—L'arrêt *Merchant* est l'un des seuls cas au Canada qui porte sur la façon dont l'exigence relative aux faits substantiels s'applique à la faute dans l'exercice d'une charge publique; il précise le droit sur les faits substantiels qui doivent être énoncés lorsqu'une partie affirme qu'il y a eu faute dans l'exercice d'une charge publique—En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a examiné l'affaire de nouveau, sans tenir compte des décisions rendues par les instances inférieures—Selon l'arrêt *Merchant*, la déclaration ne contenait pas un exposé suffisant des faits substantiels en vertu de la règle 174 des Règles—L'intimée n'avait pas réussi à établir que l'arrêt *Merchant* était « manifestement erroné » de façon à ne pas être suivi—L'arrêt *Merchant* avait donc force exécutoire en l'espèce—Appel accueilli.

ADVENTURE TOURS INC. C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE ST. JOHN'S (A-307-09, 2011 CAF 198, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2011, 25 p.)